

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Diciembre 2023
Volumen 4 - Número 3

Editorial	Cesión ilegal. Adaptaciones, normativas y judiciales, a una realidad cambiante <i>Illegal transfer. Adaptations, regulatory and judicial, to a changing reality</i> Ana de la Puebla Pinilla	4
Artículos doctrinales	Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante (<i>whistleblower</i>). Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional <i>Public disclosure of breaches committed by the employer and employee's freedom of information as whistleblower. Criteria in light of the doctrine of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court</i> Salvador del Rey Guanter	15
	El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción <i>The legal status of a whistleblower following Law 2/2023 on the protection of whistleblowers and the fight against corruption</i> Carmen Sáez Lara	46
	La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España <i>Directive (EU) 2023/970, which reinforces the application of the principle of equal remuneration between men and women and its transposition in Spain</i> Remedios Roqueta Buj	70
Artículos jurisprudenciales	El concepto de “tiempo de trabajo” ante el nuevo paradigma laboral. Desplazamientos, tiempos de presencia y guardias de disponibilidad y localización <i>The concept of “working time” in the new labor paradigm. Travels, presence times and location and availability standby duties</i> Miguel Basterra Hernández	94

	Paralización cautelar de la huelga. Entre la tutela judicial efectiva y el menoscabo del derecho fundamental	124
	<i>Injunctive relief of strike. Between effective judicial protection and the impairment of fundamental rights</i>	
	Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé	
	La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo	156
	<i>Additional compensation for violation of fundamental rights of Article 183 LRJS. Reflections about their aims and their calculation</i>	
	David Crespo Ortiz	
<hr/>		
Debate	La “obsolescencia legalmente programada” del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada	182
	<i>The “legally programmed obsolescence” of unfair dismissal in Spain. Why and how to correct it under of the Revised European Social Charter</i>	
	Cristóbal Molina Navarrete	
	¿Las indemnizaciones adicionales en los casos de extinción del contrato de trabajo a las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son válidas?	212
	<i>Are additional compensations in cases of termination of the employment contract to those regulated in the Workers’ Statute legal?</i>	
	Jordi García Viña	
<hr/>		
Reseña bibliográfica	MONTOYA MEDINA, DAVID (dir.). <i>Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad</i> . Cristina González Vidales	234

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social
EISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

EDITORIAL

Cesión ilegal. Adaptaciones, normativas y judiciales, a una realidad cambiante

Illegal transfer. Adaptations, regulatory and judicial,
to a changing reality

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: 10.20318/labos.2023.8317

1. Cesión ilegal de trabajadores. Un concepto en permanente construcción

La cesión de trabajadores es una institución clásica en nuestro sistema de relaciones laborales que tradicionalmente se ha identificado de forma categórica como el reclutamiento y contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. La regulación de sus efectos y consecuencias para las empresas participantes en la cesión ilícita y de los derechos que asisten a los trabajadores objeto de la cesión prohibida se ha mantenido prácticamente inalterada a lo largo del tiempo. Para las empresas, la norma ha previsto la responsabilidad solidaria por obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, además de las responsabilidades administrativas y, en su caso penales, que puedan proceder. A los trabajadores se les reconoce el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. En caso de optar por incorporarse a la empresa cesionaria sus derechos y obligaciones serán los que corresponden a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo y su antigüedad, la devengada desde el inicio de la cesión ilegal.

Lo que sí ha cambiado es la descripción normativa de la cesión ilegal. No porque el concepto en sí mismo se haya alterado sino porque el legislador decidió incorporar, hace ya unas décadas, al texto del art. 43 ET los criterios que la doctrina judicial había trazado progresivamente para diferenciar la cesión ilegal de la lícita subcontratación de obras o servicios. Y es que es en ese contexto, el de la delimitación entre lícitas contrataciones y meras puestas a disposición de trabajadores, donde se suscitaban, como sigue ocurriendo a fecha de hoy, los casos más difíciles de delimitación. Esto explica que el art. 43.2 ET incorpore la enumeración de una serie de supuestos en los que se entiende que hay cesión

ilegal. Así ocurre, en todo caso, señala el citado precepto, cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: “que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

La opción del legislador fue, como se ha dicho, incorporar los criterios que la doctrina judicial venía aplicando para resolver los casos de cesión ilegal que se le planteaban. Una opción que fue objeto de críticas en la medida en que las pautas acogidas normativamente ni eran necesariamente las que los tribunales venían aplicando, ni se trataba de un listado exhaustivo.

De hecho, lo cierto es que los tribunales, a la hora de valorar si una determinada prestación de servicios debe o no calificarse como cesión ilegal, siguen recurriendo a su propia tipología de situaciones que sistemáticamente se reconduce a los siguientes criterios: Para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, señala el Tribunal Supremo, “en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores, como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral; el control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen al verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal”.

En la práctica, la identificación de la cesión ilegal resulta, como ha ocurrido siempre, una cuestión eminentemente casuística y en la que deben valorarse todas las circunstancias concurrentes. Para ello, deben aplicarse de forma ponderada estos criterios de valoración que el Tribunal Supremo viene manejando, criterios que no son excluyentes sino complementarios y que ofrecen un valor indicativo u orientador.

Ciertamente, más allá de la propia noción de cesión ilegal, hay algunos problemas relacionados con esta institución que cuentan ya con una solución uniforme y consolidada en la doctrina de nuestros tribunales y que, sin embargo, siguen planteando dudas que llegan todavía al Tribunal Supremo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la cuestión de si, una vez declarada la cesión ilegal, la opción del trabajador por incorporarse a una de las empresas permite limitar la responsabilidad a la empresa elegida excluyendo la solidaridad

de la otra empresa implicada. Existe ya una consolidada doctrina sobre esta cuestión¹, lo que no impide que todavía en fechas recientes sigan planteándose ante el Tribunal Supremo, conflictos al respecto². Lo mismo podría apuntarse en relación con la posibilidad de plantear la declaración de cesión ilegal mediante una demanda de conflicto colectivo, una posibilidad aceptada de forma excepcional por el Tribunal Supremo pero que ha resultado viable en diversas ocasiones, como ha vuelto a ocurrir en algún caso reciente³. O, en fin, con la delicada cuestión de hasta qué momento puede ejercerse la acción declarativa de cesión ilegal una vez que se ha producido la extinción del contrato de trabajo⁴.

Pero, junto a ello, y a pesar de este carácter hasta cierto punto estable que la institución de la cesión ilegal presenta, lo cierto es que últimamente se han suscitado algunas cuestiones de interés que brindan la oportunidad de volver sobre esta figura. En particular, se analizan a continuación dos de esas cuestiones, referidas a aspectos muy distintos del fenómeno interpositorio, pero ambas con importantes efectos prácticos.

2. Los efectos de la digitalización y desmaterialización de las entidades económicas también han llegado a la cesión ilegal

Uno de los elementos que mayor relevancia tiene, en el análisis de las circunstancias que los tribunales valoran para apreciar la existencia de cesión ilegal, remite a la aportación o no por parte de la empresa contratista de las infraestructuras necesarias para llevar a

¹ Conforme a la cual, el derecho del trabajador objeto de cesión ilegal a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el art. 56 ET al empresario de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cuál de las dos empresas –cedente o cesionaria– será su empleadora. Y, una vez ejercitada dicha opción, es el empresario por el que el trabajador ha optado quien decidirá si indemniza o readmite al trabajador. Pero teniendo en cuenta que, si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido.

² Vid STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:874).

³ El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que las controversias sobre la cesión ilegal entran normalmente dentro de lo que se consideran litigios sobre la valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en que cada trabajador presta su trabajo, valoración individual que impide la concurrencia del interés general que califica el conflicto colectivo. Pero también ha señalado que esa regla general debe ceder cuando “el conflicto reúne los requisitos que permite su planteamiento por el cauce procesal del conflicto colectivo ya que, existe un grupo homogéneo de trabajadores afectados por el conflicto, no constituyendo la configuración del grupo una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y pueden, en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo, ya que la diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales, que en última instancia lo componen, es que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que a priori y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman o no parte del grupo en atención a sus circunstancias personales, que en cada caso han de probarse”. Así se ha admitido la existencia de cesión ilegal en procesos de conflicto colectivo en SSTS de 19 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1935) o de 23 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2349).

⁴ Al respecto, vid STS de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4782).

cabo la actividad contratada. Exigencia implícita también en el art. 43.2 ET cuando se advierte que hay cesión ilegal si la empresa contratista se limita a ceder trabajadores a la empresa principal.

A estos efectos, puede no resultar determinante que la actividad de la contratista se preste en los locales o instalaciones de la empresa principal. De hecho, esto es algo frecuente y en muchas ocasiones inevitable en función del tipo de servicio o actividad prestado por la contratista. Pero siempre se exige que la empresa aporte y ponga en juego su organización productiva para la prestación del servicio contratado, lo que en la práctica supone que las herramientas, útiles o instrumentos que los trabajadores de la contratista emplean para prestar su actividad pertenecen o son aportados por su empleadora.

Claro está que esta exigencia debe adaptarse al tipo de actividad o servicio prestado. De modo que, cuando la actividad no requiere elementos materiales, herramientas o infraestructuras relevantes, su falta de aportación por la empresa contratista no resultará determinante para apreciar cesión ilegal⁵. Incluso, en atención a esa misma circunstancia del sector productivo o de actividad desarrollado en la contrata, puede haber contratas perfectamente lícitas en las que el contratista no aporte medios materiales significativos sino exclusivamente mano de obra, supuestos en los que la apreciación o no de cesión ilegal deberá recaer sobre otros indicios, especialmente sobre la valoración de si es la contratista quien ejerce las facultades directivas y organizativas sobre la plantilla de trabajadores que corresponden al empleador.

Es interesante, a este respecto, una reciente sentencia del Tribunal Supremo⁶ en la que uno de los elementos que se toman en cuenta para apreciar la existencia de cesión ilegal es el valor que supone la mano de obra frente a los medios materiales precisos para el desarrollo de la actividad. Se trataba de un trabajador que prestaba servicios como cámara de televisión por cuenta de una empresa contratada para la prestación de dichos servicios a una televisión autonómica. Quedó acreditado que la empresa contratista había aportado diversos instrumentos materiales (cámara, trípode, micrófonos, material de iluminación...) pero se señala que su relevancia económica era poco significativa en relación con el mayor valor que suponía la mano de obra para la realización de la actividad. Y se añade que “esa clase de infraestructura material no puede considerarse tan relevante como para diluir la mayor relevancia que debe otorgarse a los elementos personales que concurren en la realización de la actividad diaria del trabajador”. Ciertamente, concurrían otros elementos que permitieron al Tribunal Supremo declarar la cesión ilegal pero en un caso en el que, como es habitual cuando se trata de analizar la existencia de cesión ilegal, confluyen circunstancias de signo contradictorio es interesante advertir como el elemento personal puede inclinar la solución en uno u otro sentido.

Si, conforme a lo que se viene diciendo, el tipo de actividad puede resultar determinante, en la medida en que condiciona los componentes de la organización empresarial, en la valoración de la entidad de una organización empresarial juega, cada vez con

⁵ SSTs 17 de diciembre de 2001 (R^o 244/2001) y de 27 de septiembre de 2011 (R^o 4095/2010).

⁶ STS de 14 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5043)

mayor importancia, lo intangible, lo inmaterial, cuya aportación o no en la contrata puede acabar asumiendo un papel decisivo para apreciar la existencia de una cesión ilegal.

Hace tiempo que se viene advirtiendo cómo en un contexto de digitalización y automatización de los sistemas productivos y de las organizaciones empresariales, la entidad empresarial descansa en activos intangibles. Aplicaciones informáticas, software, plataformas digitales o algoritmos están en la base de cada vez mayor número de empresas. En el ámbito de la sucesión de empresa ya se ha incorporado la valoración de estas circunstancias para identificar el presupuesto normativo del art. 44 ET. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha apuntado ya en diversos pronunciamientos que, entre los elementos que deben valorarse para apreciar si existe transmisión de empresa, deben tomarse en cuenta, entre otros factores, la transmisión de bienes inmateriales. Entre estos se incluyen el know-how, las marcas, licencias o la propiedad industrial. En determinadas ocasiones, en función básicamente del tipo de actividad desarrollado por la entidad económica, la transmisión de estos elementos puede ser suficiente para apreciar la existencia de una sucesión de empresa. Ello requiere, lógicamente, que dichos elementos resulten esenciales para el desarrollo de la explotación económica y que en ellos resida la identidad de la empresa. En paralelo, otros elementos intangibles o inmateriales –como pueden ser software, aplicaciones o programas informáticos– adquieren también relevancia para valorar, en una visión de conjunto, la existencia de sucesión empresarial⁷.

Lógicamente, este modelo de organización empresarial también ha dejado sentir sus efectos en el ámbito de la cesión ilegal. Se ha dicho que la base tecnológica constituye el nuevo patrimonio empresarial⁸. Siendo así, será la aportación de esa base tecnológica necesaria para prestar el servicio la que determine la existencia de una lícita contrata. Y viceversa, si la actividad subcontratada requiere poner en juego intangibles, y estos pertenecen a la empresa principal, habrá un indicio de valor para inclinarnos por la existencia de cesión ilegal.

En la práctica judicial existen ya algunos ejemplos de valoración de la posible existencia de una cesión ilícita en estos contextos de empresas de base tecnológica. Son casos suscitados a partir de las actuaciones de la ITSS⁹ sobre empresas que operan a través de plataformas digitales en las que se pone en duda la licitud de ciertas prácticas de subcontratación empresarial por parte de estas organizaciones¹⁰.

Al margen de estos casos, recientemente también el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de abordar un supuesto en el que los elementos digitales y tecnológicos

⁷ Algunas sentencias se basan en la transmisión de estos elementos para apreciar sucesión de empresa. Vid SAN de 9 de octubre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:4072) y STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TSJAS:2017:316).

⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 72.

⁹ Vid al respecto, ESTEVE SEGARRA, A., y TODOLÍ SIGNES, A., “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021.

¹⁰ Vid al respecto, JURADO SEGOVIA, A. “En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales”, en *Labos, Revista de Derecho de Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, nº 2, 2022, pp. 23-50.

resultaban esenciales y centrales para la prestación del servicio subcontratado. La aportación de tales elementos resultará clave, en este pronunciamiento, para determinar la concurrencia o no de la interposición ilícita.

La STS de 23 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2349) ofrece, efectivamente, un ejemplo de cómo la apreciación o no de cesión ilegal está condicionada por la puesta en juego de esos activos intangibles, tecnológicos, digitales o algorítmicos, cuando la organización empresarial descansa en ellos para el desarrollo de su actividad. En este caso se reclama la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores de una empresa que prestaba servicios de comercialización de productos financieros para una entidad bancaria. La empleadora de los trabajadores objeto de cesión se dedica a la prestación de servicios por cualquier medio de apoyo administrativo o contable a la operativa de las Entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones, carteras de gestión discrecional, individuales o colectivas, compañías de seguros y reaseguros y mediadores de seguros y reaseguros, incluida la prestación de servicios de back Office, servicios de extranjero y sobre instrumentos financieros, operativa básica, cuentas y bases de datos, y revisión de liquidaciones y periodificaciones, así como todas las actividades complementarias que fueran necesarias para el desarrollo de las anteriores. Sus servicios incluyen también la atención telefónica para la gestión de cobros y pagos.

En el caso planteado, la prestación de servicios para la empresa cliente se realizaba por los trabajadores en las instalaciones de esta, aunque separados de su plantilla. Los medios de trabajo que utilizan –entre los que se incluyen ordenadores, teléfonos, impresoras, fax, mobiliario, programas informáticos...– son, según expresa la sentencia, “coincidentes” con los que emplean los trabajadores de la principal. Todos ellos son ya indicios de la existencia de una cesión ilegal pero el Tribunal Supremo incide especialmente, a efectos de apreciar la cesión ilegal, en las circunstancias de que no es posible vislumbrar cuales fueron los recursos, medios, organización o autonomía que aportó la empresa contratista. Muy al contrario, sus trabajadores utilizaron los desarrollos informáticos y de software, imprescindibles para prestar la actividad contratada, pertenecientes a la empresa principal, y empleados también por su propia plantilla. En definitiva, concluye la sentencia, no consta prueba alguna de que la contratista “haya aportado ninguna clase de herramienta operativa ni material necesario para el desarrollo de la actividad que desempeñaban sus trabajadores”. Es significativo que, en este pronunciamiento, no altera esta conclusión la circunstancia de que la empresa contratista retuvo las facultades directivas y organizativas sobre la plantilla, ejerciéndolas a través de mandos intermedios. Señala el Tribunal que “es indudable que en estos complejos supuestos de colaboración entre empresas es frecuente la conjunta existencia de hechos y datos en ambos sentidos, unos que llevan a considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores y otros que la desmienten”. Pero en el caso analizado pesa más, sin duda, la circunstancia de que los elementos imprescindibles para prestar la actividad fueron aportados por la empresa principal.

A la vista de los supuestos analizados no cabe descartar que, al igual que en el ámbito de la sucesión de empresas, también en el caso de la cesión ilegal debemos incluir, entre los elementos que deben valorarse para apreciar la existencia o no de la misma, el

tipo de actividad que se presta por los trabajadores, la naturaleza –material o inmaterial– de los elementos que se precisan, en su caso, para prestar el servicio contratado o, en fin, el valor más o menos relevante de la mano de obra.

3. Cesión ilegal en el marco de las empresas de trabajo temporal: en busca de la sanción administrativa más adecuada

Frente a la delimitación entre contrata y cesión ilegal, sujeta a los plurales condicionantes que se den en cada supuesto, la separación entre cesión ilegal y prestación de trabajo a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) se presenta, sobre el papel, mucho más clara y sencilla.

Desde que las ETTs quedaron incorporadas como modelo empresarial legítimo en nuestro sistema de relaciones laborales, son el único instrumento a través del que puede articularse lícitamente la cesión de trabajadores. De hecho, como excepción a la prohibición recogida en el art. 43 ET, este precepto admite la cesión de trabajadores cuando se realiza a través de Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas. De este modo, la intervención de una ETT sirve, al menos aparentemente, de frontera entre la cesión lícita e ilícita. A ello se añade que la propia Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal prevé las consecuencias del incumplimiento o uso incorrecto del contrato de puesta a disposición, de modo tal que las ilicitudes en el uso de las ETTs quedarían extramuros de la cesión ilegal contemplada en el art. 43 ET.

En la práctica, sin embargo, las cosas son más complicadas y no siempre la intervención de una ETT permite excluir de forma automática la existencia de cesión ilegal. De hecho, la doctrina judicial se ha encargado de advertir que hay cesiones de trabajadores realizadas en el marco de contratos de puesta a disposición constitutivos de auténticas cesiones ilegales.

Es significativa, en este sentido, la STS de 19 de febrero de 2009 (R^o 2748/2007) que incorporó una distinción conforme a la cual puede haber meros incumplimientos de “*determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley*” y, junto a ello, supuestos calificables como cesión ilegal cuando los contratos de puesta a disposición se realizan para supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT o para los contemplados en el art. 8 LETT, como ocurre significativamente cuando la cesión de trabajadores “*lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 Código civil*”.

Esta distinción, que se ha mantenido invariable en la doctrina del Tribunal Supremo, tiene consecuencias relevantes. En caso de apreciar que el incumplimiento es constitutivo de cesión ilegal, serán aplicables todas las consecuencias contempladas en el art. 43 ET, y no únicamente la responsabilidad solidaria por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de contrato de puesta a disposición previstas en el art. 16.3 LETT.

El deslinde entre estas dos ilicitudes se ha vuelto a plantear recientemente en el Tribunal Supremo al hilo de la responsabilidad administrativa que, para la ETT y la empresa usuaria, deriva del incumplimiento de la normativa sobre cesión de trabajadores. El supuesto de hecho remite a la celebración de un total de setenta y cuatro contratos de puesta a disposición entre una ETT y una compañía aérea para la prestación de servicios como tripulantes de cabina. Se da la circunstancia de que la citada compañía aérea se había servido de dichos trabajadores durante varios años, desde que inició su actividad en un determinado aeropuerto hasta que los hechos fueron denunciados por la ITSS. Ninguna duda había de que en este caso la contratación a través de la ETT no respondía a ninguno de los supuestos previstos en el art. 6 LETT y de que, en la medida en que los trabajadores estaban destinados a prestar servicios permanentes en la empresa usuaria, se trataba de un uso fraudulento de la contratación a través de ETTs.

La cuestión era determinar qué sanción administrativa procedía aplicar en estos casos. Al respecto, entran en juego dos tipos infractores de la LISOS. El previsto en el art. 8.2 LISOS, que tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. Y los arts. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS que, en materia de infracciones de ETTs y de empresas usuarias, respectivamente, califican como infracciones graves “Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.

Se trata, en otras palabras, de decidir si deben aplicarse los tipos específicos previstos expresamente para ETTs y empresas usuarias en los arts. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS, o, por el contrario, el tipo general contemplado en el art. 8 LISOS¹¹. Son dos los pronunciamientos del Tribunal Supremo que abordan este caso¹², desde la perspectiva de la ETT y de la empresa usuaria, respectivamente. Pero en ambos se sigue el mismo razonamiento y se alcanza la misma conclusión: el Tribunal Supremo se inclina por aplicar el art. 8.2 LISOS y descarta la existencia de las infracciones previstas en los arts. 18 y 19 LISOS. Esto último se justifica porque, en palabras del Tribunal, “en ambos supuestos se están sancionando conductas que afectan exclusivamente a las empresas de trabajo temporal y a las empresas usuarias, quienes son, a la postre, las que suscriben el contrato de puesta a disposición (...) sin que en ninguno de los preceptos examinados se esté contemplando la cesión ilegal de trabajadores”.

En definitiva, lo que prima es que, en un caso como el analizado no se trata únicamente de una utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el art. 6.2 LETT o para la cobertura de puestos de trabajo

¹¹ La doctrina de duplicación no era unánime al respecto. Algunos pronunciamientos habían considerado apropiada la aplicación de los arts. 18 y 19 LISOS (SSTSJ Cataluña, de 23 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TSJCAT:2018:10016, y Andalucía/Málaga, de 31 de octubre de 2018, ECLI:ES:TSJAND:2018:13188). Otras, por el contrario, se habían inclinado por aplicar el tipo infractor de art. 8 LISOS (STSJ Cantabria, de 4 de enero de 2018, ECLI:ES:TSJCANT:2018:663).

¹² SSTS de 2 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4495) y de 29 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2779).

respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria. Por el contrario, se trata de una cesión ilegal de trabajadores en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilícitamente a trabajadores de la ETT a la empresa usuaria que debe reputarse falta muy grave de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2 LISOS.

Es interesante el argumento que añade el Tribunal Supremo cuando señala que “Si no fuera así, si la cesión ilícita de trabajadores, ejecutada por una ETT, quedara reducida a falta grave, derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición, se produciría un efecto perverso, toda vez que, siendo las ETTs las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como dispone el art. 43.1 ET, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado”. Y es que, efectivamente, conforme a la tipificación y sanciones previstas en la LISOS en el momento de producirse los hechos que se valoraban, las sanciones aplicables por las infracciones de los arts. 18 y 19 LISOS resultaban económicamente muy inferiores a las que resultan de la tipificación de la infracción como falta muy grave del art. 8.2 LISOS.

Pero debe advertirse que la tipificación de estas infracciones administrativas y su sanción resultaron modificadas por el RDL 32/2021, de 30 de diciembre. En la actualidad, tanto en el art. 18.2.c) para las ETTs como en el 19.2.b) para las empresas usuarias, se ha añadido la matización de que “*se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada*”. Esta modificación, así como las incorporadas a las sanciones, podrían alterar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo o, al menos, poner en cuestión la razón última que justifica su interpretación¹³. Y es que, en la actualidad, en ambos preceptos (18.2.c) y 19.2.b) LISOS) se ha añadido la matización de que “*se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada*”. El resultado es que, en función del número de contratos afectados por el uso incorrecto del contrato de puesta a disposición, la sanción puede resultar cuantitativamente muy superior si se aplica la prevista en estos preceptos últimamente citados que la que corresponde por la infracción del art. 8.2 LISOS incluso en su grado máximo¹⁴.

Aunque esta medida, considerar una infracción por cada persona trabajadora afectada, no es exclusiva de la actuación de las ETTs –también se ha incorporado en el art. 7.2 LISOS para el uso incorrecto de la contratación temporal– no es descartable que el legislador haya intentado, con esta medida, corregir el efecto perverso que generaba la diferente calificación de las infracciones cometidas en la cesión de trabajadores, en función de si

¹³ Vid, al respecto, SELMA PENALVA, A., “Las nuevas infracciones en el orden social y el reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/selma_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf

¹⁴ Tal y como ocurriría precisamente en el caso analizado en la STS de 29 de junio de 2022. En la actualidad, si se aplicara la sanción prevista en el art. 19.2.c) LISOS en su grado medio, aplicando una por cada trabajador, la cuantía económica de la sanción resultaría sensiblemente más elevada que la que impuso la ITSS tipificando la infracción cometida por la empresa usuaria conforme al art. 8.2 LISOS.

la realiza o no una ETT, recuperando además la aplicación del principio de especialidad que permite reconducir las infracciones cometidas por ETTs y empresas usuarias a los preceptos legales que a ellas se refieren¹⁵. Una fórmula que, por otra parte, no impediría la aplicación de los efectos que el art. 43 ET asocia a la cesión ilegal y que permitiría a los trabajadores afectados disfrutar de los derechos y garantías que este precepto contempla.

En definitiva, por unos u otros motivos, estos pronunciamientos judiciales que se han mencionado en las páginas anteriores ponen de manifiesto que también la cesión ilegal, su existencia y sus consecuencias, está sujeta a cambios interpretativos y modulaciones. Unas y otras derivan, en ocasiones, de cambios en la fisonomía empresarial y en el tipo de actividad que las empresas desarrollan en una economía cada vez más condicionada por los activos intangibles, digitales y algorítmicos. En otros casos, el origen de las novedades remite a decisiones legislativas que buscan corregir derivaciones inesperadas, o al menos no buscadas expresamente, en la aplicación de los medios legales de represión de la cesión ilegal.

¹⁵ Superando así esta interpretación judicial que no deja de resultar cuestionable en la medida en que desconoce la existencia de tipos específicos para la actuación de las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias. Vid, al respecto, GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Régimen sancionador. Perspectiva de conjunto”, en AA.VV. (Dirs. J.L. Monereo, S. Rodríguez Escanciano y G. Rodríguez Iniesta) *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, págs. 282-283.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante (*whistleblower*). Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

Public disclosure of breaches committed by the employer and employee's freedom of information as whistleblower. Criteria in light of the doctrine of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court

Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ESADE Law School)

Presidente del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

ORCID ID: 0000-0001-6236-2697

Recibido: 12/7/2023

Aceptado: 11/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8251

Resumen: La Ley 2/2023 de protección de la persona informante regula en su artículo 28.2 la opción que tiene aquella de acudir directamente a la prensa para revelar posibles infracciones, sin haber utilizado previamente los canales interno y externo de comunicación contemplados en la misma ley, con la condición de que esa revelación se haga en el ejercicio de la libertad de información. El presente trabajo tiene por objeto examinar qué ha de entenderse por ese ejercicio lícito de tal libertad por la persona trabajadora que acude a la prensa para denunciar esas irregularidades de su empleadora. Para ello examina los criterios establecidos al respecto tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por nuestro Tribunal Constitucional, identificando coincidencias y algunas diferencias, de forma que podamos establecer unos parámetros legales que ayuden a determinar cuándo es adecuada la utilización de esa vía de revelación pública a la prensa por una persona trabajadora que tan trascendentales consecuencias puede tener para la empresa afectada.

Palabras clave: Infracciones de la empresa y ley 2/2023; revelación pública a la prensa; libertad de información de la persona trabajadora; veracidad de la información revelada; trascendencia pública de la comunicación; criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre protección de la persona trabajadora informante.

- Abstract:* Article 28.2 of the Spanish 2/2023 Act on the protection of informants regulates the option of going directly to the press to reveal possible infringements without having previously used the internal and external communication channels contemplated in that Act, with the condition that such disclosure is made in the exercise of freedom of information. The purpose of this paper is to examine what is to be understood by the lawful exercise of such freedom of information by the employee who discloses to the press irregularities committed by her or his employer. It compares the criteria established in this regard both by the European Court of Human Rights and by our Constitutional Court, identifying coincidences and some differences in their respective decisions. These criteria will help us to establish legal parameters in order to determine when is legal the use of public disclosure to the press by an employee, disclosure that may have far-reaching consequences for the affected company.
- Keywords:* Employer's breaches of the law and the Spanish 2/2023 Act; public disclosure to the press; freedom of information of the employee; veracity and public interest of the disclosed information; criteria of European Court of Human Rights and of the Spanish Constitutional Court on the protection of the reporting employee.

I. Introducción

De entre las vías de comunicación que establece la Ley 2/2023 de protección del informante¹, destaca la de la revelación pública que se contempla en los arts. 27 y 28 de la misma² y que desarrolla lo contemplado al respecto en la Directiva que dicha ley traspone.³

En la regulación de esta revelación pública, que básicamente consiste en poner a “disposición del público” información sobre la comisión de infracciones dentro del ámbito material establecido en el art. 2 de la ley, destacan una serie de condiciones para

¹ Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de la lucha contra la corrupción (BOE de 21 de febrero de 2023).

² Artículo 27. Concepto 1. Se entenderá por revelación pública la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos en esta ley. 2. A las personas que hagan una revelación pública de las acciones u omisiones previstas en el artículo 2 les será aplicable el régimen de protección establecido en el título VII cuando se cumpla alguna de las condiciones establecidas en el artículo siguiente. Artículo 28. Condiciones de protección. 1. La persona que haga una revelación pública podrá acogerse a protección en virtud de esta ley si se cumplen las condiciones de protección reguladas en el título VII y alguna de las condiciones siguientes: a) Que haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, de conformidad con los títulos II y III, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido. b) Que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona; o bien, en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción. 2. Las condiciones para acogerse a protección previstas en el apartado anterior no serán exigibles cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo.

³ Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE de 26 de noviembre de 2019).

poder acudir a esta vía “directamente” sin respetar la “preferencia” que, aunque de una manera muy matizada, establece el legislador respecto a las vías interna y externa.

Sin embargo, y ello es lo que va a centrar el interés de este estudio, existe una excepción a esas condiciones previas que se contempla en el art. 28.2 de la ley, que consiste en cuando se acude “directamente a la prensa en el ejercicio de la libertad de expresión e información”.

Es este supuesto cuando cobra toda su trascendencia la determinación de los criterios judiciales a aplicar en orden a establecer si esa información suministrada a la prensa por la persona trabajadora respecto a su empleadora se realiza o no dentro del ámbito del ejercicio constitucional de la libertad de información y, por consiguiente, está amparada no sólo por la protección que dispensa el art. 20 1 d) de la Constitución (CE), sino incluso por la más específica del Título VII de la ley 2/2023.

Tales criterios se han establecido en dos sedes jurisdiccionales esenciales con motivo de la revelación por personas trabajadoras de infracciones de su empleadora. Por un lado, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH).⁴ Por otra, por nuestro Tribunal Constitucional que, en aplicación del mencionado art. 20. 1 d) CE, ha desarrollado una amplia doctrina ante supuestos de tales revelaciones públicas por una persona trabajadora a los medios de comunicación.

El objetivo de este trabajo es analizar tales criterios en cada una de esas sedes judiciales con el objetivo de hacer una comparación entre las mismas,⁵ de modo que tengamos una idea más exacta, por una parte, de la extensión y límites que implica para la persona informante trabajadora y para la persona afectada –la empresa y/o sus directivos– el ejercicio de la libertad de información cuando el informante acude directamente a la prensa tal como prevé el art. 28.2 de la ley 2/2023, y, por otra, de si existe algún tipo de “discordancia” entre los criterios de ambos Tribunales, lo cual desde luego, dependiendo de la naturaleza y profundidad de la misma nos situaría en una posición interpretativa y aplicativa compleja respecto a lo que ha de entenderse por libertad de información en el ámbito de ese art. 28.2.

No es necesario insistir en que, entre las vías de comunicación que prevé la ley 2/2023 y a las que vamos aludir brevemente a continuación, es precisamente la de la revelación pública, especialmente cuando la misma se realiza a la prensa, la que puede representar un perjuicio económico, social, organizacional y reputacional considerablemente mayor para la empresa, como la propia doctrina de esos tribunales se han encargado de subrayar en relación precisamente a la utilización de aquella por una persona trabajadora, que a efectos de la ley es el principal informante o “whistleblower”.⁶

⁴ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979).

⁵ Una comparación entre ambos Tribunales sobre la libertad de expresión desde una perspectiva general y no exclusivamente laboral en Presno Linera, M.A. (2019) , “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (Primera parte)”, *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial* , Madrid : CGPJ, pgs. 1 ss.

⁶ Para un estudio general de la ley 2/2023 desde la perspectiva laboral, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S. (2023), “Whistleblowing y contrato de trabajo : la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora

2. Referencia a las vías de comunicación de infracciones en la Ley 2/2023 y a la relación entre las mismas desde la perspectiva de la revelación pública y la libertad de información

La ley 2/2023 ha previsto tres vías que puede utilizar la persona informante para “comunicar” infracciones dentro del ámbito material de la misma : el canal interno (o canales internos, ya que pueden existir varios aunque necesariamente “integrados”), el canal externo y la revelación pública.⁷

Resumiendo brevemente en qué consiste cada uno de estos canales, el primero se incluye dentro de lo que el art. 4 de la ley denomina “sistema interno” . La ley introduce este término de “sistema” como concepto más amplio de lo que son el o los canales internos de información propiamente dichos contemplados en el art. 7 de la ley. Por consiguiente, con aquel término se está designando además de estos canales internos, otros componentes como son el sujeto responsable del sistema interno de información al que se refiere el art. 8 y el procedimiento de gestión de informaciones regulado en el art. 9. Además este sistema se califica de “interno”, delimitándose claramente en relación a la otra dos vías de información contempladas por la ley , esto es y por un lado, la externa, cuyo sujeto responsable es un órgano público –la “Autoridad Independiente de Protección al Informante”, o AAI– y, por otro, la citada “revelación pública” - art. 27 .

Respecto a la segunda vía de comunicación, la externa, viene caracterizada por el art. 16.1 por el derecho de toda persona física a informar ante la mencionada AAI –o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes– de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley “ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno”. Se trata de una vía altamente formalizada –al menos en comparación con la regulación que contempla la ley del sistema/canal interno– , muy estructurada en cuatro fases procedimentales –recepción de informaciones, trámite de admisión, instrucción y terminación de actuaciones– y con una clara identificación de los derechos y garantías del informante –y , en grado menor, de la persona afectada–.

Como tercera vía de comunicación, y la relevante a efectos del presente análisis, es la citada “revelación pública”, que se refiere, como ya hemos señalado, a cuando el informante pone “a disposición del público” información sobre las acciones u omisiones infractoras incluidas en el ámbito de la ley, sin que en principio se requiera una formalización específica al respecto.

Nótese que, aunque hallamos calificado la revelación como tercera vía de “comunicación”, puede ser que en sentido estricto no exista tal hecho comunicativo en sí como

de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264 (mayo).

⁷ Sobre estas vías y su relación, Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *Iuslabor* nº 2, pgs. 8 ss.

acción de dar información específicamente a otra persona, al bastar, como lo califica el art. 27.1 de la ley, con la “puesta a disposición”, que ha de ser interpretado en sentido amplio, no solo como el acto de comunicar, sino también como la acción de hacer que dicha información pueda ser accedida o conocida, por cualquier medio, por un número amplio o indeterminado de personas, sean o no profesionales de la prensa.⁸

A nuestros efectos, lo importante en los dos preceptos 27 y 28 dedicados a este tercer canal no es tanto las condiciones a cumplir antes de que la persona trabajadora pueda acudir a la revelación pública, a la que a continuación brevemente aludiremos, sino precisamente lo contrario, esto es, cuándo esa persona puede ir directamente a la revelación pública sin atender tales condiciones.

Respecto a esas condiciones previas a la revelación –que no han de darse simultáneamente–,⁹ según dispone el art. 28 1, en primer lugar, es necesario que la persona informante haya acudido a esos canales interno y externo habiendo transcurrido los plazos previstos “sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto”. Otra condición que puede darse es que, según nos indica el mismo precepto, el informante haya procedido directamente a la revelación pública sin haber acudido previamente a uno u ambos canales alegando o bien que las acciones u omisiones infractoras puedan representar “un peligro inminente o manifiesto para el interés público” –en especial, se añade, si se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona– o bien que exista “un elevado riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se de un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso”, poniendo como ejemplo de esto último la ocultación o destrucción de pruebas o la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción o que esté implicada en la infracción.

No obstante, lo más trascendente que contempla este precepto desde la perspectiva laboral a efectos de este estudio es lo que se indica en el apartado 2 de este precepto 28, que hace relativizar aún más esa preferencia de los canales interno y externo respecto a la revelación pública. En efecto, como ya hemos indicado, las anteriores condiciones para que el informante-revelador público se acoja a la protección de la ley no se van a requerir “cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo” .

Lo primero que llama la atención de este importante párrafo es que limita acen- tuadamente su ámbito material, en tanto que no es el muy amplio que hemos visto que caracteriza el concepto de “revelación pública” en el art. 27.1 de la ley –que solo requiere “la puesta disposición del público” de la información, sin limitar el medio–, sino sólo cuando se trata de la “revelación directa a la prensa”. Dos requisitos, por tanto, para que

⁸ Es interesante considerar que en el art. 35.2 c) , se excluye de la protección de la ley la revelación de “informaciones que ya estén completamente disponibles para el público”. Por tanto, la “puesta a disposición al público” como pretendida revelación de una información que está ya “disponible para el público” no recibe la protección de la ley 2/2023.

⁹ Nos remitimos para un análisis más en profundidad respecto a estas condiciones a Del Rey, “La relación entre las vías...”, cit.

se dé esta exceptuación de las condiciones para que el revelador esté protegido por la ley: que sea a la prensa, y que se trate de revelación “directa”.

Para determinar qué debemos entender por “prensa”, hemos de relacionarlo con el concepto que constitucionalmente se ha desarrollado de la misma en relación con la libertad de prensa recogido en el art. 20 CE. En todo caso, se refiere a medios de comunicación, lo que parece estar excluyendo, por ejemplo, revelación a través de comunicados sindicales entregados a los trabajadores o el tablón de anuncio o página web sindical o personal.¹⁰

Precisamente y confirmando lo anterior, ese es el significado que debe dársele a la expresión revelación “directa” a la prensa, de forma que si después de haberlo revelado por esas vías ajenas a los medios de comunicación, estos últimos se hacen eco de lo así revelado, ello no podría considerarse como incluido en lo indicado en este precepto 28.2 y, por consiguiente, ha de reunir algunas de las condiciones que para la prioridad de la revelación pública se contienen en el apartado 1 si se pretende por el informante tener la protección de esta ley.

Por consiguiente, con esas limitaciones respecto a cómo y a quién se hace la revelación pública, cuando se hace directamente a la prensa, entonces, si constituye ejercicio lícito de la libertad de expresión y libertad de información del art. 20 CE, no es necesario cumplir con algunos de aquellas condiciones establecidas en el apartado 1.

Debemos introducir una importante matización ya desde ahora a lo establecido en este art. 28.2 de la ley 2/2023, aunque tendremos ocasión de verlo más en detalle en la doctrina del TC. En tanto que de lo que se está informando es de conductas que constituyen infracciones o delitos según el art. 2 de la misma, confirmado por su art. 35 1 a) que nos indica que la persona que informe ha de tener “motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación”, ello determina claramente que la libertad constitucional con la que se relaciona la ley en general, y aquel precepto, en particular, es más la de información, respecto a hechos, que la de expresión, que como nos dice el TC se refiere a opiniones, valoraciones o ideas. Es cierto, también lo indica el TC, que a veces la línea divisoria puede ser tenue, pero como principio general la diferencia es clara. Por tanto, lo que se comunica a través de los canales o mediante revelación pública son “acciones u omisiones” que pueden constituir infracciones graves o muy graves o delitos, lo que nos sitúa claramente en el campo de la libertad de información.¹¹ Como ahora analizaremos, y a diferencia de la distinción en nuestro art. 20.1 a) y d) CE, el art. 10 de la CEDH se refiere exclusivamente a lo que

¹⁰ La prensa es definida por la RAE como “conjunto o generalidad de las publicaciones periódicas y especialmente las diarias”. Una de las dudas que puede plantear el término de “prensa” que utiliza el art. 28.2 es si también abarca la utilización de redes sociales por sujetos no profesionales (periodistas) de la información. Seguramente la utilización de ese término y no el de “medios de comunicación” tiene la finalidad de acotar la revelación pública directa a profesionales de la información. Sobre internet y doctrina establecida respecto a la libertad de prensa, puede verse recientemente la STC 8/2022, de 27 de enero de 2022.

¹¹ En realidad, el propio término que se ha escogido por la ley 2/2023 para la trasposición de la Directiva, el de “informante”, ya revela que nos estamos situando en el ámbito de la libertad de información, más que en el de la libertad de expresión. En la Directiva, el término utilizado es el de “denunciante” (art. 5.7), término evitado por nuestro legislador para que no se confunda con situaciones en las que existen denuncias formales ante autoridad administrativa o judicial.

denomina “libertad de expresión”, aunque bajo este único término se está refiriendo a lo que en la doctrina de nuestro TC se refiere tanto a la libertad de expresión como a la libertad de información y ello, como veremos, también se refleja de la doctrina del TEDH.

La conclusión, en todo caso, es que las personas trabajadoras tienen un amplio ámbito de protección en esta ley, dado que, incluso sin seguir los canales interno y externo, y mediante la revelación pública “directa” a la prensa, estarán tuteladas por lo establecido en la ley en su Título VII, especialmente respecto a las represalias, que supone un refuerzo a la muy amplia protección que de por sí ya dispensa el ejercicio de la libertad de información en las relaciones de trabajo, tal como establecida por la jurisprudencia y la doctrina constitucional.

3. Revelación pública y libertad de información de la persona trabajadora en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos : el caso *Halet v. Luxemburgo* y la actualización de los criterios de la sentencia *Guja*

La doctrina del TEDH sobre la libertad de expresión, que comprende tanto la libertad de expresar opiniones o ideas como la “comunicar informaciones”, toma como referencia legal el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹², precepto que ha sido objeto de aplicación e interpretación en numerosas sentencias¹³

A nuestros efectos, tanto por contenido como por tratarse de la doctrina más actual del TEDH en materia de libertad de información respecto a la comunicación de infracciones por una persona trabajadora, lo cual es de gran trascendencia para la ley 2/2023 y su aplicación por el TC, debemos analizar la STEDH de *Halet v. Luxemburgo* (21884/18), de 14 de febrero de 2023.¹⁴

¹² “Artículo 10. Libertad de expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

¹³ Puede verse un sumario de las principales sentencias anteriores a *Halet* en Bollinger, L. C. y Botero-Marino, C. (Dir.), *Special Collection of the Case Law on Freedom of Expression : Gran Chamber of the European Court of Human Rights*, New York : Columbia University, 2022. Al respecto también, en un análisis más doctrinal, Flauss, Jean-François (2009), “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression”, *Indiana Law Journal*, V. 84, pgs. 809 ss.; Voorhoof, Dirk (2014), “The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system : towards a more transparent democratic society”, *Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF)*, Working Paper, EUI RSCAS, 2014/12. Por lo que se refiere al ámbito laboral, puede consultarse como doctrina anterior a *Halet* los casos de *Herbai v. Hungría* (11608/15), de 5 de noviembre de 2019; *Palomo Sanchez et al. V. España* (28955/06, 28959/06 y 28964/06), de 12 de septiembre de 2011; y *Fuentes Bobo v. España* (29293/98), de 29 de febrero de 2000.

¹⁴ Resumiendo esta importante sentencia, el Tribunal condenó a Luxemburgo por violar el derecho a la libertad de expresión de Raphaël Halet, condenado anteriormente por los tribunales de este país por haber filtrado documentos

Son seis los criterios que determinan para el TEDH la extensión y los límites de la actividad de denuncia en relación al ejercicio de la libertad de información en base al art. 10 del Convenio, los conocidos como los criterios *Guja*, establecidos en dicha sentencia de 2008, aunque como el Tribunal afirma en *Halet*, deben ser matizados y actualizados.¹⁵ Tales criterios son : a) los canales de comunicación a disposición del informante diferentes a la revelación pública, teniendo en cuenta que el canal interno se considera, en principio, el preferente; b) el interés público de la información comunicada; c) la autenticidad o veracidad de la información divulgada; d) el equilibrio que puede realizarse entre el perjuicio para el empleador por la comunicación realizada y el interés público de la información comunicada; e) el motivo de la persona informante al comunicar las infracciones, especialmente la buena fe al interponerla; y f) la gravedad y proporcionalidad de la sanción impuesta al informante.¹⁶

Veamos lo que indica la sentencia respecto a cada uno de estos criterios, con el objetivo de compararlos a efectos de la ley 2/2023 con los establecidos en la doctrina del TC respecto a la libertad de información del art. 20.1 d) CE.¹⁷

sobre la política fiscal en tal país cuando trabajaba para la consultora PricewaterhouseCoopers (PwC). Halet filtró documentos confidenciales protegidos por el secreto profesional a los medios de información, que publicaron entre 2012 y 2014 el contenido de cientos de declaraciones de impuestos de empresas. La filtración, conocida como LuxLeaks, procedía de las oficinas de PwC. Los documentos publicados demostraban una práctica desarrollada por la empresa entre 2002 y 2012 que se basaba en acuerdos fiscales ventajosos entre PwC, que actuaba en nombre de empresas multinacionales, y las autoridades fiscales de Luxemburgo. El tribunal estableció que Luxemburgo debía resarcir a Halet con una indemnización total de 55.000 euros (15.000 por los daños morales y 40.000 para cubrir sus gastos) por violar el citado artículo 10 del Convenio. Según destaca el tribunal como base para su fallo, “la corte ha considerado que el interés público en la divulgación de esa información superaba todos los efectos perjudiciales derivados de ella”, concluyendo que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del acusado, en particular su libertad de comunicar información, no había sido “necesaria en una sociedad democrática”.

¹⁵ En este sentido, nos indica el TEDH en su ordinal 120 : “El Tribunal de Justicia, que concede importancia a la estabilidad y previsibilidad de su jurisprudencia en materia de seguridad jurídica, ha aplicado sistemáticamente desde la sentencia *Guja* los criterios que le permiten apreciar si, y, en caso afirmativo, en qué medida, una persona que divulga información confidencial obtenida en el marco de una relación laboral puede invocar la protección del artículo 10 del Convenio y, en caso afirmativo, en qué medida. No obstante, el Tribunal de Justicia es plenamente consciente de la evolución que se ha producido desde la adopción de la sentencia *Guja* en 2008, ya sea en términos del lugar que ocupan actualmente los denunciantes en las sociedades democráticas y del papel de liderazgo que pueden desempeñar al sacar a la luz información de interés público, o desde el punto de vista del desarrollo del marco jurídico europeo e internacional para la protección de los denunciantes (véanse los apartados 54 a 58 supra). Por consiguiente, considera oportuno aprovechar la oportunidad que brinda la remisión del presente asunto a la Gran Sala para confirmar y consolidar los principios jurisprudenciales establecidos en materia de protección de los denunciantes, precisando los criterios para su aplicación a la luz del contexto europeo e internacional actual.” Al respecto, Bouhnouni, J. (2023) “From *Guja* to *Halet*: the long march of whistleblower protection before the court of Strasbourg”, Corporate Crime Observatory, (<https://www.corporatecrime.co.uk/post/guja-halet-whistleblowers>).

¹⁶ Un análisis de la sentencia y estos criterios en Voorhoof, Dirk (2023), “Halet v. Luxemburg : Luxleaks, Grand Chamber strengthens whistleblowers protection”, *Inform's Blog : Case Law* (March 15) (inform.org)

¹⁷ Debemos advertir que no hemos podido encontrar una versión oficial de esta sentencia al castellano, por lo que la que ofrecemos es de elaboración propia con asistencia de aplicaciones de traducción. Dada esta falta de traducción oficial, hemos optado por hacer una referencia mínimamente extensa a continuación a lo razonado por el Tribunal respecto a cada uno de los criterios.

4.1. Sobre los canales de comunicación utilizados para informar de las infracciones

Lo primero que señala este Tribunal respecto a los canales de comunicación por medio de los cuales un informante puede poner de manifiesto infracciones es la preferencia por los “canales internos de denuncia”, de forma que, “en la medida de lo posible”, la divulgación debe hacerse en primer lugar al “superior”. Al respecto, y citando a la doctrina establecida en *Guja*, va a indicar de forma contundente que “sólo cuando esto es claramente impracticable la información podría, como último recurso, divulgarse al público”.

La razón para esta preferencia estriba, a juicio del Tribunal, en que “el canal jerárquico interno es, en principio, el mejor medio para conciliar el deber de lealtad de los empleados con el interés público atendido por la divulgación”. Y ello hasta el punto de haber denegado la protección a un denunciante cuando tenía a su disposición tales canales internos y no haber dado razones “convincientes” para haber acudido directamente a la revelación pública.

No obstante, este orden de prioridad entre los canales de denuncia interno y la revelación pública se condiciona por el propio Tribunal, en tanto que, en primer lugar, tales canales “han de existir y funcionar correctamente” y, en segundo lugar, los mismos han de ser fiables en el sentido de que por su utilización el informante no va a estar expuesto a represalias, condiciones muy similares a las reflejadas tanto en la Directiva 2019/1937 como en nuestra Ley 2/2023.¹⁸

La conclusión que reitera el Tribunal, de acuerdo con la doctrina anterior, es que “las circunstancias individuales de cada caso determinarán el cauce más adecuado”.¹⁹

¹⁸ Al respecto, nos remitimos a nuestro estudio ya citado Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *Iuslabor* nº 2, pgs. 8 ss.

¹⁹ La doctrina del Tribunal respecto a este criterio la encontramos básicamente en los ordinales 121, 122 y 123 : “121. El primer criterio se refiere al canal o canales de denuncia utilizados para emitir la alerta. En numerosas ocasiones desde la sentencia *Guja*, el Tribunal ha tenido ocasión de subrayar que debe darse prioridad a los canales internos de denuncia. La divulgación debe hacerse en primer lugar, en la medida de lo posible, al superior u otra autoridad u organismo competente de la persona... Sólo cuando esto es claramente impracticable la información podría, como último recurso, divulgarse al público... El canal jerárquico interno es, en principio, el mejor medio para conciliar el deber de lealtad de los empleados con el interés público atendido por la divulgación. Así, el Tribunal ha considerado que no se trataba de una situación de denuncia de irregularidades cuando un demandante no había denunciado el asunto a sus superiores a pesar de ser consciente de la existencia de canales internos de divulgación y no había proporcionado explicaciones convincentes sobre este punto 122. Sin embargo, este orden de prioridad entre los canales de denuncia internos y externos no es absoluto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Estos mecanismos internos de denuncia deben existir y funcionar correctamente... La Corte ha aceptado que ciertas circunstancias pueden justificar el uso directo de “comunicaciones externas”. Este es el caso, en particular, cuando el canal interno de denuncia no es fiable o ineficaz... cuando es probable que el denunciante esté expuesto a represalias o cuando la información que desea divulgar se refiere a la esencia misma de la actividad del empleador de que se trate. 123. El Tribunal de Primera Instancia señala asimismo que, en la sentencia *Gawlik* dejó abierta la cuestión de si la demandante estaba obligada o no a utilizar en primera instancia todos los cauces internos de denuncia, remitiéndose a este respecto a los principios rectores del anexo de la Recomendación (2014)7... que no establecen un orden de prioridad entre los diferentes canales de denuncia y divulgación. A este respecto, el Tribunal se remite al tenor de la Recomendación, en el sentido de que «las circunstancias individuales de cada caso determinarán el cauce más adecuado» y señala que el criterio relativo al canal de denuncia debe apreciarse a la luz de las circunstancias de cada caso.”

Es importante subrayar que, como veremos, no existe una coincidencia plena entre este criterio y el que respecto a esta materia de la posible prioridad de canales de comunicación ha establecido nuestro TC, por cierto, más en consonancia con lo establecido en la Directiva 2019/1937 y en la Ley 2/2023.

3.2. La veracidad o “autenticidad” de la información divulgada

El segundo criterio que señala el Tribunal es el referente a la veracidad o “autenticidad” de la información comunicada o divulgada, el cual es considerado por aquél como “esencial”, especialmente porque lo relaciona con otro de los criterios *Guja*, la buena fe del informador.

En efecto, para el Tribunal, el ejercicio de la libertad de información conlleva “deberes y responsabilidades” y “cualquier persona que decida revelar información debe verificar cuidadosamente, en la medida en que lo permitan las circunstancias, que es exacta y confiable”.

No obstante esta contundente afirmación inicial sobre el deber de verificación, se ve inmediatamente matizada de forma significativa. En efecto, nos va a indicar el Tribunal que “cuando un denunciante haya tomado medidas diligentemente para verificar, dentro de lo posible, la autenticidad de la información divulgada, no se le podrá denegar la protección otorgada por el artículo 10 del Convenio por el único motivo de que posteriormente se haya demostrado que la información era inexacta.” Por tanto, existe un deber inicial de una mínima diligencia en la comprobación de la información transmitida, pero ello, habiéndose hecho, no excluye de protección ni cuando la información inicialmente obtenida no ha podido certificar la total exactitud de la infracción ni cuando, con posterioridad a la revelación, se demuestra la incorrección.²⁰

²⁰ El desarrollo de este criterio lo tenemos básicamente en los ordinales 124 a 127 : “124. La autenticidad de la información divulgada es una característica esencial para evaluar la necesidad de una interferencia con la libertad de expresión de un denunciante. El ejercicio de la libertad de expresión conlleva “deberes y responsabilidades” y “cualquier persona que decida revelar información debe verificar cuidadosamente, en la medida en que lo permitan las circunstancias, que es exacta y confiable”... 125. Sin embargo, no se puede exigir a un denunciante, en el momento de la denuncia, que establezca la autenticidad de la información divulgada. A este respecto... «incluso cuando una persona puede tener motivos para creer que existe un problema que podría ser grave, rara vez está en condiciones de conocer el panorama completo. Es inevitable, por lo tanto, ... que la investigación posterior de la denuncia o revelación puede demostrar que el denunciante se ha equivocado”..... Del mismo modo, reconoce, como declaró el Relator Especial de las Naciones Unidas, que “los denunciantes que, sobre la base de una creencia razonable, comunican información que resulta no ser correcta deben, no obstante, estar protegidos contra represalias”.... En tales circunstancias, parece deseable que la persona afectada no pierda el beneficio de la protección concedida a los denunciantes, siempre que se cumplan los demás requisitos para reclamar el derecho a dicha protección. 126. Cuando un denunciante haya tomado medidas diligentemente para verificar, en la medida de lo posible, la autenticidad de la información divulgada, no se le podrá denegar la protección otorgada por el artículo 10 del Convenio por el único motivo de que posteriormente se haya demostrado que la información era inexacta..... 127. A este respecto, el Tribunal reitera que ya ha aceptado que, en determinadas circunstancias, la información divulgada por los denunciantes puede estar protegida por el derecho a la libertad de expresión, incluso cuando posteriormente se haya demostrado que la información en cuestión es errónea o no se ha podido demostrar que es correcta..... Sin embargo, para que esto sea aplicable, el denunciante debe haber verificado cuidadosamente que la información era precisa y confiable ... Por lo tanto, los denunciantes que deseen que se les

Se trata de una doctrina que, en este caso sí, la vamos a encontrar prácticamente igual en la del TC y que, por ende, está recogida expresamente también en nuestra ley 2/2023, como veremos.

3.3. La buena fe de la persona informante

El criterio de la buena fe del informante se relaciona por el Tribunal con la motivación que lo guía a la hora de realizar la revelación. En efecto, nos va a indicar que “[e]l motivo de las acciones del empleado informante es ... factor determinante para decidir si una divulgación particular debe protegerse o no”. Para ello, el Tribunal considera necesario verificar “en cada caso que se le presenta, si estaba motivado por un deseo de beneficio personal, si tenía alguna queja personal contra su empleador o si había algún otro motivo oculto para las acciones relevantes”.

Como factores determinantes adicionales a la hora de establecer esta buena fe, el Tribunal señala el hecho de no existir en la divulgación ningún “ataque personal gratuito”, si el informante recurrió inicial y directamente a los medios de comunicación internos e intentó “primero remediar la situación denunciada en el seno de la propia empresa” o , en fin, como ya hemos señalado, si no había motivos “para dudar de que el demandante....., actuó creyendo que la información era veraz y que era de interés público divulgarla”, indicando expresamente como indicio de la ausencia de esta buena fe cuando la base de la información eran meros rumores.²¹

El criterio de la motivación del informante/persona trabajadora veremos que también ha sido considerado expresamente por el TC para establecer la inclusión o no en el ámbito del art. 20.1 d) CE de una denuncia a medios de comunicación por un directivo de irregularidades en el proceso productivo de la empresa.

3.4 El interés público en la información comunicada

Otro de los criterios más trascendentes para el Tribunal se refiere al interés o relevancia pública de la información comunicada.

conceda la protección del artículo 10 del Convenio están obligados a comportarse de manera responsable tratando de verificar, en la medida de lo posible, que la información que pretenden divulgar es auténtica antes de hacerla pública.”

²¹ La doctrina del Tribunal respecto a este criterio de la buena fe se haya esencialmente en los ordinales 128 a 130: “128. El Tribunal...para llegar a su conclusión, puede tener en cuenta el contenido de la divulgación y constatar, en apoyo de su reconocimiento de buena fe por parte del denunciante, que “no hubo apariencia de ningún ataque personal gratuito” Los destinatarios de la divulgación también son un elemento para evaluar la buena fe. De este modo, el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta el hecho de que la persona en cuestión “no recurrió inmediatamente a los medios de comunicación ni a la difusión de volantes para lograr la máxima atención del público” o que había intentado primero remediar la situación denunciada en el seno de la propia empresa 129. El criterio de buena fe no es ajeno al de la autenticidad de la información divulgada. A este respecto, el Tribunal observa que en la sentencia *Gawlik* declaró que «no tenía motivos para dudar de que el demandante, al hacer la divulgación, actuó creyendo que la información era veraz y que era de interés público divulgarla».130. Por el contrario, ha sostenido que no podía considerarse que un solicitante cuyas alegaciones se basaban en un mero rumor y que no tenía pruebas que las respaldaran hubiera actuado de «buena fe».....”

Al respecto, a la hora de delimitar este criterio, nos dice el Tribunal que “el interés general se refiere a cuestiones que afectan al público hasta el punto de que éste pueda legítimamente interesarse por ellas, que atraigan su atención o que le afecten de manera significativa. especialmente porque afectan el bienestar de los ciudadanos o la vida de la comunidad... (así como)... las cuestiones que pueden suscitar una controversia considerable, que se refieren a una cuestión social importante o que implican un problema sobre el que el público tendría interés en ser informado”.

En la determinación de la existencia del interés público, hay dos factores para el Tribunal a considerar: el tipo de irregularidad comunicada y si la misma implica a autoridades públicas o a particulares.

Así, por un lado, en la apreciación de la trascendencia de ese interés público va a influir cuál es el grado efectivo de ilegalidad de la irregularidad denunciada. Más concretamente, el Tribunal considera que “en el contexto de la denuncia de irregularidades, el interés público en la divulgación de información confidencial disminuirá en función de si la información divulgada se refiere a actos o prácticas ilegales, a actos, prácticas o comportamientos reprobables, o a un asunto que suscite un debate o controversia sobre la existencia o no de un perjuicio para el interés público”.

Es importante señalar al respecto que, desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento jurídico y considerando ya la ley 2/2023, por lo que se refiere a los dos niveles señalados en último lugar por el Tribunal sobre actos, prácticas o comportamientos reprobables o asuntos que susciten debate o controversia, pueden estar protegido por la libertad de información incluso si, al no representar infracciones normativas, no entran dentro del ámbito material del art. 2 de aquella ley protectora del informante.²²

Por otro lado, y trascendentalmente para el ámbito laboral, el Tribunal reconoce que aunque en muchos casos este interés público va a venir determinado por la presencia de autoridades públicas en los hechos denunciados, ello no excluye aquel interés cuando se trata de “particulares”, de forma que, nos sigue indicado, “la gama de información de interés general que puede justificar la denuncia de irregularidades contemplada en el artículo 10 incluye la denuncia por parte de un empleado de actos, prácticas o comportamientos ilícitos en el lugar de trabajo...”.

Es en relación a esta última situación respecto a particulares cuando el Tribunal plantea el equilibrio que se ha de desarrollar entre interés público y deber de confidencialidad en el contrato de trabajo a la hora de establecer la protección de una comunicación bajo el art. 10 del Convenio, teniendo en cuenta que este precepto en su apartado 2 expresamente indica que el ejercicio de la libertad de información “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para... *impedir la divulgación de informaciones confidenciales*”.

²² Al respecto, Del Rey Guanter; Salvador (2023), “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, v2 n° 2, pgs. 9 y ss.

En este sentido, el Tribunal nos indica que “si bien no cabe duda de que el público puede estar interesado en una amplia gama de temas, este hecho por sí solo no puede bastar para justificar que la información confidencial sobre estos temas se haga pública...la cuestión de si una divulgación hecha en violación de un deber de confidencialidad sirve o no a un interés público, como para atraer la protección especial a la que los denunciantes pueden tener derecho en virtud del artículo 10 de la Convención, exige una evaluación que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso y el contexto al que se refiere.”²³

Veremos que, en la doctrina del TC, y seguramente más acorde con lo establecido en la Ley 2/2023 (art. 38.1), la limitación que pueda representar deberes como el de confidencialidad o secreto respecto a la libertad de información del informante-persona trabajadora es más tenue.

4.5. *El perjuicio causado por la comunicación o revelación*

El Tribunal considera que otro ejercicio de evaluación y de equilibrio que ha de hacerse a la hora de determinar la protección de una comunicación bajo el art. 10 del Convenio es entre ese interés público y el perjuicio que se causa a las personas u organizaciones afectadas. Al respecto, el Tribunal no duda en asumir que el hecho de que la divulgación cause un perjuicio puede ser una consecuencia natural de dar a conocer una información sobre irregularidades, y que ello en sí no ha de impedir la protección bajo dicho art. 10. Sin embargo, considera necesario realizar un cierto juicio de proporcionalidad.

²³ La doctrina del Tribunal sobre este criterio la encontramos especialmente en los ordinales 132 a 144 : “ 132. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el contexto general de los asuntos relativos al derecho a la libertad de expresión y de información, el interés general se refiere a cuestiones que afectan al público hasta el punto de que éste pueda legítimamente interesarse por ellas, que atraigan su atención o que le afecten de manera significativa. especialmente porque afectan el bienestar de los ciudadanos o la vida de la comunidad... En algunos casos, el interés que el público puede tener en una determinada información puede ser tan relevante que prevalece incluso sobre un deber de confidencialidad impuesto legalmente ... 133. En el contexto específico de los casos relativos a la protección de los denunciantes, en los que se cuestiona la divulgación por parte de un empleado, en violación de las normas aplicables, de información confidencial obtenida en el lugar de trabajo, el Tribunal se centra en establecer si la información divulgada es de “interés público”.... A este respecto, el Tribunal reitera que el concepto de interés público debe apreciarse a la luz tanto del contenido de la información divulgada como del principio de su divulgación. En el estado actual de su jurisprudencia, la gama de información de interés público que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la denuncia de irregularidades se define de manera amplia.....137. Así pues, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la gama de información de interés general que puede justificar la denuncia de irregularidades contemplada en el artículo 10 incluye la denuncia por parte de un empleado de actos, prácticas o comportamientos ilícitos en el lugar de trabajo, o de actos, prácticas o comportamientos que, aunque sean legales, reprochables.....138. En opinión del Tribunal de Justicia, esto también podría aplicarse, en su caso, a determinada información relativa al funcionamiento de las autoridades públicas en una sociedad democrática y que suscite un debate público, dando lugar a una controversia que pueda crear un interés legítimo por parte del público en tener conocimiento de la información para llegar a una opinión informada sobre si revela o no un perjuicio para el interés público..... 140. De hecho, el Tribunal considera útil señalar que el peso del interés público en la información divulgada variará en función de las situaciones encontradas. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que, en el contexto de la denuncia de irregularidades, el interés público en la divulgación de información confidencial disminuirá en función de si la información divulgada se refiere a actos o prácticas ilegales, a actos, prácticas o comportamientos reprobables o a un asunto que suscite un debate que suscite controversia sobre la existencia o no de un perjuicio para el interés público (véanse los apartados 137 a 138 supra)..... 144. En conclusión, si bien no cabe duda de que el público puede estar interesado en una amplia gama de temas, este hecho por sí solo no puede bastar para justificar que la información confidencial sobre estos temas se haga pública. La cuestión de si una divulgación hecha en violación de un deber de confidencialidad sirve o no a un interés público, como para atraer la protección especial a la que los denunciantes pueden tener derecho en virtud del artículo 10 de la Convención, exige una evaluación que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso y el contexto al que se refiere. más que *in abstracto*... ”.

En este sentido, hemos de indicar que este juicio respecto a la comparación entre interés público y daño causado cobra más sentido cuando lo que se comunica o revela no son tanto infracciones administrativas o delitos, como de lo que antes hemos indicado que pueden ser prácticas reprobables o censurables u originadoras de debate público.

En efecto, si se trata de infracciones o delitos en el sentido del ámbito material de la Directiva 2029/1937 o de ley 2/2023, en este caso creemos que sería difícil considerar que la comunicación que se haya podido realizar al respecto no está protegida en base al perjuicio causado, por acentuado que éste pueda ser.²⁴

Veremos que para nuestro TC, este elemento del perjuicio causado debe ser relacionado esencialmente con la veracidad de la información revelada, en una doctrina al respecto que ya hemos señalado como coincidente con la del TEDH.

4.6. *La gravedad o severidad de la sanción impuesta al informante*

El sexto y último criterio que utiliza el Tribunal para evaluar el nivel de protección que una comunicación o revelación tiene es el de la sanción –en sentido amplio, abarcando pues las “profesionales, disciplinarias o penales”– que haya podido ser impuesta al informante. Más en concreto, considera que en esa graduación han de considerarse como las sanciones más graves que puede recibir el informante tanto la del despido de un empleado desde la perspectiva del régimen laboral disciplinario, como, a nivel penal, la imposición de una condena por comunicar una irregularidad.

Se trata de un criterio que puede ser difícil de entender en principio, en el sentido de que si se ha ejercido efectivamente por la persona informante la libertad de información protegida por el art. 10 del Convenio, y en nuestro caso por el art. 20.1 d) CE, difícilmente puede ser admisible que se imponga sanción alguna, por leve que esta sea, debiéndose declarar su nulidad, como veremos en el próximo apartado.

Distinto es que se le de una interpretación diferente a este criterio, consistente en que una comunicación en principio no protegida por el art. 10 del Convenio, y por tanto susceptible de poder ser sancionada si ha rebasado por su contenido los límites que el ejercicio de la libertad de información impone, sea tan desproporcionada respecto a las razones para considerarla no protegida que resulte contraria a aquel ejercicio en base

²⁴ La doctrina del Tribunal sobre este criterio puede encontrarse básicamente en los ordinales 145 a 148 “145. Según la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, el perjuicio para el empresario representa el interés que debe ponderarse con el interés público en la información divulgada. Así, en *Guja...*, el Tribunal declaró que tenía que evaluar “el daño, si lo hubiere, sufrido por la autoridad pública como resultado de la divulgación en cuestión y evaluar si dicho daño pesaba más que el interés del público en que se revelara la información” 147. El Tribunal reitera que el criterio del perjuicio para el empleador se desarrolló inicialmente con respecto a las autoridades públicas o las empresas estatales: el daño en cuestión, al igual que el interés en la divulgación de información, era entonces de naturaleza pública. Sin embargo, señala que la divulgación de información obtenida en el contexto de una relación laboral también puede afectar a intereses privados, por ejemplo, denunciando a una empresa privada o empleador a causa de sus actividades y causándole, y a terceros en ciertos casos, daños financieros y/o reputacionales.148. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia considera necesario afinar los términos del ejercicio de ponderación que debe llevarse a cabo entre los intereses concurrentes en juego: más allá del único perjuicio para el empresario, son los efectos perjudiciales, considerados en su conjunto, los que puede entrañar la divulgación controvertida los que deben tenerse en cuenta para apreciar la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión de los denunciantes que están protegidos por el artículo 10 del Convenio.”

precisamente al principio de gradualidad de la sanción y, especialmente, al efecto disuasorio que una sanción desproporcionada podría tener en futuros informantes.

Este es el sentido que puede dársele a la afirmación del Tribunal cuando indica que el mismo “ya ha tenido ocasión de reconocer que la expulsión o el despido sin preaviso de un demandante constituía la sanción más severa posible con arreglo al Derecho laboral....(subrayando) que una sanción de este tipo no sólo tiene repercusiones negativas en la carrera del demandante, sino que también puede tener un efecto disuasorio sobre otros empleados”. El razonamiento anterior también lo aplica el Tribunal a las sanciones penales, habiendo subrayado que “en el contexto general de los asuntos relativos al artículo 10 del Convenio... la imposición de una sanción penal es una de las formas más graves de injerencia en el derecho a la libertad de expresión... y que las autoridades nacionales deben actuar con moderación al recurrir a procedimientos penales.”

Por tanto, el Tribunal concluye que de su jurisprudencia “se desprende que la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son elementos que deben tenerse en cuenta al apreciar la proporcionalidad de una injerencia en el derecho a la libertad de expresión”.²⁵

4. La libertad de información de la persona trabajadora en la doctrina del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la revelación pública de infracciones de la empresa

La doctrina del TC en materia de libertad de información, en general,²⁶ y de su ejercicio en el ámbito laboral, en particular,²⁷ es muy significativa e intensa, y desde luego, al igual que en el caso de la doctrina del TEDH pero de forma más directa e inmediata, va a ser muy trascendente en su aplicación a la Ley 2/2023.

²⁵ Este criterio se desarrolla por el Tribunal en los ordinales 149 a 154: “149. las sanciones contra los denunciantes pueden adoptar diferentes formas, ya sean profesionales, disciplinarias o penales. A este respecto, (este Tribunal) ya ha tenido ocasión de reconocer que la expulsión o el despido sin preaviso de un demandante constituía la sanción más severa posible con arreglo al Derecho laboral.... También ha subrayado que una sanción de este tipo no sólo tiene repercusiones negativas en la carrera del demandante, sino que también puede tener un efecto disuasorio sobre otros empleados y disuadirlos de denunciar cualquier conducta indebida, un efecto amedrentador que se amplificó en vista de la amplia cobertura mediática que podrían atraer ciertos casos ...150. Esta observación también es válida con respecto a la imposición de sanciones penales. El Tribunal ha subrayado con frecuencia, en el contexto general de los asuntos relativos al artículo 10 del Convenio, que la imposición de una sanción penal es una de las formas más graves de injerencia en el derecho a la libertad de expresión...y que las autoridades nacionales deben actuar con moderación al recurrir a procedimientos penales.....152. En el contexto particular de la denuncia de irregularidades, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que el recurso al proceso penal para sancionar la divulgación de información confidencial era incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión, habida cuenta de las repercusiones sobre la persona que realiza la divulgación, en particular desde el punto de vista de su carrera profesional, y del efecto disuasorio sobre otras personas..... 153..... de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son elementos que deben tenerse en cuenta al apreciar la proporcionalidad de una injerencia en el derecho a la libertad de expresión...”

²⁶ Al respecto, Nuñez Martínez, M.A (2008), “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la constitución española”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 289 ss.

²⁷ Sobre la libertad de información en las relaciones laborales, Aparicio Aldana, R.K. (2020), *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo*, Barcelona: Bosch; Del Rey Guanter, S. (2020), “Libertad de expresión e información en el contrato de trabajo”, en J. García Murcia (Dir.), *La Constitución del Trabajo*, Oviedo, KRK ediciones, 271 ss.; con anterioridad, Del Rey Guanter, S. (1994), *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Madrid: Civitas.

Más concretamente, nuestro objetivo en este apartado es extraer de la doctrina establecida por el TC en sentencias relevantes y en supuestos laborales los criterios de determinación de cuándo la comunicación de infracciones o irregularidades por parte de la persona trabajadora respecto a su empleadora está o no tutelada por la libertad de información contemplada en el art. 20.1 d) CE. Ello nos va a permitir relacionar tales criterios tanto con los que acabamos de identificar en la doctrina del TEDH, como con su aplicación al ámbito del art. 28.2 de la Ley 2/2023 en la determinación de cuándo una revelación pública directamente realizada a la prensa por aquella persona trabajadora –como es el supuesto en la mayoría de esas sentencias del TC que ahora analizaremos– tiene la protección de aquella ley por tratarse de ejercicio legítimo de la libertad constitucional de información.

4.1. El contexto del ejercicio de la libertad de información en el contrato de trabajo: los límites de los deberes de lealtad y buena fe de la persona trabajadora

Aunque por conocida, no queremos dejar de reseñar ya inicialmente como contexto de los criterios del TC que señalamos a continuación su doctrina de la relación del ejercicio de derechos fundamentales tales como el de libertad de información con las obligaciones típicas de la persona trabajadora en el contrato de trabajo, contexto contractual en el que evidentemente van a tener relevancia deberes tales como el de lealtad o el de buena fe, pero sin que, al mismo tiempo, los mismos puedan tener un papel preeminente o desproporcionado respecto a aquel ejercicio.

Así, y como nos resume la STC 151/2004 en un muy citado pasaje, para el Tribunal es evidente que “...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 la Constitución le reconoce como ciudadano, ...lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.”²⁸

No obstante lo anterior, el contexto que representa el contrato de trabajo no es neutro o aséptico respecto al ejercicio de un derecho fundamental como el de expresión o información, en tanto que, continua el TC, “cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las

²⁸ Continúa el Tribunal en esta sentencia indicando : “Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza.La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ello...”

pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación... De este modo, surge un «condicionamiento» o «límite adicional» en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo...».²⁹

Por tanto, para el TC, en una doctrina ampliamente desarrollada en numerosas sentencias, las obligaciones de la buena fe y la lealtad en el contrato de trabajo no es que sean irrelevantes a la hora de analizar el ejercicio de la libertad de información de una persona trabajadora en su relación con medios de comunicación, sino que han de ser relativizadas dada la preeminencia de este derecho fundamental y la necesidad de tener en cuenta el contexto —especialmente cuando existe conflicto laboral o quien lo ejercita es representante sindical o unitario— en el que su ejercicio puede desarrollarse.

4.2. La relevante distinción entre libertad de expresión y la libertad de información en el ámbito de la revelación pública, y supuestos de superposición o coexistencia

También es muy importante a efectos de situar adecuadamente la doctrina del TC respecto a su aplicación al art. 28.2 de la ley 2/2023 la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, diferencia que en este último precepto parece no haberse considerado plenamente.

²⁹ Prosigue el TC indicando : “...este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales.. preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional...lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso.” Para un supuesto en el que se niega que, en el ámbito del contrato de trabajo y ante la comunicación a la prensa por un trabajador de irregularidades cometidas por su empresa, “pudiera la buena fe poseer eficacia limitadora sobre el concreto ejercicio de la libertad de informar”, véase la STC 6/1988, de 21 de enero, que añade : “cierto es que el actor, trabajador además de ciudadano. se hallaba sujeto, por razón de un contrato, a específicas obligaciones. ya aludidas, pero no es menos evidente que el daño que pudo irrogar con su conducta al empleador sólo sería merecedora de sanción si hubiera sido fruto, en este caso, de un ejercicio desviado de la libertad de información, cuya posición preferente en el ordenamiento impide considerarla abolida, para el trabajador, en todo aquello que, aun expresado de buena fe y sin quiebra de la lealtad debida, no resulte inocuo para su empleador.” La STC 198/2004, de 15 de noviembre de 2004, evalúa la libertad de información y la buena fe no tanto desde la perspectiva de denuncias públicas de posibles infracciones cometida por la empresa, sino de la comunicación a clientes y proveedores de la misma de las movilizaciones laborales que se desarrollan y de sus motivos : “En ningún caso se cuestiona la calidad del servicio ofrecido por la empresa, sino que se informa sobre los previsibles efectos de las acciones a desarrollar, por lo que las críticas no están directa ni primordialmente ordenadas a incidir sobre la opinión que los terceros tienen de la empresa ni a determinar, por tanto, que aquéllos modifiquen el tipo de relación que mantienen con ésta... las acciones de comunicación analizadas deben ser valoradas en función de una doble finalidad: de un lado actúan como instrumento informativo, anunciando las movilizaciones a desarrollar en la medida en que habrían de tener, necesariamente, repercusión sobre los proveedores y los clientes; de otro exteriorizan la disputa laboral, ante la opinión pública en general y ante los sujetos más directamente relacionados con la empresa y con los trabajadores en particular, constituyéndose así como un instrumento más de la acción reivindicativa sindical.”

Al respecto, ya hemos visto que en la doctrina del TEDH, el término que se utiliza a la hora de aplicar el art. 10 de la Convención es exclusivamente el de “libertad de expresión”, aplicación en consonancia con el propio título dado al precepto, aunque es evidente que, como se deduce del propio redactado del mismo, en él se está incluyendo también la libertad de información.

Afortunadamente, y en consonancia con lo establecido en el art. 20.1 d) CE en relación su apartado a), la distinción para el TC entre esas dos libertades es clara, en tanto que como nos indica reiteradamente “ambos derechos presentan un diferente contenido y también unos diferentes límites y efectos”.³⁰

Esta distinción no excluye desde luego la existencia de posibles zonas grises o incluso de superposición, en cuyo caso hay que establecer si son las opiniones o la comunicación de hechos lo que resulta preponderante.³¹

También hay ocasiones, y tenemos ejemplos de ello precisamente en sentencias del TC que dilucidan en el ámbito laboral cuál de las dos libertades se alega como infringida, en los que existe una asunción de conocimiento por todas las partes de los hechos y en los que, por tanto, se considera que ha de predominar la valoración de los mismos, enjuiciándose el supuesto desde la perspectiva de la libertad de expresión, más que la de la libertad de información.³²

³⁰ Podemos reseñar como reciente sentencia sobre esta distinción la STC 8/2022, de 15 de noviembre, que resume la doctrina sentada en sentencias anteriores :...” por más que una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece, este distinguo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos –susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís–, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades.” Ya al respecto, Solozabal Echavarría, J.J. (1988) , “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8 nº 23, pgs 139 ss

³¹ STC 8/2022, de 15 de noviembre con amplia cita a su vez de sentencias anteriores : “...también se ha advertido de que el deslinde entre ambas libertades no siempre es nítido, “pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión. Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del art. 20.1 CE...La constatación de las dificultades existentes para distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúa cuando se contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales.” Sobre este principio de la preponderancia o predominio, puede verse también la STC 126/2003, de 30 de junio de 2003.

³² STC 181/2006, de 19 de junio de 2006 : ” Los firmantes no informan a la dirección de la empresa de unos hechos, pues tales hechos, fueran efectivamente conocidos o no por la concreta persona a la que se dirige la carta, se refieren a actuaciones de la propia empresa en cuanto tal, sino que ponen en su conocimiento la consideración que los mismos les merecen. No es posible tampoco fragmentar el proceso de elaboración del escrito para apreciar que, al proceder la persona que lo redactó a su difusión entre los restantes trabajadores para recabar su firma, se esté llevando a cabo un acto de transmisión de información. No hay difusión de información alguna entre quien redacta el escrito y el resto de los firmantes. El primero se limita a plasmar por escrito lo que constituye su opinión sobre unos hechos que pretende denunciar, o acaso, lo que considera que constituye la opinión del grupo de trabajadores cuya adhesión va a solicitar, haciendo llegar el escrito posteriormente a los restantes trabajadores a fin de que, en la medida en que esa opinión coincida con la suya propia, procedan a adherirse al mismo. Los hechos se presumen conocidos por todos los trabajadores, siendo únicamente su valoración negativa y la forma de su expresión ante la dirección de la empresa lo que se transmite entre quien redacta inicialmente el escrito y el resto de sus firmantes. Se trata, en fin, de un único acto de expresión colectiva, que se forma mediante las fases sucesivas de redacción del escrito y de su posterior circu-

No obstante, y en relación a esta distinción tan sumamente trascendente y esos supuestos de conexión o superposición, hay que tener en cuenta que desde la perspectiva del art. 28.2 de la ley 2/2023, a pensar de esa invocación conjunta, a la hora de determinar la protección del revelador público que ha acudido directamente a la prensa, los parámetros legales que han de seguirse son básicamente los propios de la libertad de información, en tanto que serán los criterios que analizamos en este apartado respecto a las “acciones u omisiones” infractoras comunicadas las que determinarán si estamos ante el ejercicio de tal libertad de información. Con otros términos, las “valoraciones, opiniones o ideas” no entran dentro del ámbito material de aquella ley tal como delimitado en su art. 2, y por tanto tampoco se pueden considerar relevantes en los supuestos a los que se refiere el art. 28.2.

4.3. La denominada “libertad de información sindical” y su amparo en el art. 28.1 CE en relación al art. 20.1 d) CE

No obstante, y es esta una cualificación significativa a los efectos de la determinación más certera de la dimensión constitucional de lo dispuesto en el art. 28.2 de la Ley 2/2023, es importante subrayar que, en determinadas circunstancias –no todas, por cierto–, el TC va a considerar que cuando la comunicación es realizada por representantes sindicales de los trabajadores no sólo internamente, sino también a clientes de la empresa, y ello se refiere a condiciones laborales que la empresa está ilegalmente aplicando –por ejemplo, por no respetar las previstas en el convenio colectivo–, en ese caso considera que el punto de referencia de análisis deber ser esencialmente el art. 28.1 CE en su vertiente del contenido constitucional de la actividad sindical, y no tanto el 20.1 d) CE, como se indica en la STC 198/2004, de 15 de noviembre de 2004.³³

No obstante, en otras ocasiones y seguramente con más acierto, se ha hecho un análisis conjunto desde la perspectiva tanto de la libertad sindical como de la libertad de información, en lo que sintéticamente se ha denominado como “libertad sindical informativa”³⁴ En este caso de análisis conjunto, lo importante a considerar es que la revelación pública realizada por un representante sindical tiene una especie de “super-

lación y firma entre los trabajadores, y que se materializa cuando el escrito, ya firmado, es remitido a la dirección de la empresa.”

³³ STC 198/2004 : “En su recurso de amparo el recurrente alega la infracción del art. 28.1 CE (libertad sindical) y la del art. 20.1 CE [en particular, de la libertad de expresión recogida en su apartado a), aun cuando en otras partes del recurso se hace referencia también a la libertad de información que remite al apartado d) del mismo artículo]. No obstante de la demanda de amparo se deduce con claridad que la lesión que se estima producida no es la de los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del ejercicio de la función representativa que en su condición de representante sindical corresponde realizar al recurrente y a través de los cuales se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. La invocación del art. 20.1 a) y d) CE carece, pues, de sustantividad propia y no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y será, en consecuencia, desde esta perspectiva desde la que abordaremos nuestro análisis, de acuerdo con nuestra doctrina”.

³⁴ Al respecto, STC 185/2003, de 27 de octubre de 2003 (FJ 5).

protección” constitucional, en tanto que su tutela va a ser fruto de la aplicación conjunta de los criterios desarrollados respecto a ambas libertades, y más específicamente, las garantías propias tanto de la libertad sindical como de la libertad de información, lo cual va a repercutir evidentemente en reforzar la posición de la persona informante que realiza directamente una revelación pública a la prensa en los términos del art. 28.1 de la ley 2/2023.

4.4. Los límites a la libertad de información : la veracidad de lo comunicado

Como hemos visto claramente en la mencionada doctrina del TC, se establecen unos límites diferentes a la libertad de información respecto a los propios de la libertad de expresión, y uno de ellos, que es esencial, estriba en el juicio que ha de hacerse sobre la veracidad o no de la información transmitida, como exige expresamente el art. 20.1 d) CE, lo cual desde luego no puede predicarse de ideas, opiniones o valoraciones que no son susceptibles de aquel test.³⁵

Este test de veracidad sobre los hechos comunicados por la persona informante no es, sin embargo, absoluto, sino que conoce de importantes matizaciones. En efecto, para el TC en el ámbito de la libertad de información tiene relevancia la conducta inicial que haya mantenido el informante en orden a verificar mínimamente la veracidad de la información que transmite, y ello puede decidir su inclusión en la protección constitucional –y del art. 28.2 de la ley 2/2023, podemos añadir–, aunque finalmente resulte que esa información no era totalmente exacta.³⁶

Esta doctrina ha encontrado un importante eco en el ámbito laboral, como puede comprobarse ya en la STC 6/1988, de 21 de enero de 1988 : “...Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el de-

³⁵ Al respecto, nos indica la STC 126/2003, de 30 de junio de 2003 : “Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud ...y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad ...o diligencia en su averiguación, que condicionan, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información» del art. 20.1 d) CE el adjetivo «veraz». La libertad de información que nuestra Constitución reconoce y protege tiene, como presupuesto de su ejercicio legítimo, la veracidad de los hechos que se exponen y difunden”.

³⁶ No obstante, repárese que en la doctrina del TC parece requerirse como condición de ejercicio lícito de la libertad de información que la inexactitud de la información transmitida no afecte a su “esencia”. Puede consultarse sobre este tema la STC 126/2003, de 30 de junio de 2003 : “Puede que... la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”. También, en este sentido, la STC 24/2019, de 25 de febrero de 2019 : “...queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado.”

recho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.....el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente. ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o. peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas. pero sí ampara. en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva. las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre. de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho. la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.”

Así, pues, en este punto de la veracidad de la información revelada, podemos concluir que la doctrina del TC coincide prácticamente con la del TEDH. En la misma ley 2/2023, la protección no se va a extender al informante cuando lo comunicado en el canal externo “carezca de toda verosimilitud”, según dispone el art. 18.2 a 1º), pero aquella doctrina sobre la diligencia inicial encuentra eco en lo contemplado en el art. 35. 1 a) , al establecer como condición de protección de los informantes que estos ”tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz *en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes*”.

4.5. Los límites a la libertad de información : la relevancia pública de lo comunicado y la trascendencia del perjuicio ocasionado para la empresa

El otro requisito que el TC establece respecto al ejercicio de la libertad de información, en general, aunque muy centrado en el ámbito de la libertad de prensa, se refiere a la relevancia o interés público de lo informado, indicándonos que “la comunicación que este derecho fundamental a la libertad de información protege es la que transmite información veraz *relativa a asuntos de interés general o relevancia pública*». ³⁷

Téngase en cuenta que en la determinación de ese interés público puede desde luego influir la relevancia pública de la persona afectada por la comunicación de irregularidades, pero que ello no hace que sea obligatorio para tal relevancia el que se trate de un sujeto público en sentido jurídico. ³⁸

³⁷ STC 24/2019, de 25 de febrero de 2019 : “Respecto del segundo requisito, puesto que la protección de la libertad de información «se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública».... venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos «noticiales», en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información..... Solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático....Según ha afirmado la doctrina de este Tribunal, este valor preferente, en cuanto medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción»”

³⁸ En relación a la relevancia pública de la información comunicada a la prensa respecto a la persona afectada, , es interesante la distinción que realiza el TC, por ejemplo en la STC 151/2004, de 20 de septiembre de 2004, entre “personaje público” (“categoría reservada únicamente a la administración del poder público”) y “personajes con notoriedad pública” (personas “con una clara proyección pública”). En ambos casos se considera que la revelación de irregularidades supuestamente cometidas por tales personas tiene un interés público.

Una vez evaluada esa dimensión pública de la información, la misma ha de ser a su vez puesta en conexión con el interés privado que con tal comunicación se puede afectar.³⁹

En este sentido, el TC en su muy relevante sentencia de 122/2003, de 30 de junio de 2003, ha tenido ocasión de realizar una comparación entre interés público y perjuicio a la reputación de la empresa en un supuesto de declaración por un directivo a los medios de prensa de una alegada situación de riesgo y peligrosidad para la población resultante de defectos en el proceso productivo de fabricación de explosivos, hechos que después no se pudieron demostrar aunque fue evidente el perjuicio causado a la empresa. En efecto, para el Tribunal la denuncia ante los medios de comunicación sin la realización de una mínima comprobación previa y, por ende, sin esperar a una mínima constatación del posible riesgo por las autoridades públicas a las que le había comunicado ya el directivo las posibles irregularidades y riesgos para la población del proceso productivo no se considera que deba estar protegida por el art. 20. 1 d) CE. En opinión del TC, hay que concluir que “en condiciones como las concurrentes, el ejercicio del derecho a la libertad de información recomienda no utilizar cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes.”⁴⁰

Es importante tener en cuenta que entre esas condiciones concurrentes y en la prominencia que en esta sentencia se le da al perjuicio causado a la empresa en su relación con el interés público, tuvo un peso considerable para el TC una circunstancia que

³⁹ Al respecto, puede consultarse la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 : “...siempre habrá que hacer una valoración basada en la concurrencia del interés público en la información y el interés privado, articulando su evaluación conforme a los principios de proporcionalidad y ponderación. Y esta valoración y ponderación realizada de forma continuada y habitual por los periodistas en el ejercicio de su labor, también la ha de realizar todo ciudadano, pues en la actualidad la difusión de información no está limitada a los profesionales, sino que la tecnología ofrece a la ciudadanía múltiples vehículos para recibir y divulgar información (redes sociales). Como contrapunto a la libertad de informar, está la responsabilidad del que divulga la información.”

⁴⁰ Nos continua indicando la sentencia del TC : “...El hecho de que la información difundida por el recurrente pudiera afectar a la seguridad de los procesos de producción en una fábrica de explosivos situada en las proximidades de una población reviste la suficiente gravedad como para que un mínimo de lealtad por parte de quien durante varios años había sido trabajador de la empresa se cuidara de irrogar a ésta el quebranto derivado de una información inevitablemente alarmista, sin antes dar ocasión al menos para que los organismos públicos a los que había dirigido sus denuncias pudieran constatar su realidad. En efecto, antes de que la Consejería de Industria del Gobierno Vasco pudiera alcanzar conclusiones en relación con las denuncias presentadas, el demandante de amparo trasladó esas denuncias a los medios de comunicación... El fin de información pública perseguido por el recurrente, esto es, la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local. Y es evidente que las declaraciones efectuadas por el (directivo) provocaron una clara afectación de los intereses empresariales, con notable menoscabo de su imagen pública, tanto más trascendente cuanto la misma se encuentra vinculada con una actividad de alto riesgo y elevada peligrosidad.... En el presente supuesto, una interpretación circunstanciada del suceso enjuiciado permite considerar que, dadas las condiciones concurrentes, el grave perjuicio que para el normal desarrollo de la actividad empresarial supusieron las declaraciones del (directivo) no se encuentra justificado por el ejercicio de su derecho a la libertad de información. De este modo, ni por el medio y reiteración empleados (cuya innecesaria notoriedad es patente), ni por la finalidad que con la emisión de tales informaciones se pretendía (subsanación de las deficiencias observadas) puede considerarse adecuada la actuación del demandante de amparo.” Es importante subrayar que esta sentencia cuenta con un extenso y fundamentado voto particular por la magistrada M.E. Casas Baamonde.

también hemos podido apreciar en la doctrina del TEDH respecto al motivo que propicia de la revelación del informante, y es que el Tribunal considera que la razón principal que guió al directivo fue la reacción negativa que este tuvo ante la previa comunicación realizada por la empresa de su condición de “excedente” en la reorganización que la misma debía acometer.⁴¹

No obstante, y al igual que para el TEDH, es claro que para el TC la existencia de tal perjuicio para un interés privado no es por sí mismo determinante de la exclusión del ámbito protector del art. 20.1 d) CE, ni, desde luego, podemos añadir, de la protección dispensada ahora por la ley 2/2023.⁴²

En consecuencia, y desde la perspectiva del art. 28.2 de la ley 2/2023, hemos de asumir que la revelación a la prensa de infracciones que se incluyan en el ámbito material de aquella ley tiene de por sí interés público, y en su delimitación es donde puede cobrar relevancia la exclusión de la ley de los que denomina “conflictos interpersonales” –art. 35. 2 b)–, que no pueden conceptuarse por el hecho de afectar exclusivamente a varias personas –una situación de acoso puede ser subjetivamente bilateral y no por ello deja de ser ilícita–, sino por representar situaciones de conflictos no constitutivas de conductas infractoras.

4.6. Sobre el deber de acudir a vías de comunicación interna o externa previamente a acudir a la revelación pública o de preavisar a la empresa sobre dicha revelación

Por la relevancia que ello puede tener en la aplicación del art. 28.2 de la ley 2/2023 que estamos examinando, hemos de indicar que la doctrina establecida en la STC 122/2003 que acabamos de reseñar respecto a la prioridad del canal interno o de denuncia ante

⁴¹ Nos dice en este sentido la sentencia : “La secuencia constituida por varios años de actividad laboral sin denuncia, queja u observación algunas por parte del recurrente en relación con la seguridad del proceso de fabricación, a los que siguen un cambio de actitud, articulándose como punto de inflexión entre ambas trayectorias la fecha en que se le comunica su condición de excedente, evidencia con claridad que la libertad de información ejercida por el empleado se instrumentó al servicio de la satisfacción de sus intereses profesionales más inmediatos, en claro perjuicio del prestigio de la empresa y de los derechos de la misma, también constitucionalmente relevantes.”

⁴² Nos indica al respecto la STC227/2006 : “...debe ponerse de manifiesto que no cabe considerar que la divulgación de la conflictividad laboral interna resulte limitada por una pretensión de aseguramiento del prestigio de la empresa. Es comprensible el interés y preferencia empresarial de que ciertos conflictos no se hagan públicos para preservar su imagen, pero ello no puede legitimarse a través de obstáculos que de forma desproporcionada limiten el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales....Por tanto, la alegación de haberse irrogado un daño a la imagen y prestigio de la empresa, en sí misma considerada, no basta para reputar ilegítima la conducta del recurrente.....En definitiva, la veracidad de la información, la ausencia de relación con el ideario del colegio y su transmisión en forma no ofensiva –aspectos que no se han cuestionado por la resolución judicial recurrida–, junto con la no exigencia de comunicación o autorización previa para el desarrollo de reuniones de acción sindical, la ausencia de prueba de la adquisición ilegítima de la información, la falta de acreditación del carácter reservado o confidencial de los datos divulgados, el contexto de conflictividad laboral en que se enmarca la acción del recurrente y su finalidad inequívocamente sindical, dirigida a la mejora de la posición reivindicativa de los trabajadores con vistas a una solución del conflicto favorable a sus intereses, hacen de esa divulgación una actuación sindical que, contrariamente a la conclusión alcanzada por la resolución impugnada, no puede apreciarse que quebrantara las obligaciones legales y contractuales del recurrente y, por tanto, los límites constitucionales del ejercicio de los derechos fundamentales que se invocan....”

autoridades antes de acudir a la revelación pública o incluso sobre el deber de la persona trabajadora de preavisar sobre dicha revelación a su empleadora, no se corresponde con la doctrina establecida en otras sentencias del mismo Tribunal.

Al respecto, hemos de recordar que el TEDH sostiene, muy en consonancia con la Directiva y con la Ley 2/2023, que el canal interno tiene “preferencia” respecto a las comunicaciones que puedan hacerse sea a órganos públicos (autoridades judiciales o administrativas), sea a la opinión pública/prensa. No obstante, como hemos visto, en la doctrina del TEDH, en cierta consonancia con la posición del TC en esa sentencia 122/2023, tal vez existe una mayor acento incluso en esa preferencia, en el sentido de pedir al revelador público “explicaciones convincentes” que justifiquen no haber acudido primero al canal interno.

Sin embargo, en otras decisiones del TC no existe, en relación a la libertad de información, esta preferencia tan determinante por vías interna o externa ante autoridades de reclamación o denuncias en perjuicio de las posibilidades de acudir directamente a la revelación pública

En efecto, por ejemplo, en el supuesto analizado en la STC 213/2002, de 11 de noviembre de 2002, en el que un representante sindical acude a los medios de comunicación revelando un informe médico sobre las causas del absentismo en la empresa con conclusiones negativas para la misma, el Tribunal Superior de Justicia correspondiente había sostenido aquella posición de preferencia previa a la revelación a la prensa al sostener que “lo procedente hubiese sido contrastar con la empresa la información obtenida, al objeto de conocer si realmente era confidencial y qué valor y alcance le atribuía la empresa, considerando presupuestos básicos para el ejercicio de los derechos de libre expresión e información en el marco de la libertad sindical la adquisición de la información en forma «reglamentaria», esto es, «por conducto de la empresa» y, en caso contrario, su previo contraste con ésta.”

El TC va a negar en esta ocasión con contundencia que sea obligatorio para el trabajador este preaviso al empresario o el contraste con el mismo sobre la veracidad de la información obtenida como exigencia de la buena fe contractual, máxime cuando la información a la que se refería la revelación por parte del representante sindical “venía siendo objeto de debate público”, y cuando tal información ni podía catalogarse como confidencial ni había sido objeto de sustracción ilícita por parte de dicho representante.

Más concretamente, y de forma muy relevante para la interpretación y aplicación del art. 28.2 de la ley 2/2023, nos va a indicar el TC que “...nuestra jurisprudencia descarta que la divulgación de informaciones atinentes a la empresa deba ir precedida de actuaciones del trabajador ante ella o ante las autoridades administrativas o judiciales que, en atención a su naturaleza, pudieran resultar competentes para conocerlas..... el establecimiento de una obligación de «preaviso» como requisito de la legítima actuación del representante sindical no se atempera al contenido de las libertades públicas en juego ni preserva el necesario equilibrio entre sus obligaciones contractuales y éstas.”⁴³

⁴³ Respecto al origen de la información relevada, y concretamente en el caso de que pueda ser considerada como

Esta doctrina respecto a la relevancia del interés público y la no obligatoriedad de informar previamente se había ya considerado en la anterior STC 57/1999, de 12 de abril de 1999. En ella, el recurrente fue despedido por unas declaraciones a la prensa, efectuadas tras un accidente aéreo en el que habían fallecido el comandante y un piloto, declaraciones en las que exponía la existencia de irregularidades en el mantenimiento de los aviones y en determinados servicios de «Aviación Civil». En este contexto, no se exige por el TC que se acudiera a vías de comunicación internas o externas ante las autoridades competentes –las autoridades de Aviación Civil también se estimaban como corresponsables– para la denuncia de las irregularidades existentes en el mantenimiento de los aviones, considerándose “que había base suficiente para que surgiese en la conciencia del agente la necesidad de una intervención informativa en la prensa a fin de salir del paso de ciertas irregularidades”, declarándose como nulo el despido efectuado del trabajador por dicha intervención.

Sentado lo anterior, debemos enseguida matizar que ello no quiere decir que el hecho de que se haya acudido o no previamente a una revelación pública a una vía interna de denuncia sea jurídicamente indiferente, en tanto que en ocasiones el TC lo ha considerado, en consonancia también con lo que hemos visto que es la doctrina del TEDH, como expresión de la buena fe del informante.⁴⁴

Ello sin olvidar que, aunque como ya hemos indicado en la ley 2/2023 la proclamada “preferencia” del canal interno es muy limitada, no puede ser considerada como inexistente, y precisamente en la determinación de la buena fe del informante puede ser relevante, aunque desde luego no exclusivamente determinante.

obtención delictiva de tal información, la doctrina general constitucional en relación a la libertad de expresión puede consultarse en la citada STC 24/2019, de 25 de febrero de 2019, que tiene una conclusión en muchos casos relevantes en el ámbito laboral cual es que “la incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud.”. Recuérdese que en la ley 2/2023 se establece en el art. 18.2 a 3º como causa de inadmisión en el canal externo de una comunicación cuando respecto a la información que contiene existan “indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito.” Es evidente que ello también puede predicarse respecto al canal interno.

⁴⁴ Nos indica la STC 90/1999, de 26 de mayo de 1999 : “...si exigible en términos de buena fe era una cierta reserva en la difusión de la información sobre seguridad, no menos lo era el que, afirmado por la propia empresa como fundamento de la sanción el riesgo en que supuestamente se había puesto la seguridad de los trabajadores encargados del transporte de fondos, se pusiera pronto y eficaz remedio a las deficiencias denunciadas... No menos trascendente, como ya hemos adelantado, resulta el ámbito limitado en que fue difundida la información. Esta, en efecto, no trascendió el ámbito de la propia empresa, ni fue llevada a cabo con otra finalidad... que la «loable» de proteger a los trabajadores, lo que indudablemente pertenece al ámbito de sus funciones como representante de los mismos.” Otro supuesto de exclusiva denuncia de mal funcionamiento del servicio prestado por la empresa por medios internos, en los que la ausencia de comunicación externa o ante la prensa se considera como relevante para la licitud de la actuación de los trabajadores podemos encontrarlo en STC 182/2006, de 19 de junio de 2006. Igualmente otro supuesto en el que se considera relevante en que primero se haya acudido a vía interna con un escrito de denuncia de irregularidades para después acudir a la prensa en STC 185/2003 , de 27 de octubre de 2003 : “...del propio contenido de las declaraciones ...de que el escrito hubiera sido remitido previamente al Ayuntamiento y sólo posteriormente se divulgara en un medio de comunicación, se desprende con toda claridad que la finalidad del mismo no era otra que la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representaba, a través de un medio lícito de desarrollo de la acción sindical, como es el ejercicio de la libertad de información”.

4.7. Sobre la aplicación de una sanción a la persona informante y la libertad sindical informativa

En relación al criterio del TEDH en el caso *Guja* tal como recogido en el caso *Halet* respecto a la sanción impuesta al informante, la STC 185/2003, de 27 de octubre de 2003 viene a confirmar lo que indicábamos respecto a la imposibilidad de aplicar una sanción –penal o de otro tipo– cuando la conducta del informante cabe ser incluida en el ejercicio de la libertad de información, máxime cuando además, como ocurre en esa sentencia, tal libertad está relacionada con la libertad sindical, en lo que hemos visto que el TC denomina conjuntamente. como “libertad sindical informativa” .

En efecto, nos indica dicha sentencia que “...los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales y que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito ...”, añadiéndose por el TC que “el instrumento penal sólo será constitucionalmente lícito cuando, con independencia de lo alegado por el recurrente, pueda afirmarse que estamos sólo frente a un aparente ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible....”.

En base a lo anterior y aplicando lo anteriormente expuesto al ámbito de la acción sindical, se indica por el TC que “la mera presencia de un representante sindical o la realización de actos con impronta sindical no excluye la posibilidad de imposición de sanciones penales, sanciones que serán constitucionalmente lícitas en aquellos casos en que la actuación sindical no se concrete efectivamente en la realización de la conducta objeto de enjuiciamiento sino que se desnaturalice el ejercicio del derecho, desvinculándolo del ámbito de su contenido propio, su función o finalidad específica y de los medios necesarios para la acción sindical.....Por el contrario, si la conducta debe ser calificada como inequívocamente sindical en atención a esos mismos criterios (contenido y finalidad del acto o medios empleados), resultará constitucionalmente inaceptable la imposición de una sanción penal.”⁴⁵

⁴⁵ Continúa esta STC 185/2003 : “De tales hechos y del examen de las actuaciones se desprende que nos encontramos ante la conducta de un delegado sindical, que denuncia unos hechos en su calidad de tal —como expresamente reconocen las resoluciones judiciales—, esto es, en el ejercicio de su función representativa. Del contenido objetivo de sus declaraciones, tal y como se plasman en las resoluciones judiciales se desprende, además, que no existieron expresiones insultantes u objetivamente injuriosas ajenas al contenido de la información que transmitía, y a la función representativa que ejercía, sino que su denuncia se refería exclusivamente a las condiciones de prestación de un servicio público y al trato dispensado a las trabajadoras con ocasión de la realización de sus tareas, esto es, a las condiciones laborales y derechos de los trabajadores, cuya defensa y protección constituye la función institucional del sindicato constitucionalmente consagrada.... La anterior apreciación es suficiente, conforme a la doctrina que anteriormente se expuso, para concluir que la Sentencia impugnada, al imponer una sanción penal en un supuesto de inequívoco ejercicio del derecho a la libertad sindical, ha vulnerado el derecho del recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la información (art. 20.1.d CE), por tratarse de una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de la libertad sindical, que resultó de tal manera vulnerado.”

Es evidente que lo predicado en esta doctrina por el TC respecto a las sanciones penales, también ha de aplicarse a las sanciones disciplinarias que pueda imponer el sujeto empleador al informante.

5. Conclusiones: La relación entre los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional respecto a la libertad de información de la persona trabajadora y su aplicación al artículo 28.2 de la ley 2/2023 respecto a la revelación pública de infracciones de la empresa

Del anterior análisis de los criterios tanto del TEDH como del TC respecto a la relación entre revelación pública de infracciones del empleador y libertad de información de la persona trabajadora podemos deducir dos conclusiones generales desde la perspectiva del art. 28.2 de la ley 2/2023.

La primera de ellas es que, si comparamos los criterios desarrollados por el TEDH sobre comunicaciones a la prensa por una persona trabajadora tal como plasmados en el caso *Halet* y la doctrina del TC sobre la libertad de información de tal persona que acude a la prensa para revelar infracciones posibles de su empleadora, podremos deducir que no existen, con alguna excepción, discrepancias sustanciales. Ello ha de considerarse como sumamente positivo, dado que, de lo contrario, el art. 28.2 de la ley 2/2023 se encontraría con un nivel acentuado de inseguridad jurídica en su aplicación, que está destinada a ser importante en el ámbito laboral a juzgar por lo múltiples casos planteados ante los tribunales laborales y el propio TC con anterioridad a aquella ley.

Más allá de la cuestión nominal obligada por la redacción del art. 10 de la CEDH de usar por parte del TEDH una única denominación –libertad de expresión– para lo que son, desde nuestra perspectiva constitucional, dos libertades –de expresión y de información–, relacionadas pero autónomas, lo cierto es que respecto al contenido de esta segunda libertad el test esencial aplicado es el de la veracidad de la información transmitida, y en ambos tribunales hay coincidencia de que la misma hay que considerarla en términos relativos. Y ello en tanto que lo que se pide es básicamente una mínima diligencia inicial del informante de tener indicios razonables sobre la realidad de las acciones u omisiones reveladas. En ambos casos, como ocurre también en el ámbito de la ley 2/2023 –art. 35.2 c)– lo que se excluyen por los tribunales del ámbito de aquella libertad son los “meros rumores”, considerando además que basarse en ellos para hacer una revelación que puede significar graves perjuicios para la persona afectada no es acorde con la buena fe contractual. Existiendo tal diligencia previa sobre la verosimilitud de la información comunicada, que al final se compruebe que es inexacta no excluye por ello la protección del informante, aunque queda en la doctrina de nuestro TC un cierto halo de incertidumbre sobre esta protección cuando aquella inexactitud afecta a lo que denomina como la misma “esencia” de la información transmitida.

El otro test esencial al que ambos tribunales someten la revelación por parte de una persona trabajadora a los medios de comunicación sobre posibles infracciones de su

empresario es el de la trascendencia o interés público de lo informado. Evidentemente que lo que se considera como de relevancia pública es muy variable, especialmente si tenemos en cuenta que la determinación de esta naturaleza en el ámbito laboral está siendo interpretada por nuestro TC de una manera muy amplia.

Desde luego, en la doctrina de qué ha de entenderse por relevancia pública ha de incluirse los supuestos establecidos en el art. 28 1 b) de la ley 2/2023 que dispensa al revelador de acudir a los medios interno y externo de comunicación: “peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o... riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona”.

Pero desde luego la libertad de información de la persona trabajadora a efectos de delimitar su discrecionalidad para acudir “directamente a la prensa” en el ámbito del art. 28.2 de la ley 2/2023 incluye situaciones menos extremas, que abarcan infracciones administrativas graves o muy graves en los diferentes ámbitos jurídicos, y ciertamente aquellas que se refieren específicamente a incumplimientos graves o muy graves de la normativa laboral –obviamente también en materia de riesgos laborales, como se encarga de indicar expresa y significativamente el art. 2.3 de aquella ley–.

En la doctrina de ambos Tribunales, lo hemos subrayado, el peso que haya que darle a la proyección colectiva o pública de lo revelado ha de ser en todo caso contrastado con el interés privado al que afecta lo comunicado, y más concretamente con el perjuicio que se arroja a la persona afectada por la revelación. En los dos Tribunales queda patente la opinión de que toda revelación pública de infracciones va a suponer un perjuicio para el sujeto infractor. Pero ello es en gran medida considerado como inevitable, y desde luego, tal vez más claramente en la doctrina del TC y más aún a la luz ahora de la ley 2/2023, si lo revelado es una infracción susceptible de inclusión en el ámbito material de esta norma, la existencia del perjuicio, incluso de carácter grave, difícilmente va a poder ser considerado como razón para excluir al informante de la protección no sólo de la ley 2/2023 sino, más en general, del art. 20.1 d) CE.

Claro es que lo anterior puede ser matizado por otro de los criterios manejados por el TEDH y en el que puede haber una cierta discrepancia con la doctrina de nuestro TC, que es el de la posible prioridad que ha de darse a los canales de comunicación interno y externo en relación a la revelación pública.

Efectivamente, recuérdese que el TEDH, en los casos de acentuado perjuicio a la reputación o negocio de la persona afectada por la revelación a la prensa de las infracciones por el informante, exige “explicaciones convincentes” para no haber acudido primero a uno o a ambos de aquellos canales interno y externo.

Esta posición no ha sido hasta el momento asumida, con la excepción de alguna sentencia que hemos citado, por la doctrina mayoritaria de nuestro TC, rechazando expresamente la posición en contrario de tribunales inferiores, al considerar que en aras de la libertad de información constitucional no puede exigirse que la persona trabajadora acuda previamente a su empresario comunicándole la infracción o que con antelación contraste con el mismo la veracidad de la misma o, en fin, que antes ponga a disposición de una autoridad judicial o administrativa la información de la posible infracción.

Esta doctrina mayoritaria del TC debe ahora estimarse más acorde con la ley 2/2023, en tanto que aunque esta norma señala una “preferencia” por el canal interno frente al externo y la revelación pública –art. 4.1–, y por el canal externo frente a esta revelación –art. 28.1 a)–, lo cierto es que esas prioridades quedan muy matizadas, incluso diluidas, cuando se examinan las excepciones posibles al respecto, como ya hemos tenido ocasión de concluir en otro lugar.⁴⁶

Claro es que también para nuestro TC, como para el TEDH, el haber acudido o no, previamente a la revelación pública, a aquellos canales de comunicación no es un dato jurídicamente irrelevante, ya que ello puede ser muestra de la buena fe del informante y de una motivación basada en la defensa del interés general y por tanto alejada del mero interés personal, del deseo de revancha o de “animus nocendi”.

Respecto a la delimitación de qué pueda ser interés público/colectivo, lo opuesto y por tanto no susceptible de inclusión en el ejercicio de la libertad de información, al menos en el ámbito del art. 28.2 de la ley 2/2023, parece que es cuando estamos ante un interés meramente personal o “privado”, lo cual puede fundamentar y explicar la exclusión de los “conflictos interpersonales” a los que se refiere el art. 35.2 b) de la ley 2/2023 para apartarlos de su protección. Desde luego que esté excluido de la ley por no representar una infracción en el ámbito material de la misma no debe significar automáticamente que no pueda estar incluido en el ámbito protector de la libertad de información constitucional, a no ser que entre en conflicto con otros derechos fundamentales, como es el caso significativo del derecho a la intimidad, cuestión también abordada tanto por el TEDH como por el TC.

Téngase en cuenta además que, para determinar el válido ejercicio de la libertad de información en el ámbito laboral, existen determinadas circunstancias propias, tales como la existencia de una situación de conflicto laboral o la condición de representante legal de los trabajadores, que son consideradas por el TC como contribuyendo decididamente a determinar que una revelación pública a los medios de comunicación es efectuada por una persona trabajadora en el legítimo ejercicio de la libertad de información, circunstancias por tanto que contextualizan y amplifican notablemente los criterios señalados.

Nuestra segunda conclusión general, que estimamos fundamental y basada precisamente en la primera que acabamos de exponer, se refiere a la trascendental aplicación que el art. 28.2 de la ley 2/2023 puede tener desde la perspectiva de las relaciones laborales. En efecto, y vista la doctrina tan flexible y tutelar que hemos analizado tanto del TC como del TEDH respecto a los criterios a considerar para determinar que una persona trabajadora o su representante sindical o unitario está ejerciendo su libertad de información, hay que acordar que existe una gran amplitud de las circunstancias que pueden justificar el que aquellos sujetos acudan directamente a la prensa con revelación de infracciones de su empleador, sin haber previamente utilizados ni el canal interno ni el canal externo, y siendo consiguientemente acreedores de la intensa protección de aquella ley.

Recuérdese que el art. 28.2 no requiere, a diferencia de los canales interno y externo de comunicación, ningún tipo de formalidad, más allá, como hemos señalado, de

⁴⁶ Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023...”, cit.

que se vaya por la persona trabajadora “directamente a la prensa”, a lo que hay que añadir que se trate de una revelación que entre dentro del muy amplio ámbito material de la ley tal como delimitado por su art. 2. Bien es cierto que el TC considera que hay que examinar con detenimiento los supuestos en los que la persona trabajadora acude a la prensa con información que puede afectar gravemente al negocio de la empresa, pero si en estos casos se trata de una información veraz y, sobre todo, podemos ahora añadir, se trata de infracciones normativas cometidas por la empleadora en el sentido del art. 2 de la ley 2/2023, esa “desestabilización” de la actividad empresarial se considera como una consecuencia inevitable y subordinada al cumplimiento de la ley.

Además, y contribuyendo a ese significado tutelar amplio del art. 28.2, repárese que ni la buena fe contractual ni, aun menos, los deberes de confidencialidad o de sigilo, deberes cualificados aún más en el art. 38.1 de la ley 2/2023⁴⁷, van a representar límites sustanciales para restringir significativamente la libertad de información de las personas trabajadoras en su relación con la prensa. La doctrina del TEDH y del TC que hemos examinado coinciden en considerar que aquellos deberes contractuales tienen un papel muy condicionado respecto al ámbito que ha de dársele a la libertad de información de las personas trabajadoras cuando se trata de revelar públicamente infracciones, en tanto que el interés colectivo o público respecto a hechos mínimamente constatados por el informante, incluso cuando implique un perjuicio notable para el empleador, va a tener una clara prioridad constitucional y legal.

En consecuencia, el art. 28.2 de la ley 2/2023 está llamado a desarrollar un gran protagonismo en las relaciones laborales, protagonismo que además cuenta con una extensa e intensa tutela en la doctrina tanto del TEDH como del TC, y que facilita el acceso protegido de la persona trabajadora a la prensa con el fin de revelar infracciones de su empleadora. Ante la ausencia de una efectiva obligación legal de acudir previamente al canal interno de comunicación de irregularidades, sólo una política empresarial que incentive a su plantilla al uso prioritario de aquel canal –mediante su efectividad y ausencia de represalias– podrá conseguir el objetivo que toda organización persigue de ser la primera en conocer de posibles denuncias de infracciones por miembros de su plantilla, y no enterarse de las mismas por la prensa.

Bibliografía citada

Aparicio Aldana, R.K. (2020), *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo*, Barcelona : Bosch

⁴⁷ Artículo 38. Medidas de protección frente a represalias. 1. No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley *hayan infringido ninguna restricción de revelación de información...* Lo previsto en el párrafo anterior se extiende a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, *aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada...*”

- Bouhnouni, J. (2023), “From *Guja* to *Halet*: the long march of whistleblower protection before the court of Strasbourg”, *Corporate Crime Observatory*, (<https://www.corporatecrime.co.uk/post/guja-halet-whistleblowers>)
- Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *Iuslabor n° 2*.
- Del Rey Guanter; S (2023), “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023 , reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, V. 2 n° 2.
- Del Rey Guanter, S. (2020), “Libertad de expresión e información en el contrato de trabajo”, en J. García Murcia (Dir.), *La Constitución del Trabajo*, Oviedo, KRK ediciones, 271 ss.
- Del Rey Guanter, S. (1994), *Libertad de Expresión e Información y Contrato de Trabajo*, Madrid: Civitas.
- Flauss, Jean-François (2009), “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression”, *Indiana Law Journal*, V. 84, pgs. 809 ss.
- Núñez Martínez, M.A (2008), “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la constitución española”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 289 ss
- Presno Linera, M.A. (2019) , “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (Primera parte)”, *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial* , Madrid : CGPJ, pgs. 1 ss.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S. (2023),” Whistleblowing y contrato de trabajo : la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 264 (mayo).
- Solozabal Echavarria, J.J. (1988) , “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8 n° 23, pgs 139 ss
- Voorhoof, Dirk (2023), “Halet v. Luxemburg : Luxleaks, Grand Chamber strengthens whistleblowers protection”, *Inform ’s Blog : Case Law*, March 15 (inform.org)
- Voorhoof, Dirk (2014), “The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system : towards a more transparent democratic society”, *Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF)*, Working Paper, EUI RSCAS, 2014/12.

El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción

The legal status of a whistleblower following Law 2/2023 on the protection of whistleblowers and the fight against corruption

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

ORCID ID: 0000-0001-6311-1398

Recibido: 29/9/2023

Aceptado: 18/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8252

Resumen: El estudio de las condiciones de acceso al estatuto de protección, establecido por la Ley 2/2023, se aborda en este trabajo destacando que el marco legal convive con el marco de tutela, diseñado por la doctrina jurisprudencial, al amparo de los derechos de libertad de información y de expresión, para las personas que alertan sobre infracciones o irregularidades con relevancia para el interés público. Consecuentemente, se examinan las relaciones entre el estándar legal y el judicial de protección de la persona informante, en caso de revelación pública directamente a la prensa. Finalmente, se pone de manifiesto el déficit de la regulación legal, tanto en relación con la acreditación de la condición de persona informante como en la concreción de las medidas de protección que integran el referido estatuto protector.

Palabras clave: Denunciantes, protección legal, tutela judicial, libertad de expresión, información veraz

Abstract: The study of the conditions of access to the statute of protection, established by Law 2/2023, is addressed in this work, highlighting that the legal framework coexists with the framework of protection, designed by the jurisprudential doctrine, under the protection of the rights of freedom of information and expression, for persons who warn about infractions or irregularities with relevance to the public interest. Consequently, the relationship between the legal and judicial standard of protection of the informant, in case of public disclosure directly to the press, is examined. Finally, the deficit of the legal regulation is highlighted, both in relation to the accreditation of the status of whistleblower and in the specification of the protection measures that make up the aforementioned protective statute.

Keywords: Whistleblowers, legal protection, judicial protection, freedom of expression, truthful information.

1. Cuestiones introductorias sobre la Ley de trasposición de la Directiva Wistleblowing

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción ha llevado a cabo, aunque con algún retraso, la trasposición de la Directiva 2019/1937, dirigida igualmente a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y que obliga a establecer un canal interno y externo de denuncias de tales infracciones¹. La Ley, con una estructura similar a la Directiva, tras establecer su finalidad y ámbito de aplicación (Título I), aborda el sistema interno de información, el canal externo y la revelación pública (Títulos II, III y V). El Título VII se ocupa de las medidas de protección de los informantes y en los títulos IV y VI de las garantías de publicidad, registro de las comunicaciones y en protección de datos personales. Un título propio, el número VIII, merece la regulación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, (A.A.I., en adelante) determinando, finalmente, el Título IX el régimen sancionador aplicable.

Atendiendo a su contenido, la Ley ha cumplido gran parte de las llamadas de la Directiva 2019/1937 a la normativa estatal, en temas transcendentales, como son la admisión de la denuncia anónima, la extensión del ámbito material o la ampliación de las organizaciones y entidades obligadas a establecer el sistema interno de información, si bien poco desarrollada resulta la regulación de las medidas de protección de los informantes, el denominado “eje de la ley”. La primera diferencia entre la Directiva y la Ley nos apunta a una cuestión meramente terminológica; en la Directiva 2019/1937 se emplea el término denunciantes y en esta ley se ha optado por la denominación informante². Otras diferencias apuntan a la regulación de la figura del arrepentido, al criterio delimitador de su ámbito material de aplicación o a la definición de un sistema interno de información³.

Se trata de una norma relevante, no sólo desde la perspectiva administrativa y penal, sino también para el Derecho del Trabajo, pues establece un estatuto protector cuyo destinatario principal serán las personas trabajadoras e impone a las empresas (y a las entidades públicas) la obligación de establecer sistemas internos de información sobre ilícitos susceptibles de afectar al interés general. La ley y la Directiva que traspone presentan, efectivamente, un enfoque laboral ya que se dirigen a visibilizar infracciones cometidas en las empresas y conocidas en el contexto laboral, estableciendo un régimen de protec-

¹ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

² Como se sabe, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), aplicable con carácter básico a todos los procedimientos administrativos, establece que toda comunicación de hechos que puedan constituir una infracción ha de ser considerada como una denuncia (artículo 62.1 LPAC).

³ Como explica en el Preámbulo, el título II la Ley contiene el régimen jurídico del Sistema interno de información que abarca tanto el canal, (o canales, si leemos la ley) entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el responsable del Sistema y el procedimiento.

ción enfocado al ámbito de una relación laboral o profesional, pues son las personas que alertan sobre esas irregularidades, en ese concreto ámbito, las que corren el riesgo de sufrir represalias laborales por su posición de vulnerabilidad económica. En segundo lugar, estas regulaciones prescriben la implantación de los sistemas internos de información, obligatorios para las empresas que cuenten con 50 personas trabajadoras⁴.

Ahora bien, la relevancia laboral de estas normas no debe llevarnos a desenfocar su finalidad fundamental, que no es otra que la lucha contra el fraude y la corrupción (como se aprecia claramente en la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva, cuyo primer campo material es la contratación pública). Aunque ahora la ley española amplie su ámbito material a las infracciones laborales y de Seguridad Social, hemos de recordar que los sistemas empresariales de denuncias no están originariamente previstos para el control del cumplimiento normativo laboral toda vez que los canales internos y externo de información no son instrumentos definidos para la tutela de los derechos laborales en la empresa sino, sobre todo, para la prevención de la criminalidad económica en las organizaciones.

Desde la perspectiva laboral de análisis que nos ocupa, el estudio de la ley nos dirige fundamentalmente a dos temas, el estatuto jurídico protector de la persona trabajadora informante y las obligaciones empresariales de establecimiento del sistema interno de información. En el presente trabajo, abordaremos este primer tema, y más concretamente, los condicionantes de acceso al estatuto legal de protección. Como se sabe, la protección de los denunciantes es el elemento definitorio de la Directiva 2019/1937, cuya regulación ha sido traspuesta al Título VII de la Ley 2/2023. La ley con una estructura similar a la adoptada por la Directiva ha partido de un concepto muy amplio de persona informante (art. 3) de las infracciones que pueden ser objeto de información (art. 2) y de las condiciones para su protección (art. 35) fijando un estatuto protector, que engloba la prohibición de represalias (art. 36), medidas de apoyo (art. 37) y medidas de protección frente a represalias (art. 38). Previamente a nuestro análisis sobre estos preceptos legales, resulta necesaria, desde una perspectiva más amplia, contextualizar el tema, abordando la finalidad de estos sistemas de información y denuncia.

2. Finalidad de un sistema de información y denuncia

Si partimos de preguntarnos cual es el objetivo de un sistema europeo de denuncias, hemos de recordar que la promulgación de la Directiva 2019/1937 se sitúa en el marco de un proceso normativo desarrollado a escala global, en los últimos años, y que obedece a la consideración de los informantes como un elemento central, en la lucha contra el fraude y la corrupción⁵. La protección del denunciante es la pieza clave del sistema de

⁴ Debe recordarse que canales de denuncias ya existen en las empresas insertos en los sistemas voluntario de prevención de riesgos penales, o programas de *compliance* corporativa, establecidos *ex art.* 31 bis del Código Penal.

⁵ Desde los dos países pioneros, EE. UU. y Gran Bretaña, y sus dos modelos de regulación, las normas

denuncias, pero no es un fin en sí mismo sino un instrumento para el cumplimiento normativo. El objetivo de la Directiva es reforzar, a través de la necesaria protección de los informantes, el cumplimiento de las normas de la Unión cuya violación puede provocar la lesión del interés público. Ante la inquietud por la falta de detección y las dificultades de descubrimiento de los delitos cometidos en el seno de las organizaciones, la Directiva consolida la figura del alertador como herramienta político criminal para prevenir delitos⁶.

La ley española opta, y es oportuno destacarlo, por incorporar a su primer artículo la finalidad de la ley, determinando así un criterio hermenéutico de la misma. La finalidad de la ley es, en primer lugar, la protección adecuada frente a represalias a personas físicas que informen sobre algunas de las acciones y omisiones a que se refiere esta ley a través de los procedimientos previstos en la misma. El estatuto protector se vincula por tanto a un “estatus legal de informante”, condición que se adquiere si se cumplen un conjunto de exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales legalmente establecidas, que analizaremos en el presente trabajo.

En segundo lugar, la ley tiene también como finalidad el fortalecimiento de la cultura de la información (y de las estructuras de integridad de la organización) como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. De partida, fortalecer la cultura de la información comporta un cambio cultural en la empresa y en la sociedad que valoriza la tanta vez denostada figura del delator o chivato (que no defiende la organización y no es solidario con sus colegas) para elevarlo a la categoría de informante; persona defensora de un interés público superior al interés privado de la organización y vinculado al Estado de Derecho⁷. Además, la protección de la persona informante es un instrumento preventivo para detectar amenazas al interés público. La Ley adopta expresamente un enfoque preventivo para atajar estas desde un primer momento pues, como recordaba el Considerando 1 de la Directiva, las personas trabajadoras son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público. La ley inaugura una tutela preventiva porque ya la tutela judicial, entre nosotros, aportaba y seguirá aportando la vertiente reparadora frente a una represalia ya consumada.

Consecuentemente, el marco normativo debe estar dirigido a favorecer que las personas, en este contexto laboral o profesional, alerten sobre determinadas irregularidades y desde esta perspectiva debe ser analizado.

se han ido extendiendo por todo el planeta y en la UE, el antecedente más importante de la Directiva (UE) 2019/1937, es la Resolución del Parlamento, de 24/10/2017.

⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La protección de los denunciantes: Algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937”. En: AA.VV., *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 27.

⁷ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, DEL REY GUANTER, Salvador, Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.264, 2023, pp. 6 y 10.

3. Condición de informante

La Ley 2/2023 confiere un estatuto protector (arts. 36 a 38) vinculada al concepto legal de persona informante protegida. La condición de informante se sitúa, en primer lugar, en un contexto laboral o profesional, siendo la persona trabajadora la informante más probable de las infracciones o delitos que puedan cometer sus empleadores. En segundo lugar, el ámbito de protección está vinculado a ciertas categorías de irregularidades. Sólo resulta protegida, en tercer lugar, la información veraz. Finalmente y, en cuarto lugar, establecidos por prescripción legal diversos canales internos y externos de comunicación o denuncia, el acceso a la protección legal se condiciona al cumplimiento de las reglas de articulación fijadas.

De esta forma, al analizar en la Ley 2/2023 los condicionantes de acceso al estatuto protector, hemos de tener en cuenta un conjunto de artículos. Junto con los artículos 2 y 3 que exigen que la información comunicada entre dentro del ámbito de aplicación de esta ley y los artículos 4.1 y 28.1 que fijan, respectivamente, reglas de articulación entre el sistema interno y el canal externo, y condiciones de protección de la persona que haga una revelación pública, resulta relevante el art. 35. Bajo el título “condiciones de protección” el art. 35, de conformidad con el art. 6 de la Directiva, establece que bastaría que las personas que comuniquen informaciones tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz, en el momento de la comunicación o revelación. Exigencia de veracidad de la información que complementa las condiciones de acceso a la protección establecida pues, no en vano, el art. 35.1. b) condiciona la protección legal a que la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en esta ley.

En definitiva, el marco legal establece exigencias de veracidad y de seguimiento del procedimiento adecuado para las personas físicas, definidas como informantes por la ley, que denuncien las infracciones también legalmente determinadas. Más concretamente, en primer lugar, en relación con las personas físicas informantes, el artículo 3 de la Ley afirma que se aplicará a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional. En segundo lugar, la comunicación habrá de referirse a información sobre acciones u omisiones previstas en el art. 2, donde se identifican, de un lado, las infracciones del Derecho de la UE fijadas en la Directiva, y de otro, se incluyen, además, las infracciones penales y administrativas graves y muy graves del derecho nacional. A efectos de protección, solo se exigirá que la persona informante tenga motivos razonables para pensar que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley (art. 35.1). La relación de las informaciones incluidas por el art. 2, se completa con la identificación de las que quedan expresamente excluidas de la protección prevista en esta ley, como serían las previamente inadmitidas, las vinculadas a conflictos interprofesionales, o las ya disponibles para el público o que sean meros rumores (art. 35.2).

En tercer lugar, sólo está protegida la comunicación de información veraz pues las personas que comuniquen o revelen infracciones tendrán derecho a protección siempre

que tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes (art. 35.1). En cuarto lugar, el estatus legal protector también exige a la persona informante, seguir el procedimiento adecuado, de forma que la comunicación a través del canal interno es la preferente salvo que el mismo haya devenido ineficaz o exista riesgo de represalia para el denunciante. También se podrá acudir directamente al canal externo, a la AAI en los términos que analizaremos (art. 16)⁸. Finalmente, el art. 28 establece que la vía de la revelación pública solo queda expedita, a efectos de alcanzar el estatuto legal protección, ante la ineficacia de los canales internos y externos o cuando razonablemente considere la persona informante que concurre un peligro inminente o manifiesto para el interés público.

Como ha podido comprobarse la ley no establece un marco universal de protección, sino que delimita un estatus de informante protegido a través de conjunto de condicionantes subjetivos, objetivos y procedimentales, que configuran una delimitación formal, fuera de la cual, la persona informante puede recibir amparo de otras normas, y muy especialmente del art. 20.1 de la CE en el ámbito de la libertad constitucionalmente protegida. Lo que nos conduciría directamente a examinar las relaciones entre el estándar legal y el judicial de protección. De partida, podría afirmarse que el estatuto legal de protección diseña un marco protector adicional al básico de cualquier persona amparada por la libertad de información o expresión (art. 20 CE) que ya incluye una garantía de indemnidad y, en su caso, de reparación integral del daño causado. El estatuto legal pre-dispone efectivamente un marco adicional y tiene una finalidad preventiva, por lo que consecuentemente podría establecer exigencias adicionales a las establecidas a efectos de la tutela judicial. De más difícil encaje sería la fijación de exigencias adicionales por parte de la doctrina judicial en su delimitación del concepto de informante o denunciante protegido constitucionalmente.

El tema reviste especial interés a tenor de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) sobre protección de informantes bajo la libertad de expresión del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), ya que en 2023 ha actualizado la doctrina Guja⁹ establecida precisamente para los casos de revelación de informaciones relevantes para el interés general. En efecto, la STEDH de 14 de febrero de 2023 (Núm. 21884/18, Caso Halet contra Luxemburgo)¹⁰ define seis criterios acumulativos que han de cumplirse para considerar justificada la divulgación de información confidencial empresarial. Primero, en relación con los canales utilizados para realizar la divulgación, el canal jerárquico interno es, en principio,

⁸ Por su parte, el art. 35.4. aclara, para la denuncia de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1937, que las personas que informen ante las instituciones, órganos u organismos pertinentes de la Unión Europea tendrán derecho a protección con arreglo a lo dispuesto en esta ley, en las mismas condiciones que una persona que haya informado por canales externos.

⁹ STEDH Sentencia de 12 de febrero de 2008 (Núm. 14277/04, Caso Guja contra Moldavia).

¹⁰ El Sr. Halet entregó a un periodista documentos fiscales, incluidas declaraciones tributarias, a las que tenía acceso por su puesto de trabajo en la empresa, que constituían una prueba documental de las conductas irregulares que afectaban a algunos clientes de su empleador PwC. Los documentos fueron publicados por la International Consortium of Investigative Journalists, enmarcándose la denuncia en el caso Luxleaks.

el mejor medio. Segundo la autenticidad de la información divulgada. En tercer lugar, la buena fe al interponer la denuncia; cuarto, el interés público de la información divulgada; quinto, el equilibrio entre el perjuicio para el empleador y el interés público de la información divulgada y sexto, la gravedad y proporcionalidad de la sanción impuesta al denunciante. Una inicial comparación, dado que las últimas exigencias derivan del momento procesal de actuación del órgano judicial (reparador frente a la sanción impuesta), solo detecta una diferencia entre ambos estándares de protección, esta es la relativa a la exigencia de buena fe de la persona informante.

En todo caso, resultará necesario más adelante analizar la relación entre los condicionantes de acceso al estatuto legal y los establecidos judicialmente para la protección de las libertades de información y expresión. Estudiaremos a continuación estos condicionantes por separado, comenzando con la delimitación del ámbito subjetivo que nos define quien pueda ser esta persona informante.

3.1. Delimitación de la persona informante: el ámbito subjetivo de aplicación

La Ley 2/2023, en su delimitación del ámbito de aplicación subjetiva, acertadamente, ha traspuesto la Directiva, en sus propios términos (art. 4 y considerando 36), dado el amplio concepto de persona informante que allí se recoge, extendiéndose a todas las personas que, en virtud de su actividad, tengan acceso privilegiado a información, con independencia de la naturaleza de la relación entre esta persona y la organización. Del riesgo de sufrir represalias laborales y de su vulnerabilidad deriva la necesidad de una protección jurídica específica pues la persona trabajadora será la informante más probable de las infracciones que puedan cometer los empleadores.

La Directiva establece una regulación de mínimos (art. 4) traspuesta en términos prácticamente idénticos por el art. 3 de la Ley 2/2023. En ambos artículos se incluye pues, de una parte, tanto a las personas que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena o empleado públicos, como de autónomos, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación (con o sin remuneración), así como cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores. Al igual que la Directiva la ley también se aplicará a los informantes, aunque su relación laboral todavía no haya comenzado, cuando la información haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual¹¹ y a las personas que hayan finalizado su relación laboral o estatutaria¹².

¹¹ Asumiendo soluciones judiciales en Reino Unido: *Clyde & Co LLP v. Bates Van Winkelhof*, (*Bates Van Winkelhof* [2014] UKSC 32). Tanto en *Ellis v. Joseph Ellis & Co* [1905] 1 KB 324 como en *Cowell v. Quilter Goodison Co Ltd* [1989] IRLR 392.

¹² Asumiendo (desde su redacción de 16 de abril de 2019, tras la aceptación de las enmiendas acordadas por el Parlamento) soluciones judiciales de Reino Unido. Así lo afirmaría el Tribunal de Apelación en *Diana Woodward v. Abbey National Plc* [2006] IRLR 677) a la luz de la decisión de la House of Lords, in *Rhys Relaxion Group Plc v. Rhys-Harper* [2003] UKHL 33.

De otra parte, también se incluye en este ámbito de aplicación a los accionistas, participes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos. Asimilados a los denunciantes, a efectos de protección, se identifican, además, otras personas físicas y jurídicas que pueden sufrir represalias, como serían los representantes de los trabajadores, los facilitadores (personas que asisten en el proceso al informante), terceros relacionados con el informante, como familiares o compañeros de trabajo, así como entidades jurídicas propiedad o relacionadas, de cualquier forma, con la persona denunciante (art. 4.4 Directiva y art. 3 Ley 3/2023)¹³.

En definitiva, se protege, tanto en la Ley como en la Directiva, a las personas vulnerables por razón laboral o profesional que comunican irregularidades conocidas en un entorno laboral.

3.2 Informaciones protegidas: Delimitación del ámbito material

Orientada la regulación española y europea a la lucha frente a determinadas conductas irregulares que amenacen o determinen perjuicios para el interés público, consecuentemente, el ámbito material u objetivo de protección está vinculado a ciertas categorías de irregularidades definidas. La ley protege así, delimitando su ámbito material de aplicación, a quienes informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, previstas en la Directiva, así como de las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico.

De partida, el art. 2.1. a) de la Ley 2/2023 incorpora a su ámbito material la información sobre infracciones del Derecho de la UE, enumeradas en el art. 2.1 de la Directiva y relativas a infracciones correspondientes, entre otras materias, a contratación pública; servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; seguridad de los productos; seguridad en el transporte; protección del medio ambiente; protección frente a radiaciones y seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y los piensos; salud y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; protección de los datos personales y de la intimidad, y seguridad de las redes y los sistemas de información. Téngase en cuenta que la Directiva se extiende a las denuncias de las infracciones, al margen de que el derecho nacional la categorice como administrativa, penal, o de otro tipo, incluyendo tanto las acciones u omisiones contrarias a Derecho como el abuso de Derecho, así como infracciones que no se hayan materializado aún, pero que se cometerán muy probablemente, así como intentos de ocultar infracciones¹⁴.

¹³ Esta previsión (adoptada en la fase de enmiendas del Parlamento a la Propuesta de la Comisión) se inspira en el modelo de Estados Unidos, vid., SOX 806, 18 U.S.C. § 1514A (a); 18 U.S.C. § 1514A (a). La influencia del sistema norteamericano se hace sentir (además de a través de la inclusión de los facilitadores, asistentes o coadyuvantes de los informantes) en la extensión de la tutela a los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas.

¹⁴ La Directiva apela además al “interés público”, que es el concepto clave en la Resolución del Parlamento de 24/10/2017 y en la doctrina del TEDH, desde su citada sentencia sobre el caso Guja contra Moldavia.

La Ley, en cumplimiento de las previsiones de ampliación del ámbito material de protección a infracciones del Derecho nacional (art. 2 Directiva), extiende la información protegida, pero solamente a las acciones y omisiones que sean constitutivas de delito o de infracción administrativa grave o muy grave. Se ha considerado necesaria esta ampliación “limitada” para permitir, afirmaba el preámbulo que, tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad. Por ello, de conformidad con la interpretación mayoritaria se incluyen las infracciones penales y en relación con las administrativas, solo las graves y muy graves¹⁵. Fuera del ámbito material quedaría la información relativa a hechos que no estén tipificados dentro de las referidas infracciones, pero que perjudican el interés general como abusos de poder, vulneraciones de códigos de conducta, o acciones menos graves.

La trasposición legal de la Directiva se aparta de esta, en primer lugar, al no seguir el criterio de delimitación sectorial de las infracciones, con independencia de su tipificación, incluyendo prácticas abusivas no tipificadas. De esta forma, la Ley española si impone al informante conocer o comprobar que la irregularidad objeto de información coincide con un tipo penal o administrativo grave o muy grave, o al menos tener motivos razonables para creerlo. Lo que exige la ley, a efectos de protección, es la creencia razonable no el conocimiento definitivo sobre la tipificación de las irregularidades informadas (art. 35). En segundo lugar, tampoco la Ley española, a diferencia de la Directiva, prevé la inclusión de infracciones potenciales o intentos de ocultar tales infracciones (art. 5.2 y Considerando 43 de la Directiva).

Centrando ya nuestra atención en las infracciones del derecho nacional que pueden ser objeto de información, la Ley no delimita los ámbitos materiales, como si hace la Directiva que se traspone, por lo que ha de entenderse incluida la comunicación de infracciones relativas a cualquier materia. Por supuesto las referidas a las materias del listado de la Directiva (contratación pública; servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales seguridad de productos, seguridad en el transporte; seguridad de los alimentos, protección de los consumidores, protección del medio ambiente o salud pública, por ejemplo) pero también sobre otras materias. Y de esta forma, y por lo que interesa destacar, resulta incluida la información de infracciones (penales o administrativas graves y muy graves) de la normativa laboral y de la Seguridad social, a diferencia de la Directiva que no las incluye expresamente¹⁶.

El hecho de que las infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral no aparezcan en el listado del artículo 2.1 de la Directiva, pone de manifiesto que no se trata de una de las materias sectoriales sobre las que dicha norma quiso proyectar de forma es-

¹⁵ Otra interpretación, por el contrario, afirma que si el concepto de infracción se refiere al de delitos existirán delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, que no serán objeto de este canal de denuncias: MAGRO SERVET, Vicente, Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción. *Diario LA LEY*, Núm. 10235, 2023, p.15.

¹⁶ El sistema de denuncias de algunos países, como es el caso de Gran Bretaña y EE. UU., incluye las denuncias de acoso y de infracciones de la normativa sobre seguridad y salud laboral, respectivamente.

pecífica su actuación. La inclusión de tales infracciones ha de realizarse, a mi juicio, en el contexto de un sistema de información sobre infracciones que afecten al interés público. En este contexto se explica bien que el art. 2.1. b) de la Ley, tras incluir en el ámbito de aplicación legal la comunicación de acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, matice que, en todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas “que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social”. Una aclaración que viene a reforzar el significado de la ley como instrumento de lucha contra la corrupción económica.

De otra parte, alguna previsión legal en relación con la información sobre infracciones laborales suscita dudas interpretativas, es el caso del art. 2.3, al afirmar que la protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica. Pero la normativa específica, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no establece medidas de protección de informantes. Por ello, quizás sea necesario interpretar que este art. 2.3 simplemente ha trasladado el contenido del considerando 21 de la Directiva, con significado en el marco de la normativa europea¹⁷. A mi juicio, esta previsión solo cobra algún significado en relación con el ámbito material del acoso y la violencia en el trabajo, donde si existen regulaciones específicas que prevén sistemas de información de infracciones y de protección de denunciantes.

Efectivamente, en relación con la comunicación de infracciones penales y administrativas sobre violencia y acoso laboral, la regulación de la Ley 2/2023 debe ponerse hoy ya en conexión con la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual¹⁸, y el Convenio núm. 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo¹⁹. La LO 10/2022 reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de acoso y amplía el ámbito objetivo de las medidas de prevención, de los llamados protocolos anti-acoso (art. 12). Además, esta ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital. De otra parte, el Convenio 190 de la OIT, que avanza en la protección frente al acoso, con especial atención a la perspectiva de género, impone a los Estados, entre otras obligaciones, establecer procedimientos de denuncia y solución de conflictos, con garantías de confidencialidad e indemnidad (art. 10). La ratificación por España del Convenio 190 de la OIT exigirá, por tanto, adaptaciones normativas, en un breve espacio de tiempo.

¹⁷ La Directiva, en su Considerando 21, establece igualmente que la regulación que la misma contempla debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral, en particular, en el en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, atendiendo al artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE.

¹⁸ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE núm. 215, de 07 de septiembre de 2022). Son violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye el acoso sexual.

¹⁹ BOE de 16 de junio de 2022, que entró en vigor en España el pasado 25 de mayo de 2023. Complementa este Convenio la Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y acoso en el trabajo.

En consecuencia, la inclusión en el ámbito material de los sistemas internos de información de las comunicaciones o denuncias relativas a acoso laboral plantea la relación entre los nuevos sistemas y los canales existentes de denuncias de acoso laboral, que han de verse reforzados, a tenor de las dos normas descritas; una relación a la que no parece ir referida la Disposición Transitoria Primera de la Ley, sobre adaptación de los sistemas y canales internos de información existentes y un tema que excede del ámbito del presente trabajo.

Pues bien, la anterior delimitación objetiva o material de las informaciones, que pueden ser comunicadas, hemos de complementarla acudiendo a las previsiones legales relativas a las materias excluidas. De partida, como se indica en el Preámbulo y establece el art. 2.6 de la Ley, se excluyen del ámbito de aplicación material los supuestos que se rigen por su normativa específica²⁰. En segundo lugar, la protección prevista en esta ley no se aplicará a las informaciones que afecten a la información clasificada, así como tampoco afectará a las obligaciones que resultan de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales²¹.

De esta forma, la Ley, como ya establecía la Directiva, no afecta a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes (“prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado”) que establezcan la legislación nacional y, en su caso, el Derecho de la Unión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (considerando 26 de la Directiva). No estarían protegidos por esta ley los abogados, al estar excluidas de su ámbito de aplicación la información sobre irregularidades cometidas en o por la organización para la que presten servicios profesionales, al estar vinculado por el secreto profesional. Si bien esta previsión no afectaría a los abogados de empresa a los que no vincula el secreto profesional. En efecto, el TJUE ha condicionado el deber de secreto de los abogados/as a dos requisitos: a su relación con los derechos de defensa y a la independencia del abogado, que no puede estar vinculados a su cliente mediante una relación laboral y excluye del mismo al abogado/a de empresa pues considera que se encuentra sometido a una relación dependiente en el plano orgánico, jerárquico y funcional, es decir, que existe una identificación personal con la empresa²².

Finalmente, la Ley contiene una norma que suscita, a mi juicio, alguna duda interpretativa, en el marco de la finalidad de los sistemas internos de denuncias, se trata del art. 7.4, al prever que los canales internos de información podrán estar habilitados por la

²⁰ Aquella que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea, enumerados en la parte II del anexo de la Directiva 2019/1937.

²¹ *Vid.* art. 2 apartados 4 y 5. De forma más clara, a mi juicio, la Directiva excluye, en su art. 3, las informaciones que afecten a la seguridad nacional, a la defensa y seguridad (art. 3.3).

²² SSTJUE de 18 de mayo de 1982, (asunto C-155/79 AM & S Europe Limited); de 14 de septiembre de 2010, (asunto C-550/0, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd).

entidad que los gestione para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones, si bien dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la misma. Una eventual inclusión, al albur de esta previsión, de denuncias sobre otros incumplimientos laborales, creo que desnaturaliza el objeto de los sistemas internos en una ley de lucha frente a la corrupción y resulta ajena a nuestro sistema constitucional de tutela sindical.

3.3. Veracidad de la información e irrelevancia de la buena fe de la persona informante

La veracidad de la información, tanto en la Directiva como en la Ley, constituye una exigencia para que la persona informante tenga derecho a la protección legal. El art. 35.1 a) de la Ley, en términos muy similares al art. 6.1 de la Directiva, requiere a la persona informante que tenga motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aclarando “aun cuando no aporten pruebas concluyentes”. Como ya he señalado en la Directiva y ahora en la Ley, de una parte, se establece el estándar de la creencia razonable de veracidad de la información, y de otra, se obvia cualquier exigencia relativa a la motivación y más concretamente, a la buena fe.

Los motivos del informante al hacer la comunicación o denuncia deben ser irrelevantes para determinar si esa persona debe recibir protección²³. La Directiva y la Ley se sitúan así en línea con la citada Resolución del Parlamento Europeo de 24/10/2017, pues la base de la protección debe ser la información expuesta y no la intención del denunciante (apartado 47). Por ello, no deja de resultar contradictoria que, en el Preámbulo de la Ley, se afirme expresamente que la buena fe constituye un requisito indispensable para la protección del informante. En definitiva, no se exige la buena fe, que si aparece expresamente en otras Directivas sectoriales y en normas españolas de trasposición de estas.

Por el contrario, la buena fe constituye un requerimiento especialmente valorado por la doctrina del TEDH, para extender el manto de tutela del art. 10 del CEDH. La ya citada STEDH 12 de febrero de 2008, caso Guja contra Moldavia, afirmarí que “la motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección”. “Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión”. También la STEDH de 14 de febrero de 2023, caso Halet vs. Luxemburgo, sigue apelando a la exigencia de la buena fe.

En nuestra doctrina constitucional la exigencia del deber de buena fe de la informante se ha formulado frecuentemente al hilo de la concurrencia de otro condicionante; que la persona trabajadora formule previamente una denuncia interna (STC 6/1988, de 21 de enero y STC 146/2019, de 25 de noviembre). En este contexto puede ser oportuno

²³ Considerando 32 de la Directiva.

tuno recordar que la STC 1/1998, de 12 de enero, afirmaría que en tanto en cuanto el contenido de la expresión o la información “se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, (..), la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada” (FJ5). De esta forma, considero que la doctrina del TEDH debe avanzar en esta línea que propugna la irrelevancia de los motivos del informante y que pone el foco en la exigencia de creencia razonable de verosimilitud y el interés público en juego²⁴.

Centrándonos ya en el contenido de la exigencia de veracidad de la información, la Directiva y la Ley adoptan el llamado estándar de la creencia razonable, pues el informante protegido puede no tener pruebas concluyentes sobre la infracción denunciada y aportar solo razonables sospechas, tal y como (de forma más explícita que en la Directiva) se establece en la ley española. Para gozar de protección, la informante debe creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncia son ciertos, que la información suministrada es veraz²⁵. Se ha seguido en nuestra regulación el llamado, en la práctica administrativa y judicial norteamericana, “*reasonable belief standard*”, cuya adopción ha significado un notable avance en la protección de los *whistleblowers*²⁶. Igualmente, en Gran Bretaña, la denuncia protegida, bajo la *Public Interest Disclosure Act* de 1998 (PIDA, en adelante), se identifica con aquella información que un trabajador “cree razonablemente” que sucedió, sucede o sucederá en el futuro. La creencia razonable no tiene que ser certeza absoluta, pero debe extenderse a que la denuncia se realice “en interés público”. La introducción por la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013 de la referida prueba de que la denuncia se realizara “en interés público” supuso que se eliminara el requisito de que el trabajador denunciara “de buena fe”. El fundamento fue que, si el interés público se beneficia de las revelaciones, no importa qué motivación tenga un trabajador para hacerlas²⁷.

²⁴ Sobre la supresión de la exigencia de la buena fe ver, por ejemplo, la Recomendación del Consejo de Europa de 2014 sobre la protección de los denunciantes de irregularidades, y el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), al considera que “el requisito de la buena fe no es compatible con la obligación legal de los funcionarios de denunciar (...). Aún si la denuncia se hace de mala fe (...) redundará en interés del empleador o en interés público”. SÁEZ HIDALGO, Ignacio. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?”, Diario LA LEY, N.º 10274, Sección Tribuna, 25 de abril de 2023, p. 6.

²⁵ Salvaguardia contra denuncias abusivas o maliciosas, vid., considerando 43 de la Directiva.

²⁶ En efecto, en relación con el concepto de denuncia protegida en EE. UU., establecida en la *SOX Act* (sección 806), en la práctica administrativa y judicial se sucedieron en el tiempo el “*definitively and specifically standard*” y el más amplio “*reasonable belief standard*”. En el ámbito de la tutela administrativa el cambio de criterio se produciría antes, en 2011 (*Sylvester v. Parexel Int’l LLC*, ARB No. 07-123, ALJ Nos. 2007-SOX-039, -042 (ARB May 23, 2011)) y en sede judicial habría que esperar hasta 2016 (*Beacom v. Oracle Am., Inc.*, 825 F.3d 376 (8th Cir. 2016)). SAEZ LARA, Carmen, *La protección de denunciantes: Propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 173.

²⁷ En *Hayes v Reed Social Care & Bradford* (MDC ET Case Núm. 1805531/00) el tribunal confirmaría la irrelevancia de la motivación. Sin embargo, los tribunales tendrán la facultad de reducir la indemnización hasta en un 25% por un perjuicio o despido de un trabajador relacionado con una divulgación protegida si esta no se realizó de buena fe.

En la doctrina del TEDH un factor para tener en cuenta es la autenticidad de la información divulgada. El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito²⁸. En igual sentido, la doctrina constitucional aprecia la relevancia pública de las informaciones como criterio decisivo para calificar de legítimo el ejercicio de la libertad de expresión, destacando la veracidad de la información (STC 1/1998, de 12 de enero). Sin embargo, debemos recordar que no se exige una veracidad absoluta, pues su “total exactitud puede ser controvertible”, sino que lo que se requiere es “un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado” (STC 6/1988, de 21 de enero).

3.4. Procedimiento adecuado: preferencia por el sistema interno de información

El art. 35.1 b) de la Ley exige que la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos en ella previstos. Estos requerimientos, en relación con el procedimiento a seguir por el informante, nos remiten a las reglas de articulación entre el canal interno y externo (arts. 4 y 16) y entre estos canales y la revelación pública (art. 28).

De forma más explícita, la Directiva condiciona la protección de la persona informante, a que esta haya denunciado por canales internos con arreglo al artículo 7 o por cauces externos con arreglo al artículo 10, o haya revelado la información públicamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 (art. 6.1). En principio, la persona informante no puede decidir libremente acerca de que vía, interna o externa, va a utilizar, es decir, si comunicará la infracción en el seno de la propia entidad afectada o ante la autoridad competente, sino que debe cumplir las reglas de articulación fijadas. Igualmente, solo podrá acudir a la vía de la revelación pública, es decir a la puesta a disposición del público de la información sobre las infracciones cometidas por la entidad, si concurre alguna de las condiciones establecidas. Veamos cuales son aquellas reglas y estas condiciones tanto en la Directiva como en la Ley.

La Directiva señala, de partida, que los estados miembros “promoverán” la comunicación a través de canales de denuncia internos, siempre que pueda ponerse remedio a la infracción internamente de manera efectiva y siempre que la persona informante considere que no hay riesgo de represalias (art. 7.2). Por tanto, en la Directiva, aunque la vía interna sea de uso preferente, al estar condicionada, además de a que sea eficaz, a que el denunciante considere “razonablemente” que no hay riesgo de represalias, los canales

²⁸ SSTEDH 12 de febrero de 2008 (caso Guja contra Moldavia); 21 de julio de 2011 (caso Heinisch contra Alemania); de 21 de octubre de 2014 (caso Matúz contra Hungría) y de 14 de febrero de 2023 (caso Halet vs. Luxemburgo).

de denuncia interna y externa se configuran como dos vías alternativas²⁹. En relación con esta cuestión, es oportuno señalar que, por ejemplo, el modelo británico prioriza el canal interno de denuncias, con alguna matización importante y en EE. UU. la evolución normativa ha llevado, por el contrario, hacia la promoción de la vía de denuncia externa, modelo que, a mi juicio, debe servirnos de inspiración.

La Ley, en este crucial aspecto de las reglas de articulación entre el sistema interno y el canal externo, siguiendo lo previsto por la Directiva, identifica el primero como cauce preferente pero “siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia”, configurándolos, como hemos afirmado, como alternativos, pudiendo el informante elegir el cauce a seguir, interno o externo, atendiendo a las circunstancias y los riesgos de represalias que considere. De forma complementaria el art. 16 1. establece que toda persona física podrá informar ante la A.A.I., (o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes), de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley, ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno.

Atendiendo al Preámbulo de la Ley, el sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, y así se podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. No obstante, el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, pues como reconoce acertadamente la Directiva uno de los principales factores que desalienta a los potenciales informantes es la falta de confianza en la eficacia de las comunicaciones. Por ello, la norma europea impone a los Estados miembros la obligación de establecer canales de comunicación externa adecuados, independientes y autónomos.

Interpretadas las normas legales de conformidad con la Directiva, el informante podrá acudir directamente a la A.A.I., tanto en el caso de que no exista un sistema interno de información como cuando razonablemente considere que no es efectivo o que existe riesgo de represalia. El informante podrá acudir también de forma subsidiaria a la A.A.I. cuando, tras acudir al sistema interno de información, considere razonablemente que no se han adoptado las medidas necesarias en un plazo adecuado. A estos efectos, el art. 9 le brinda información sobre los plazos adecuados, acuse de recibo en los siete días naturales siguientes a la comunicación con determinación del plazo máximo de respuesta, que no puede ser superior a tres meses o a seis en casos de especial complejidad.

Sin embargo, la persona denunciante también resulta protegida si acude a la revelación pública de forma subsidiaria, ante el uso infructuoso de las vías interna y externa, en caso de que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público (en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona); o bien, en caso de comunicación a través de canal

²⁹ Esta interpretación es acertada desde la perspectiva de los diversos derechos e intereses legítimos en conflicto y se apoyaría además en el cambio que el Parlamento introdujo en 2019, en el texto de la Propuesta, desde la propuesta anterior de 23/4/2018, que apostaba por la obligación de acudir previamente a la vía interna de denuncia, acorde con la doctrina del TEDH.

externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso (tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción) (art. 28.1 b)

La Ley parte, en su preámbulo, de vincular este estatuto protector a la utilización de los cauces internos y externos que establece. La protección para los que realicen una revelación pública, que ponen dicha información a disposición del público (por ejemplo, directamente a través de plataformas web o de redes sociales, o a medios de comunicación, cargos electos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos u organizaciones profesionales y empresariales) se somete a condiciones. Existen situaciones, se afirma, en que resulta conveniente proteger también a estas personas y la ley, siguiendo las directrices europeas, precisa las condiciones que deben concurrir para extender el régimen de protección; así, por ejemplo, dicha protección se contempla cuando los cauces internos y externos no han funcionado o cuando se advierte una amenaza inminente para el interés general, tales como un vertido muy tóxico u otros riesgos contaminantes. En este sentido, se destaca que la propia Directiva, en sus considerandos 45 y 46, otorga especial reconocimiento a los supuestos de protección relacionados con los derechos a la libertad de información y al periodismo de investigación, que en nuestro ordenamiento se reconocen constitucionalmente.

La protección de quien realiza una revelación pública se vincula así en la ley con la tutela de las libertades de información y de expresión, sin embargo nuevamente, una norma de la Ley, el art. 28.2, nos suscita dudas de interpretación, al afirmar que las condiciones para acogerse a protección previstas en el apartado anterior no serán exigibles cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa, con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo. Precepto que nos lleva de nuevo a plantear el tema de la relación entre el estatus legal de informante y el estatus judicial, si bien en relación solo con los informantes que revelen información a los medios de prensa y del que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

3.5. El estándar de protección de quien realiza una revelación pública: el art. 28.2 de la Ley

Como hemos visto, el art. 28.2 amplía el ámbito de aplicación de la protección legal a la persona que haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz, aunque no se cumplan las condiciones fijadas por el art. 28.1 de la Ley. Ciertamente, como la Directiva ya recordaba la comunicación de informaciones se conecta con las libertades de información y expresión de los arts. 11 de la Carta y 10 del CEDH; pilares esenciales de la democracia en un Estado de Derecho. Y cierto es también que el art. 28.2 transpone la previsión general del art. 15.2 de la Directiva, que remite a las normas tuitivas nacionales establecidas en desarrollo de las libertades de información y expresión.

Ahora bien, entre nosotros, tal remisión legal solo podría interpretarse referida a los términos en que la doctrina judicial constitucional y ordinaria tutelan ambas libertades constitucionales en el interior de las organizaciones privadas (y públicas). Lo que nos conecta con el tema del estándar de protección judicial de los informantes ex art. 20 CE y arts. 11 de la Carta y 10 del CEDH. Cumplidos esos términos no serían exigibles las condiciones del art. 28.1, siempre está que se cumplan el resto de las exigencias legales establecidas y antes analizadas.

Pues bien, la tutela de los informantes ex art. 20 CE garantía de las libertades de información y expresión se vincula frecuentemente a casos de revelación pública y en la doctrina del Tribunal Constitucional estas libertades se conciben tanto como instrumentos necesarios para la formación de una opinión pública libre como, sobre todo, un medio indispensable para la existencia y fortaleza del Estado democrático. A estos efectos, hemos de recordar que la jurisprudencia constitucional ha establecido exigencias de protección de los trabajadores al amparo del art. 20 CE y, de forma más específica, el TEDH ha definido un estándar de protección del whistleblower, cuya doctrina aplica el TC y los tribunales laborales³⁰.

En este sentido, el TEDH, desde la Sentencia de 12 de febrero de 2008 (caso Guja contra Moldavia) al amparo de la libertad de expresión del art. 10 CEDH, construye una jurisprudencia protectora de los *whistleblowers* (sin que la Corte utilice expresamente esta terminología) estableciendo un “cuadro de control” para determinar si y en qué medida podía invocar la protección del art. 10 del Convenio, que ha sido avalado recientemente por la tantas veces citada STEDH de 14 de febrero de 2023 (caso Halet contra Luxemburgo)³¹. El Tribunal analiza los criterios acumulativos que han de cumplirse para considerar justificada la divulgación de información empresarial, entre los cuales, a efectos de su comparación con las exigencias legales vistas, hemos de señalar, en primer lugar, la preferencia por el canal jerárquico interno para realizar la divulgación, en segundo lugar, la autenticidad de la información divulgada, tercero, la buena fe al interponer la denuncia, y en cuarto lugar, el interés público de la información divulgada.

En relación con la exigencia relativa a los canales utilizados para alertar, la Corte ha tenido la oportunidad de enfatizar que en principio se debe dar prioridad a los canales internos para la transmisión de información y que la divulgación al público solo debe considerarse como último recurso, en caso de imposibilidad manifiesta de actuar de otra manera. Pero este orden de prelación entre canales internos y externos de denuncia no

³⁰ Las sentencias del TEDH crean una doctrina que se adhiere al Convenio y adquiere fuerza vinculante con el fin de que los Estados firmantes ajusten su sistema legal, administrativo y judicial a los criterios del Tribunal. La doctrina del Tribunal tiene el valor de jurisprudencia dentro del ámbito de aplicación del Convenio: GARCIA MURCIA, Joaquín, “Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Actualidad laboral*, Núm. 6, 2014, p. 660.

³¹ Con anterioridad, en este mismo caso, la Sala Tercera del TEDH (caso Halet v. Luxemburgo, sentencia de 11 de mayo de 2021) consideró que no había resultado vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Entendió que los tribunales internos habían realizado una justa ponderación entre, por un lado, la necesidad de proteger los derechos del empleador del demandante y, por otro, la necesidad de proteger la libertad de expresión del solicitante.

tiene, en la jurisprudencia de la Corte, un carácter absoluto que acepta que determinadas circunstancias pueden justificar el recurso directo a un “medio externo de denuncia”, cuando el canal interno de divulgación carece de confiabilidad o eficacia, si el denunciante corre el riesgo de exponerse a represalias o cuando la información que pretende divulgar se relaciona con la esencia misma de la actividad del empleador en cuestión. En definitiva, el criterio relativo al canal de denuncia debe evaluarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso³².

En segundo lugar, la autenticidad de la información divulgada constituye un elemento esencial en la evaluación y el informante ha de tratar de verificar que la información que van a revelar es auténtica antes de hacerla pública. Cualquier persona que decida divulgar información deberá tomar medidas diligentes para verificar que ésta es precisa y confiable. Sin embargo, no se puede exigir a un denunciante que establezca, al informar, la autenticidad de la información divulgada. Los denunciantes que han divulgado información errónea cuando tenían motivos razonables para creer en su veracidad en el momento en que lo hicieron deben estar protegidos contra posibles represalias. Además, es preciso destacar que el TEDH evalúa la autenticidad de la información, frecuentemente en conjunción con el criterio de buena fe, afirmando que se debe considerar que todo denunciante actúa de buena fe, siempre que tenga motivos razonables para creer que la información revelada era cierta, aunque luego se descubra que no lo era, y siempre que no tenía fines ilícitos o no éticos³³.

En tercer lugar, el Tribunal recuerda que la motivación del empleado que hace la divulgación es un factor determinante para evaluar si el proceso debe o no gozar de protección. Para evaluar la buena fe de un solicitante, el Tribunal verifica, en cada caso que conoce, si estuvo motivado o no por el deseo de obtener una ventaja personal de su acto, en particular una ganancia pecuniaria. Ahora bien, como ya he señalado en la jurisprudencia de la Corte, el criterio de la buena fe no es ajeno al de la autenticidad de la información divulgada afirmando la buena fe de quien al hacer la divulgación controvertida, actuó bajo la creencia que la información era veraz y que era de interés público divulgarla o dictaminando, por ejemplo, que no se podía considerar que un solicitante cuyas alegaciones se basaban en un mero rumor y que no tenía pruebas que las respaldaran, había actuado de buena fe³⁴.

En cuarto lugar, el TEDH exige en su jurisprudencia sobre protección de *whistle-blowers* el interés público en la información divulgada. En este sentido, conviene destacar a los efectos del presente trabajo que el Tribunal considera que el peso del interés público en la información divulgada variará en función de si esta información se relaciona: con actos o prácticas ilegales; con actos, prácticas o conductas reprobables; o con un asunto que suscite un debate que genere una controversia sobre si hay o no un perjuicio para el interés público. De hecho, para la Corte, la información relacionada con actos o prácticas ilegales es innegablemente de interés público particularmente importante.

³² Ver los Apartados de la Sentencia Halet núm. 121-123.

³³ Apartados 124-127

³⁴ Cita de las sentencias en los Apartados 128-130

Pues bien, si comparamos los condicionantes propios del estándar legal y del judicial de protección se aprecian coincidencias, en relación con el interés público de la información, atendiendo al ámbito objetivo de aplicación de la protección legal y en relación con la exigencia de autenticidad o veracidad de la información revelada. Igualmente, la exigencia de utilización del canal adecuado supedita la divulgación pública, a tenor de las circunstancias de cada caso, a una serie de condiciones que se concretan más en la Ley y en la Directiva. Por tanto, establecido un sistema interno y un canal externo de información, la protección de quien acuda directamente a la prensa debería estar condicionada como establecen la Directiva y la Ley a la frustración e ineficacia de ambas vías o a supuestos de peligro o riesgo inminente.

Como se comprueba, la principal diferencia se encuentra en la exigencia específica de la buena fe, que debe ceder su protagonismo ante la relevancia o interés público de la información y la exigencia de veracidad de esta (que evita comunicaciones falsas). En este sentido, también avanza el TEDH que vincula la buena fe con la razonable creencia de la autenticidad o veracidad de la información divulgada. En otro caso, “el criterio de buena fe corre el riesgo de ser malinterpretado si uno se enfoca en la motivación del denunciante en lugar de en la veracidad y relevancia de la información que ha revelado”³⁵. En definitiva, lo que se propone es lo que ya se aprecia en la doctrina del TEDH, la aproximación del canon de interpretación judicial al legal en los casos de información de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley.

3.6. El denunciante anónimo: admisión y protección

La Directiva traslada a los Estados la admisión de la figura del denunciante anónimo. Será facultad de las leyes nacionales de transposición la aceptación o no de las denuncias anónimas (art. 6.2 y considerando 35). La obligación de disponer de mecanismos de denuncia anónima sigue vigente, no obstante, en virtud del Derecho de la Unión, en algunas materias como el blanqueo de capitales³⁶. En caso de su admisión, es preciso garantizar el derecho de protección a la persona denunciante, si es posteriormente identificada, y siempre que cumplan las condiciones previstas con carácter general.

La Ley admite la denuncia anónima tras desarrollar en su preámbulo un estudio detallado de la evolución normativa favorable. La admisión del denunciante anónimo en el sistema interno (art. 7.3) y ante el canal externo (art. 17. 1 y art. 21.1) también se regula, siguiendo el esquema de la Directiva y acertadamente, al identificar a la persona informante protegida (art. 35.3), al igual que acontece con el arrepentido, figura que no

³⁵ “No importa por qué el denunciante hizo sus revelaciones, siempre que sean ciertas”: Informe A/70/30 de 8/9/2015 del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión.

³⁶ Y así se recoge, entre nosotros, tras la introducción del art. 26 bis de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia (entre otras) de prevención del blanqueo de capitales.

había sido incluida en la Directiva (art. 40). Efectivamente, el art. 35. 3. señala expresamente que las personas que hayan comunicado o revelado públicamente información sobre acciones u omisiones (a que se refiere el artículo 2) de forma anónima pero que posteriormente hayan sido identificadas y cumplan las condiciones previstas en esta ley, tendrán derecho a la protección que la misma contiene.

Es creciente el número de opiniones favorables a la admisión de la alerta anónima, aunque no esté exenta de inconvenientes al poder favorecer denuncias maliciosas y deteriorar el clima societario. En términos generales, también se ha destacado que el inicio de las actuaciones penales podría exigir la identificación del denunciante (art. 267 y 268 Ley de Enjuiciamiento Criminal). A nivel doctrinal, la denuncia anónima se ha erigido hoy como pieza clave y esencial en las personas jurídicas y cualquier tipo de organización para actuar, en primer lugar, desde el punto de vista preventivo que conlleva el dato de que los potenciales autores de ilícitos penales saben que cualquier persona que con ellos trabaja puede ser en el futuro un «denunciante anónimo», lo que lleva consigo que se retraigan más los posibles autores de ilícitos penales al conocer que la denuncia anónima es un instrumento válido de investigación y para que se abra la misma sin necesidad de que se identifique quien denuncia³⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo había venido aceptando las denuncias anónimas como *notitia criminis*, al no estar previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero tampoco prohibidas, aunque su utilización debía ser ponderada y utilizada con cautela (STS de 11 de abril de 2013 Rº 1098/2012, Sala de lo Penal). Por ello, cobra especial importancia el cambio en la valoración positiva de la importancia de la denuncia anónima, en el contexto de la Directiva *Whistleblowing*, de la STS de 6 de febrero de 2020 (Rº 2062/18, Sala de lo Penal). El Tribunal Supremo expresamente en esta última sentencia ha destacado la importancia de la denuncia interna presentada como *notitia criminis*, la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. En consecuencia, debe destacarse la importancia de la implantación de este canal de denuncias, ya que “con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma”. Lo que además supone la validación jurisprudencial de los canales de denuncias en los planes de cumplimiento normativo.

4. Acceso a las medidas de protección: Déficit de la regulación legal

Una vez analizadas las condiciones legales que definen a la persona informante protegida hemos de hacer unas breves consideraciones en relación con la regulación legal sobre sus medidas de protección, es decir, la prohibición de represalias (art. 36); las medidas de apoyo y asistencia (art. 37) y las medidas de protección frente a represalias (art.38);

³⁷ MAGRO SERVET, Vicente, Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción. *Diario LA LEY*, Núm. 10235, 2023.

un conjunto de derechos y garantías frente a la organización (denunciada) a la A.A.I. y frente a los órganos judiciales³⁸.

El art. 36 prohíbe los actos de represalia (incluidas amenazas y tentativas) contra las personas informantes protegidas, los define y ofrece un listado de ejemplos, sin ningún ánimo exhaustivo, que incluye además de represalias laborales, otros tratos desfavorables, intimidación, o daños reputacionales. Como indica el preámbulo legal, esta prohibición conlleva la declaración de nulidad de tales conductas, una declaración, añadimos, que corresponderá a los órganos judiciales tras los correspondientes procedimientos judiciales. Además, aunque no sea una medida directa de protección de la persona informante, frente a las represalias de la empresa, la A.A.I. podrá adoptar acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador, en los términos previstos en el Título IX. Ahora bien, el apartado 4 del art. 36, que hace referencia a la protección de la autoridad competente solicitada por la persona que vea lesionados sus derechos consecuencia de su comunicación o revelación, plantea entre otras dudas, cual sea el contenido de esa protección, pues nada se deduce de la regulación legal relativa al procedimiento ante la A.A.I.

Por su parte, el art 37 relativo a las medidas de apoyo, reconoce a la persona informante protegida, en primer lugar, derechos de información y asesoramiento (completos, independientes, accesibles y gratuitos) sobre procedimientos y recursos disponibles y protección frente a represalias tanto frente a la A.A.I. como en la utilización del sistema interno de denuncias. En segundo lugar, también se le garantiza asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes, es decir en principio por la A.A.I., ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la presente ley. En tercer lugar, se garantiza a los informantes asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria. Todo ello, aclara, el art. 37.2, con independencia de la asistencia que pudiera corresponder al amparo de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, para la representación y defensa en procedimientos judiciales derivados de la presentación de la comunicación o revelación pública. Una asistencia jurídica gratuita que solo es garantizada, en caso de comunicación al canal externo, es decir siempre que se comunique información sobre las acciones u omisiones recogidas en la Ley a la A.A.I. (o a las correspondientes autoridades autonómicas)³⁹.

La persona informante también podrá recibir, si bien de forma excepcional, apoyo financiero y psicológico, si así lo decidiese la A.A.I. tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación. El art. 41 concreta que estas medidas

³⁸ Estas medidas son compatibles con medidas de protección de testigos y peritos de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, dirigidas a la preservación de su identidad en el proceso penal (art. 2.2 Ley 2/2023 y Considerandos 28 y 36 Directiva). Sin perjuicio de que la Ley a diferencia de la Directiva si haya previsto en el art. 40 de la Ley 2/2023 medidas específicas de protección del arrepentido, es decir al denunciante que haya participado en el delito.

³⁹ Disposición final primera de modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita que añade una nueva letra k) al artículo 2 de la Ley 1/996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

serán prestadas por la A.A.I. o en sus ámbitos competenciales por los órganos competentes de las comunidades autónomas,

Por último, el art. 38 consagra una garantía de indemnidad de la persona informante legalmente protegida y que se desenvuelve en el ámbito judicial. Esta garantía de indemnidad incluye en particular, medidas de diversa naturaleza, pues a favor del informante se establece, de una parte, una garantía limitada de inmunidad, frente a las acciones emprendidas por la persona afectada o denunciada y, de otra parte, una serie de garantías procesales en los procesos judiciales frente a represalias.

Pues bien, la descripción de estas medidas, a los solos efectos del objeto de este trabajo, permite apreciar, de partida, que la Ley no ha establecido medidas adicionales a las previstas en la Directiva y que su regulación plantea dudas interpretativas y presenta algunas importantes lagunas. En primer lugar, sorprende que el señalado art. 36.4 se refiera a la posibilidad de que “una vez transcurrido el plazo de dos años” se pueda solicitar protección de la autoridad competente, cuando este plazo de dos años no aparece en el art. 36, y solo en el Preámbulo de la Ley se alude, entre las medidas protectoras, a “prohibir y declarar nulas aquellas conductas que puedan calificarse de represalias y se adopten dentro de los dos años siguientes a ultimar las investigaciones”. En definitiva, a la vista del art. 36, el referido plazo deja de tener operatividad alguna⁴⁰, pero, además, el problema interpretativo radica, como antes se afirmó, en que la Ley en ningún precepto concreta en que consista esta protección que corresponde a la A.A.I., de conformidad con el art. 41. Si se analiza la regulación del procedimiento ante esta Autoridad externa no se contiene medida alguna a este respecto, más allá de iniciar un procedimiento sancionador frente a las represalias, al que después se aludirá.

En segundo lugar, en relación con las medidas de apoyo, de nuevo, la regulación legal adolece de una falta de previsión, en el desarrollo de la actividad instructora y resolutoria de la A.A.I., sobre la adopción de medidas de apoyo financiero o psicológico y para la emisión de certificación de que puede acogerse a protección al amparo de esta ley. Un certificado, al que se refería ya el Considerando 90 de la Directiva, y que sería relevante para acreditar no solo su derecho a las citadas medidas de apoyo, sino también a efectos de articular su garantía de indemnidad (*ex* art. 38) en el supuesto de acciones judiciales frente al informante.

En definitiva, la Ley no regula la forma de acreditación de la condición de informante, condición, que es la que determina la aplicación del estatuto protector legalmente establecido. De la regulación legal se deduce solamente cuando la persona informante no gozará de protección, así es, en el supuesto previsto de archivo de las actuaciones por las causas del art. 18.2.a) (y aun cuando este archivo se produzca tras la instrucción del procedimiento ante la A.A.I., en la decisión que pone fin a las actuaciones (art. 20.2)). Sin embargo, nada se deduce sobre el reconocimiento y aplicación de las medidas protectoras.

Finalmente, como ya hemos visto la protección de la A.A.I. frente a las represalias

⁴⁰ En otro sentido, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, Un paso más en la protección frente a represalias en la empresa: La Directiva “Whistleblowing” y la ley de protección de las personas informantes, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 265, 2023, p. 33.

se establece indirectamente a través de la sanción a la empresa u organización. La Ley, indica en su preámbulo, que el Título IX establece el régimen sancionador, que es necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes. Y, efectivamente, entre otras acciones u omisiones dolosas, de conformidad con el artículo 63.1 b), tendrán la consideración de infracciones muy graves, la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o las demás personas incluidas en el ámbito de protección establecido en el art. 3 de esta ley. La Ley establece, además de elevadas sanciones pecuniarias, sanciones adicionales, para las organizaciones que inflijan eventuales represalias a la persona informante, como serían la amonestación pública, la prohibición de subvenciones públicas y la prohibición de contratación con el sector público. De esta forma, el art. 63.1 b) de esta Ley tipifica las represalias a la persona informante como infracción muy grave, una conducta que también podría entenderse prevista por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) que tipifica, como infracción muy grave en su art. 8.12, las “decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores ante una reclamación efectuada en la empresa...destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”. Ahora bien, atendiendo a la conducta tipificada en el orden social, la eventual identidad de hechos tipificados como infracción en esta Ley y en la LISOS, solo se produciría en el supuesto de represalia por información o denuncia de discriminación; único supuesto en el que procedería aplicar, creo, el orden sancionador específico, es decir, el previsto en la LISOS.

5. Bibliografía citada

- GARCIA MURCIA, Joaquín, “Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Actualidad laboral*, Núm. 6, 2014,
- MAGRO SERVET, Vicente, “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. *Diario LA LEY*, Núm. 10235, 2023
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “Un paso más en la protección frente a represalias en la empresa: La Directiva “Whistleblowing” y la ley de protección de las personas informantes”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 265, 2023.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “La protección de los denunciantes: Algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937”. En: AA.VV., *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Pamplona, Aranzadi, 2021
- RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, DEL REY GUANTER, Salvador, “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.264, 2023.

SÁEZ HIDALGO, Ignacio. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?”, Diario LA LEY, N.º 10274, Sección Tribuna, 25 de abril de 2023.

SAEZ LARA, Carmen, *La protección de denunciantes: Propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España

Directive (EU) 2023/970, which reinforces the application of the principle of equal remuneration between men and women and its transposition in Spain

Remedios Roqueta Buj

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

Recibido: 2/7/2023

Aceptado: 19/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8253

Resumen: Al término de una minuciosa evaluación del marco vigente en materia de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, titulada «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025» anunció que la Comisión propondría medidas vinculantes en materia de transparencia salarial, lo que se ha llevado a cabo a través de la reciente 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. En el presente estudio se analiza el contenido de dicha directiva así como su transposición en España.

Palabras clave: Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, transparencia retributiva, registros salariales, auditorías retributivas.

Abstract: Following a thorough assessment of the current framework in matter of equal pay for equal work or work of equal value, the Communication of the Commission, of March 5, 2020, entitled «A Equality Union: Strategy for Gender Equality 2020-2025» announced that the Commission would propose binding measures on salary transparency, which has been carried out through the recent Directive (EU) 2023/970 of the European Parliament and of the Council of May 10 of 2023 which reinforces the application of the principle of equality of remuneration between men and women for the same work or a work of equal value through remuneration transparency measures and mechanisms to its fulfilment. This study analyses the content of said directive as well as its transposition in Spain.

Keywords: Principle of equal pay between men and women, salary transparency, salary records, remuneration audits.

1. Antecedentes

La normativa de la Unión Europea tiene importantes referencias a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Dicha prohibición se contiene en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y se encuentra desarrollada, en el ámbito laboral, por la Directiva 2006/54 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. Sin embargo, esta Directiva se limita a prohibir toda discriminación retributiva directa e indirecta por razón de sexo entre quienes realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La evaluación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2006/54/CE ha constatado que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor» y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación. Los trabajadores carecen de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen y, en particular, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. Una mayor transparencia permitiría revelar sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas u organizaciones. Y, en consecuencia, los trabajadores dispondrían de medios de prueba eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de retribución por razón de sexo en sede judicial y los empleadores e interlocutores sociales podrían adoptar las medidas adecuadas para corregir dichas discriminaciones.

Por ello, la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la «transparencia salarial» de los empleadores públicos y privados, facilita una serie de orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución. En este sentido, dispone que los Estados deben establecer medidas específicas para promover la transparencia salarial, pudiendo optar a tales efectos por una o varias de las siguientes medidas: (i) derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador y la trabajadora; (ii) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos 50 personas trabajadoras; (iii) obligación de que las empresas de al menos 250 personas trabajadoras elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de los puestos) que deben ponerse a disposición de los y las representantes; (iv) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

Al término de una minuciosa evaluación del marco vigente en materia de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y de un proceso de consulta amplio e inclusivo, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020,

titulada «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025» anunció que la Comisión propondría medidas vinculantes en materia de transparencia salarial, lo que se ha llevado a cabo a través de la reciente 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.

2. El ámbito de aplicación y la naturaleza de la Directiva 2023/970

Al respecto, cabe subrayar lo siguiente en relación con el ámbito de aplicación y la naturaleza de la Directiva 2023/970:

- 1.º) La presente Directiva se aplica «a los empleadores de los sectores público y privado» y «a todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (art. 2.2 Directiva 2023/970). De este modo, la misma engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

El quid de la cuestión es si se extiende también el personal funcionario o con una relación de carácter administrativo. En principio, cabría entender que sí. Efectivamente, nos encontramos ante una Directiva que refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres previsto en la Directiva 2006/54/CE y, conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria, el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo establecido en dicha Directiva tiene alcance general y se aplica también a las relaciones de empleo del sector público, incluidas las de carácter funcional o administrativo¹. A mayor abundamiento, el art. 2.2 de la Directiva 2023/970 nos remite al concepto de trabajador en la doctrina jurisprudencial comunitaria. Pues bien, el ámbito de aplicación personal del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, está concebido en los mismos términos que en el art. 2.2 de la Directiva 2023/970, al referirse con carácter general a los «trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro» y la doctrina jurisprudencial comunitaria lo ha interpretado de manera extensiva. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea argumenta que, habida

¹ Por todas, las SSTJCE de 26 de octubre de 1999 (Asunto C-273/97), 11 de enero de 2000 (Asunto C-285/98), 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476/99) y 30 septiembre 2004 (Asunto C-319/03).

cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, ya sea en régimen de laboral como en régimen de Derecho administrativo, al ser disposiciones protectoras mínimas².

- 2.º) La presente Directiva establece requisitos mínimos, de modo que respeta la prerrogativa de los Estados miembros de introducir y mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores (art. 27.1 Directiva 2023/970). Además, su aplicación en ningún caso constituirá motivo para reducir el nivel de protección en los ámbitos por ella regulados (art. 27.2 Directiva 2023/970).
- 3.º) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 7 de junio de 2026, incluyendo una referencia a la presente Directiva o estando acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, e informarán inmediatamente de ello a la Comisión (art. 34 Directiva 2023/970). Los Estados miembros deberán informar a la Comisión sobre el cumplimiento de la presente Directiva y sus repercusiones en la práctica antes del 8 de junio de 2031 (art. 35.1 Directiva 2023/970), presentando asimismo un resumen de los resultados de la evaluación del impacto de sus medidas de transposición en lo que respecta a los trabajadores y los empleadores con una plantilla de menos de 250 trabajadores y haciendo referencia al lugar de publicación de dicha evaluación (art. 34.1 Directiva 2023/970). A más tardar el 7 de junio de 2033, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva (art. 35.2 Directiva 2023/970). El informe examinará, entre otras cosas, los umbrales para los empleadores previstos en los artículos 9 y 10 y el porcentaje del 5 % para la puesta en marcha de la evaluación retributiva conjunta prevista en el artículo 10, apartado 1. La Comisión propondrá, si corresponde, las modificaciones legislativas que considere necesarias sobre la base de dicho informe.
- 4.º) La presente Directiva «*no afectará en modo alguno al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales*» (art. 30 Directiva 2023/970).

² Así, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco son aplicables, por ejemplo, a los funcionarios interinos [SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09) o 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10)], el personal estatutario temporal eventual [STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15)]. o el personal eventual [STJUE de 9 de julio de 2015, C-361/12)].

3. Las obligaciones de transparencia retributiva que se imponen a los Estados miembros

3.1. En todas las empresas

3.1.1. El derecho de información de los solicitantes de empleo

Como razonan los considerandos de la Directiva 2023/970, un elemento importante para eliminar la discriminación retributiva es la transparencia retributiva previa al empleo y, por ello, la presente Directiva debe aplicarse también a los solicitantes de empleo (Considerando 19). Ciertamente, la falta de información sobre la banda retributiva prevista para un puesto de trabajo crea «una asimetría informativa que limita la capacidad de negociación de los solicitantes de empleo» (Considerando 32). La transparencia permitirá que los aspirantes a un puesto puedan tomar una decisión con conocimiento de causa en relación con el salario esperado, sin que ello limite en modo alguno el poder de negociación de empleadores y trabajadores para negociar un salario, incluso fuera de la banda indicada. Asimismo, garantizará «la existencia de una base explícita y libre de sesgos de género para la fijación de retribuciones y dificultaría la infravaloración de la retribución con respecto a las competencias y la experiencia». Y permitirá enfocar adecuadamente «la discriminación interseccional, ya que la falta de transparencia en las estructuras retributivas posibilita prácticas discriminatorias por diversos motivos de discriminación». Los solicitantes de empleo deben recibir información sobre «la retribución inicial o la banda retributiva inicial por un medio que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de vacante que se publique, antes de la entrevista de trabajo, o por otro medio antes de la celebración del contrato de trabajo». La información debe ser facilitada «por el empleador o por otra vía, por ejemplo, a través de los interlocutores sociales».

Los solicitantes de empleo tendrán derecho a recibir del empleador potencial información sobre los siguientes extremos (art. 5.1 Directiva 2023/970):

- a) la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran, y
- b) en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto.»

Esa información «se facilitará de tal forma que se garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de la vacante que se publique o por otro medio».

Asimismo, los empleadores deben garantizar que «los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género», y que «los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio, a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor (en lo sucesivo, «derecho a la igualdad de retribución»)» (art. 5.3 Directiva 2023/970). En fin, ningún empleador podrá plantear a los solicitantes «preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores» (art. 5.2 Directiva 2023/970).

3.1.2. El derecho de información de los empleados

Todas las empresas, con independencia de su tamaño, pondrán a disposición de su personal de manera fácil «los criterios», que habrán de ser «objetivos y neutros con respecto al género», que se utilizan «para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva», si bien los Estados miembros podrán «eximir a los empleadores con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación relacionada con la progresión retributiva» (art. 6 Directiva 2023/970), por ejemplo, permitiéndoles que pongan los criterios de progresión salarial a disposición de los trabajadores previa petición (Considerando 35 Directiva 2023/970). La progresión retributiva se refiere al proceso por el que un trabajador pasa a un nivel retributivo superior y los criterios relacionados con la progresión salarial pueden incluir, entre otros, el rendimiento individual, el desarrollo de competencias y la antigüedad (Considerando 35 Directiva 2023/970).

Asimismo, los trabajadores tendrán «derecho a solicitar y a recibir información por escrito {...} sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo» (art. 7.1 Directiva 2023/970). Con el fin de garantizar una presentación uniforme de la información exigida por la presente Directiva, los niveles retributivos deben expresarse en términos de retribución bruta anual y de retribución bruta por hora correspondiente (Considerando 22 Directiva 2023/970).

A tales efectos, se prevé el siguiente procedimiento (art. 7 Directiva 2023/970):

- 1.º) Los trabajadores tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios «a través de sus representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales» (apartado 2). También tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información «a través de un organismo de fomento de la igualdad». Los empleadores también podrán optar por facilitar dicha información por iniciativa propia, sin que los trabajadores tengan que solicitarla (Considerando 36 Directiva 2023/970).
- 2.º) Los empleadores facilitarán la información «por escrito» y «en un plazo razonable y, en cualquier caso, en los dos meses a contar de la fecha en la que se cursó la solicitud» (apartados 1 y 4).
- 3.º) Si la información recibida es inexacta o está incompleta, los trabajadores tendrán derecho «a solicitar, personalmente o a través de sus representantes de los trabajadores, aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a cualquiera de los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada» (apartado 2).
- 4.º) No se impedirá a los trabajadores «revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución» (apartado 5). En particular, los Estados miembros establecerán medidas para «prohibir las cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores la divulgación de información sobre su retribución».

En cambio, los empleadores podrán exigir que *«los trabajadores que hayan obtenido información con arreglo al presente artículo, distinta de la información relativa a su propia retribución o su propio nivel retributivo, no la utilicen con fines distintos del ejercicio de su derecho a la igualdad de retribución»* (apartado 6).

- 5.º) Los empleadores informarán anualmente a todos los trabajadores de su derecho a recibir la información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios y de los pasos que deben seguir para ejercer ese derecho (apartado 3).

3.1.3. Accesibilidad de la información para las personas con discapacidad

Los empleadores facilitarán la información que proporcionen a los trabajadores o solicitantes de empleo *«en un formato que sea accesible para las personas con discapacidad y que tenga en cuenta sus necesidades específicas»*.

3.2. En las empresas de 100 o más trabajadores

3.2.1. La información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras

Los Estados miembros garantizarán que los empleadores con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores faciliten la siguiente información sobre su organización (art. 9.1 Directiva 2023/970):

- a) La *«brecha retributiva de género»*, esto es, *«la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino»* [art. 1.c) Directiva 2023/970].
- b) La *«brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables»*, esto es, la diferencia entre los componentes complementarios o variables medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje de la media que por estos conceptos perciben los trabajadores de género masculino.
- c) La *«brecha retributiva de género mediana»*, esto es, *«la diferencia entre el nivel retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino»* [art. 1.b.e) Directiva 2023/970]. Y a tales efectos, por *«nivel retributivo mediano»* se entiende *«el nivel retributivo en el que la mitad de los trabajadores de un empleador gana más y la otra mitad gana menos»* [art. 1.d) Directiva 2023/970].

- d) La «*brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables*», esto es, la diferencia entre las medianas en los componentes complementarios o variables totales de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada en un porcentaje de la mediana de los trabajadores de género masculino
- e) La proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables.
- f) La proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva. A tales efectos, se entenderá por «*cuartil de la banda retributiva*», según indica el art. 1.f) de la Directiva 2023/970, «*cada uno de los cuatro grupos iguales de trabajadores en los que estos se dividen en función de sus niveles retributivos, del más bajo al más alto*».
- g) La «*brecha retributiva de género*», por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

Los empleadores facilitarán la información reseñada correspondiente «*al anterior año natural*» de forma progresiva conforme al siguiente calendario:

- 1.º) En las empresas con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año (art. 9.2 Directiva 2023/970).
- 2.º) En las empresas con una plantilla comprendida entre 150 y 249 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada tres años (art. 9.3 Directiva 2023/970).
- 3.º) En las empresas con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores, a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años (art. 9.4 Directiva 2023/970).

Por lo demás, los Estados miembros no impedirán que los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores faciliten la información reseñada con carácter voluntario, y, además, podrán, con arreglo al Derecho nacional, exigir a los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores que faciliten información sobre las remuneraciones (art. 9.5 Directiva 2023/970).

En cuanto a los destinatarios de la información reseñada, la presente Directiva distingue:

- 1.º) La información a que se refieren las diferentes letras del art. 9.1 de la Directiva, «*se comunicará*» al organismo designado por cada Estado miembro para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la presente Directiva, encargado, entre otras funciones, de recopilar y publicar dichos datos con arreglo al art. 29.3.c) (art. 9.7 Directiva 2023/970). Los Estados miembros podrán compilar por sí mismos la información a que se refiere el apartado 1, letras a) a f), del art. 9.1 de la Direc-

tiva 2023/970, sobre la base de datos administrativos como los presentados por los empleadores a las autoridades fiscales o de la seguridad social (art. 9.8 Directiva 2023/970). La información se hará pública sin demora y en un formato de fácil acceso y de fácil manejo que permita la comparación entre empleadores, sectores y regiones del Estado miembro de que se trate y garantice que los datos correspondientes a los cuatro años anteriores sean accesibles, si están disponibles [arts. 9.8 y 29.3.c) Directiva 2023/970].

Además, el empleador podrá publicar la información a que se refiere el apartado 1, letras a) a f), del presente artículo en su sitio web o divulgarla por otros medios (art. 9.7 Directiva 2023/970).

- 2.º) La información relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables, se facilitará por las empresas «*a todos sus trabajadores y a sus respectivos representantes de los trabajadores*» (art. 9.9 Directiva 2023/970). Los empleadores también facilitarán dicha información a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos. También se facilitará, previa solicitud, la información correspondiente a los cuatro años anteriores, si está disponible.

Los trabajadores, los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo y los organismos de fomento de la igualdad «*tendrán derecho a solicitar a los empleadores aclaraciones y pormenores adicionales sobre cualquiera de los datos publicados, incluidas las oportunas explicaciones sobre cualquier diferencia retributiva de género*» (art. 9.10 Directiva 2023/970). Los empleadores deberán ofrecer «*una respuesta motivada a ese tipo de solicitudes en un plazo razonable*». Cuando las diferencias retributivas de género no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, los empleadores deberán «*corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad*».

3.2.2. La evaluación o auditoria retributiva conjunta

Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los empleadores que están sujetos a la obligación de informar sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras en los términos previstos en el art. 9 realicen, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación o auditoria retributiva conjunta cuando se cumplan «*todas las condiciones siguientes*» (art. 10.1 Directiva 2023/970):

- a) que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores;

- b) que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;
- c) que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

La evaluación retributiva conjunta se llevará a cabo con el fin de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución entre las trabajadoras y los trabajadores que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género e incluirá lo siguiente (art. 10.2 Directiva 2023/970):

- a) un análisis de la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada categoría de trabajadores;
- b) información sobre los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores y los componentes complementarios o variables para cada categoría de trabajadores;
- c) cualquier diferencia en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores en cada categoría de trabajadores;
- d) las razones, si las hay, de tales diferencias en los niveles retributivos medios, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género y determinadas de forma conjunta por los representantes de los trabajadores y el empleador;
- e) la proporción de trabajadoras y de trabajadores que han recibido alguna mejora de su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o de paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si se produjo tal mejora en la categoría profesional pertinente durante el período en que disfrutaban del permiso;
- f) medidas para resolver las diferencias de retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;
- g) una evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas.

Por lo demás, la evaluación o auditoría retributiva requiere la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Pues bien, a este respecto el art. 4.1 de la Directiva 2023/970 establece que «*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor*». En línea con la doctrina jurisprudencial comunitaria, se dispone que las estructuras retributivas deberán permitir evaluar, en lo que respecta al valor del trabajo, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género acordados con los representantes de los trabajadores, de existir tales representantes (art. 4.4 de la Directiva 2023/970). Estos criterios no se basarán, ni directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores e incluirán las competencias,

el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico. Se aplicarán de manera objetiva y neutra con respecto al género, de forma tal que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes.

Los Estados miembros facilitarán herramientas o metodologías analíticas de fácil acceso para proporcionar ayuda y orientación a la hora de evaluar y comparar el valor del trabajo con arreglo a los criterios que se establecen en el art. 4 de la Directiva (art. 4.2 de la Directiva 2023/970). Esas herramientas o metodologías permitirán a los empleadores o a los interlocutores establecer y utilizar fácilmente sistemas de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género que excluyan toda discriminación retributiva por razón de sexo (art. 4.2 de la Directiva 2023/970). Cuando proceda, la Comisión podrá actualizar las directrices a escala de la Unión relacionadas con los sistemas de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género, en consulta con el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) (art. 4.3 de la Directiva 2023/970).

Los empleadores pondrán la evaluación retributiva conjunta a disposición de los trabajadores y de los representantes de los trabajadores y la comunicarán al organismo de seguimiento [arts. 10.2 y 29.3.d) Directiva 2023/970]. La facilitarán también a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos.

Al aplicar las medidas señaladas en la evaluación retributiva conjunta, el empleador deberá subsanar las diferencias retributivas injustificadas en un plazo razonable, en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales (art. 10.2 Directiva 2023/970). Podrá pedirse a la inspección de trabajo o al organismo de fomento de la igualdad que participen en el proceso. La aplicación de las medidas incluirá un análisis de los sistemas existentes de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género o el establecimiento de tales sistemas, para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva directa o indirecta por razón de sexo.

3.3. Apoyo a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores

Los Estados miembros prestarán apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores y a los representantes de los trabajadores de que se trate, a fin de facilitarles el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva (art. 11 Directiva 2023/970).

3.4. Protección de datos

En la medida en que implique el tratamiento de datos personales, toda información proporcionada con arreglo a las medidas adoptadas en virtud de los arts. 7, 9 y 10 de la

Directiva 2023/970 se facilitará de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 (art. 12.1 Directiva 2023/970). Ningún dato personal tratado con arreglo a dichos preceptos podrá utilizarse con fines distintos de la aplicación del principio de igualdad de retribución (art. 12.2 Directiva 2023/970). Los Estados miembros podrán decidir que, cuando la divulgación de información con arreglo a los arts. 7, 9 y 10 dé lugar a la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, solo tengan acceso a dicha información los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad (art. 12.3 Directiva 2023/970). Los representantes de los trabajadores o el organismo de fomento de la igualdad asesorarán a los trabajadores acerca de la posibilidad de interponer una demanda al amparo de la presente Directiva sin revelar los niveles retributivos efectivos de cada uno de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor (art. 12.3 Directiva 2023/970). A los efectos de seguimiento con arreglo al art. 29, la información estará disponible sin restricciones (art. 12.3 Directiva 2023/970).

3.5. *Diálogo social*

Sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales, y de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales a través del diálogo sobre los derechos y las obligaciones que establece la presente Directiva 2023/970, si procede, cuando así lo soliciten (art. 13 Directiva 2023/970). Sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y tomando en consideración la diversidad de prácticas nacionales, los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentarán el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre las medidas para luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un determinado sexo (art. 13 Directiva 2023/970).

4. **Defensa de los derechos**

4.1. *Inversión de la carga de la prueba*

Los Estados miembros se asegurarán de que, cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva que se establecen en los arts. 5, 6, 7, 9 y 10 de la Directiva 2023/970, corresponda al empleador, en todo procedimiento administrativo o judicial en relación con una presunta discriminación directa o indirecta en relación con la retribución, demostrar que no se ha producido tal discriminación, salvo que demuestre que dicho incumplimiento *«fue manifiestamente involuntario y de carácter menor»* (art. 18.2 Directiva 2023/970).

4.2. *La prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor*

En cuanto a la prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, se establecen las siguientes previsiones:

- 1.º) Al determinar si las trabajadoras y los trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la evaluación de si se encuentran en una situación comparable «*no se limitará a situaciones en las que las trabajadoras y los trabajadores trabajen para el mismo empleador, sino que se ampliará a la fuente única que determine las condiciones de retribución*» y se considerará que existe una fuente única «*cuando aquella establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores*» (art. 19.1 Directiva 2023/970).

Ciertamente, la discriminación directa oculta plantea importantes problemas de prueba en los trabajos con escasa participación femenina o masculina, pues la discriminación directa no se constata a partir de datos de afectación mayoritaria y en estas circunstancias puede resultar imposible encontrar en la misma empresa una persona trabajadora del otro sexo que se encuentre en una situación comparable y que haya recibido, por el mismo o por un trabajo de igual valor, una retribución más elevada. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, para determinar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, la comparación no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajan para un mismo empleador³ o en el mismo establecimiento de ese empresario⁴. Los trabajadores pueden encontrarse en una situación comparable incluso si no trabajan para el mismo empleador, siempre que las condiciones de retribución puedan atribuirse a una única fuente que las determine y que dichas condiciones sean iguales y comparables, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público⁵. Tal puede ser el caso cuando las condiciones de retribución pertinentes estén reguladas por disposiciones reglamentarias o convenios en materia de retribución aplicables a varios empleadores⁶, o cuando esas condiciones se establezcan de forma centralizada para más de una organización o empresa dentro de un holding o grupo de empresas⁷. Y así, el art. 157 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando se discute una reglamentación estatal, la aplicabilidad de dicha disposición, a una empresa no está subordinada al requisito de que el trabajador afectado pueda ser comparado a un trabajador de otro sexo empleado, en la actualidad o en el pasado, por el mismo empleador y que haya recibido, por un mis-

³ STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00).

⁴ STJCE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

⁵ SSTJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00), 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01) y 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

⁶ STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-320/2000)

⁷ Cfr. el Considerando 29 de la Directiva 2023/970.

mo trabajo o por un trabajo de igual valor, una retribución más elevada⁸. Sin embargo, cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única fuente, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato. Tal situación no se encuentra comprendida en el art. 157 del TFUE y el trabajo y la retribución de dichos trabajadores no pueden compararse entonces sobre la base de esta disposición⁹.

- 2.º) La evaluación de si los trabajadores se encuentran en una situación comparable «*no se limitará a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate*» (art. 19.2 Directiva 2023/970). Efectivamente, tal y como destaca la STJCE de 27 de marzo de 1980 (Asunto 129/79), el principio de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo «*no se limita a las situaciones en las que hombres y mujeres efectúan simultáneamente un mismo trabajo para el mismo empleador*». Antes al contrario, también «*se aplica en caso de que se demuestre que un trabajador femenino, habida cuenta de la naturaleza de sus servicios, ha percibido una retribución inferior a la que percibía un trabajador masculino, empleado con anterioridad al período de empleo de la operaria femenina, y que efectuaba el mismo trabajo para su empleador*».
- 3.º) Cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, se permitirá «*utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable*» (art. 19.3 Directiva 2023/970). De este modo, se incorpora en línea con el art. 2.1 de la Directiva 2006/54 el concepto de comparador hipotético que permite detectar la existencia de discriminación retributiva directa no sólo cuando la trabajadora hubiera sido retribuida de modo diferente respecto a un trabajador comparable sino meramente cuando pudiera ser retribuida de modo diferente, lo que tendría la virtualidad de facilitar la presentación de indicios para detectar las discriminaciones retributivas directas ocultas, si bien los tribunales por el momento no se han planteado la virtualidad de los comparadores¹⁰.

4.3. Acceso a las pruebas

Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos correspondientes a una reclamación de igualdad retributiva, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccio-

⁸ STJCE 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01).

⁹ SSTJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C 320/00) y 3 de junio de 2021 (Asunto C-624/19).

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.^a A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, págs. 19 y ss.

nales nacionales puedan «ordenar a la parte reclamada que exhiba cualquier prueba pertinente que obre en poder de la parte reclamada, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales» (art. 20.1 Directiva 2023/970). Los Estados miembros garantizarán que las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para «ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la reclamación de igualdad retributiva», y velarán porque cuando ordenen revelar esa información, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales «tengan a su disposición medidas eficaces para protegerla, de conformidad con las normas procesales nacionales» (art. 20.2 Directiva 2023/970).

5. La transposición en España de la Directiva (UE) 2023/970

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Debido a la persistencia de desigualdades salariales, en 2014 la Comisión Europea adoptó la Recomendación de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Esta Recomendación facilita orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución y en este contexto se aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Dicho real decreto-ley incorporó al ordenamiento jurídico español el principio de transparencia retributiva a través de los registros y las auditorías retributivos. Estos instrumentos están regulados en los arts. 28.2 y 3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y 46 de la LOI y en los RR.DD. 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres¹¹.

Pues bien, a partir de la confrontación de la regulación estatal con la Directiva 2023/970, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.º) El ordenamiento jurídico español no contempla ninguna medida legal en orden a garantizar la transparencia retributiva previa al empleo, por lo que el Estado español habrá de poner en vigor las disposiciones legales o reglamentarias necesarias para garantizar que los solicitantes de empleo reciban información sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial por

¹¹ Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Registros y auditorías salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, y toda la doctrina jurisprudencial y científica que se refleja en esta obra.

un medio que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, por ejemplo, en el anuncio de vacante que se publique, antes de la entrevista de trabajo, o por otro medio antes de la celebración del contrato de trabajo (art. 5.1 Directiva 2023/970).

- 2.º) En cuanto a las obligaciones informativas del empresario en relación con el trabajador individual vinculadas a la formalización del contrato de trabajo, el art. 8.2 del ET se limita a señalar que cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre «*la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago*» [letra e)] y «*el convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación*» [letra i)], siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito, si bien la información sobre los aspectos salariales señalados «*podrá derivarse de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente*» (art. 8.2 del ET). Por consiguiente, el Estado español también habrá de poner en vigor las disposiciones legales o reglamentarias necesarias para obligar a los empleadores a poner a disposición de los trabajadores los criterios que se utilizan para determinar su retribución, los niveles retributivos y la progresión retributiva, aunque podrá eximir a las empresas con una plantilla de menos de 50 trabajadores de la obligación relativa a la progresión salarial, por ejemplo, permitiéndoles que pongan los criterios de progresión salarial a disposición de los trabajadores previa petición (art. 6 Directiva 2023/970).
- 3.º) De conformidad con los arts. 28.2 del ET y 5.3 del RD 902/2020, las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de sus representantes legales en la empresa, al contenido íntegro del registro salarial de su empresa (valores medios retributivos de hombres y mujeres de cada puesto de trabajo de trabajo, categoría profesional/nivel retributivo o grupo profesional desagregados en atención a la naturaleza de las diferentes partidas retributivas, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa y la justificación de las diferencias salariales del 25 % o más en el promedio de las retribuciones satisfechas a hombres y mujeres). De este modo, la legislación española mejora lo establecido en el art. 7.1 de la Directiva 2023/970 que se refiere a los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Ciertamente, si los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran obligados a proceder a una valoración y a una comparación del conjunto de las gratificaciones de distinto carácter concedidas, según los casos, a los trabajadores masculinos o femeninos, el

control jurisdiccional sería más difícil de realizar y la eficacia del art. 157 del TFUE se vería disminuida en la misma medida. De ello se sigue que una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, sólo se garantiza si el principio de igualdad de retribución se aplica a cada uno de los elementos de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos¹². En cambio, el art. 5.3 del RD 902/2020 empeora la regulación comunitaria en relación con las personas trabajadoras que no cuentan con representantes legales en la empresa, ya que su derecho a la información se limita a «*las diferencias porcentuales*» que existan en las retribuciones promediadas de los hombres y mujeres, se sobreentiende que de su mismo puesto de trabajo, categoría profesional/nivel retributivo o grupo profesional o de trabajos de igual valor al suyo, debidamente desagregadas en atención a la naturaleza de las retribuciones. Por otra parte, el ordenamiento jurídico español tendrá que poner a disposición de los trabajadores un procedimiento que les facilite el ejercicio de su derecho a solicitar y recibir la información en los términos previstos en el art. 7 de la Directiva 2023/970.

- 4.º) El Estado español también deberá garantizar que las personas con discapacidad tengan un acceso adecuado a la información facilitada en virtud de la presente Directiva a los solicitantes de empleo y a los trabajadores.
- 5.º) En España, todas las empresas, con independencia de su tamaño, están obligadas a confeccionar todos los años un registro retributivo, al que tienen acceso los representantes de los trabajadores, que refleje (arts. 28.2 ET y 5.1 RD 902/2020): a) Los valores medios de las retribuciones (la media aritmética y la mediana). b) De modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial. c) Desglosados en función de la clasificación profesional o de cualquier otro sistema de fijación de salarios aplicable en la empresa. d) Desagregados por sexos. De este modo, la regulación española contiene disposiciones más favorables para los trabajadores y sus respectivos representantes que la directiva. En primer lugar, porque extiende la obligación de transparencia retributiva a todas las empresas con una periodicidad anual, con independencia de su tamaño, cuando la Directiva se refiere a las empresas con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores y con una periodicidad trianual o anual, según se trate de empresas con una plantilla inferior o igual o superior a 250 trabajadores, respectivamente. En segundo lugar, la norma española se refiere a los valores medios de las retribuciones (las medias aritméticas y las medianas) de cada grupo profesional y, dentro de cada grupo, de cada categoría profesional o nivel retributivo, y no a la «*brecha retributiva de género*» de cada categoría de trabajadores, esto es, la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres de la misma ca-

¹² SSTJCE de 17 de mayo de 1990 (TJCE/158), 30 de marzo de 2000 (Asunto C-236/98) y 26 de junio de 2001 (Asunto C-381/99).

tegoría que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores del género masculino –que es un medidor de la discriminación salarial entre mujeres y hombres más impreciso–. En tercer lugar, en España el registro debe reflejar los valores medios de modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial, mientras que la directiva sólo exige el desglose de las brechas retributivas de género de cada categoría por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables. En cuarto lugar, el registro de las empresas con más de 50 trabajadores deberá reflejar, además, los valores medios de las retribuciones de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, desglosados por sexo y desagregados de modo diferenciado para cada percepción salarial y extrasalarial, así como la justificación de las diferencias salariales entre hombres y mujeres iguales o superiores al 25 % (art. 6 RD 902/2020).

Asimismo, de acuerdo con los arts. 45.2 y 46.2.e) de la LOI y 7.1 del RD 902/2020, la auditoría salarial conjunta resulta obligatoria para las empresas con más de 50 trabajadores en cualquier circunstancia (art. 45.2 LOI), cuando la Directiva sólo la exige en las empresas de 100 trabajadores y siempre y cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores; que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género; y que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

Y, en fin, las empresas de 50 o más trabajadores, como parte del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, deben evaluar todos los puestos de trabajo de su empresa con perspectiva de género conforme a lo establecido en el art. 4 del RD 902/2020, tanto con relación al sistema retributivo como con relación al sistema de promoción [art. 8.1.a).1º RD 902/2020]. A tales efectos, el Estado español facilita a las empresas una herramienta informática que incorpora un modelo «voluntario» de procedimiento de valoración de puestos de trabajo (art. 1.2 Orden PCM/1047/2022), que posibilita que cada empresa pueda evaluar de forma efectiva el valor que realmente aporta cada puesto de trabajo al conjunto de la organización. Y así, la herramienta debe servir para identificar y corregir las diferencias retributivas que pudieran existir en la empresa entre los trabajos de igual valor y corregir la política de personal y retributiva de la empresa.

6.º) El ordenamiento jurídico español obliga, como parte del diagnóstico, a:

- a) Llevar en todas las empresas un registro anual con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profe-

sionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, teniendo las personas trabajadoras *«el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa»* (arts. 28.2 ET y 5.1 del RD 902/2020).

- b) Confeccionar en las empresas con al menos 50 empleados la auditoria retributiva [arts. 46.2.e) LOI y 7.1 RD 902/2020]. El diagnóstico de la situación retributiva en la empresa requiere [art. 8.1.a) RD 902/2020]:
1.º La evaluación de los puestos de trabajo con perspectiva de género, pudiendo utilizarse a tales efectos la herramienta de valoración de los puestos de trabajo y de igualdad retributiva elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad (art. 1.2 Orden PCM/1047/2022).
2.º) La identificación de otros factores desencadenantes de las diferencias retributivas.

Sin embargo, salvo el art. 28.2 del ET, que sí rige para el personal laboral de las Administraciones Públicas, ni el art. 46.2.e) de la LOI ni los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 resultan de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas. Como puede observarse, el marco normativo que se impone en esta materia es mucho más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas, cuando aquellas deberían dar ejemplo.

En principio, existen razones que pueden explicar esa diferencia, a saber:

- a) La cuantía de las retribuciones básicas y complementarias (complemento de destino y específico) de los funcionarios debe fijarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que no deberían existir diferencias retributivas basadas en el género.
- b) El personal laboral, a diferencia de los trabajadores del sector privado, tiene siempre respecto de la Administración Pública los derechos y obligaciones establecidos en las normas legales y convencionales, no entrando en juego ni la autonomía colectiva de efectos personales limitados ni la autonomía individual. Lo que resulta explicable en atención a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación que rigen para las Administraciones Públicas en cuanto empleadoras y que les impiden el establecimiento selectivo de las condiciones de trabajo por encima de las previsiones legales o convencionales, a diferencia de los empleadores privados. Ciertamente, como ha declarado el Tribunal Constitucional, el art. 14 de la Constitución Española *«no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales»*, de suerte que la diferencia salarial que no tenga un significado discriminatorio,

por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución Española o el Estatuto de los Trabajadores, «no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad»¹³. Mas cuando el empresario «es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)» y, como poder público que es, «está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales»¹⁴.

Con todo, las discriminaciones por razón de sexo en materia retributiva son factibles en relación tanto con el personal funcionario como laboral. En efecto, el complemento de destino a percibir por cada funcionario depende del nivel asignado a su puesto de trabajo y del desarrollo de su carrera vertical, por lo que sí pueden producirse discriminaciones injustificadas por razón de sexo. Y lo mismo cabe decir en relación con el complemento específico, ya que su puesta en marcha requiere de dos procesos concurrentes (la determinación de los puestos a que se asigna y la fijación de su cuantía) y, además, las normas presupuestarias vienen limitándose a establecer la cantidad global destinada a la asignación de este complemento. Y, en fin, en el resto de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos también pueden producirse discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres (complementos de productividad, gratificaciones por servicios extraordinarios y complementos de carrera profesional horizontal), ya que su asignación se realiza de forma individualizada y no de forma general para categorías, cuerpos o grupos. Y, en fin, la experiencia práctica suele mostrar la existencia de diferencias salariales entre los trabajadores y trabajadoras al servicio de las Administraciones Públicas.

Por ello, y a fin de detectar las posibles discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres, es necesario que las Administraciones Públicas informen sobre las retribuciones promediadas de su personal funcionario (a) y laboral (b).

- a) Los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a las «retribuciones promediadas de su personal» (art. 63 LOI). Por consiguiente, se debe llevar un registro con los valores medios de las retribuciones básicas y complementarias, desagregadas por sexos y distribuidas por subgrupos o grupos de clasificación profesional, cuerpos o escalas, niveles, categorías o escalones y cualquier otra circunstancia que pueda incidir en la cuantía de las retribuciones de los funcionarios públicos. Aunque la aplicación directa del art. 63 de la LOI se limita a la Administración General

¹³ SSTC 34/1984, de 9 de marzo; y 2/1998, de 12 de enero.

¹⁴ SSTC 161/1991, de 18 de julio; 2/1998, de 12 de enero; y 34/2004, de 8 marzo.

del Estado y los organismos públicos o dependientes de ella, resulta aplicable de forma subsidiaria al resto de las Administraciones Públicas

- b) Las Administraciones Públicas deben llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla laboral, desagregados por sexos y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, y los trabajadores tienen «*el derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*» (art. 28.2 ET). Cuando en una Administración Pública con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25 % o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, la Administración deberá incluir en el registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras (art. 28.3 ET). Estas obligaciones, al estar previstas en el art. 28 del ET, resultan aplicables en relación con el personal laboral de las Administraciones Públicas, tal y como prescribe el art. 7 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). No obstante ello, según la DA 4.^a del RD 902/2020, «*al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica*». De este modo, el RD 902/2020 precisa de un ulterior desarrollo y articulación en relación con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y mientras dicho desarrollo no se produzca no resulta de aplicación directa en el ámbito del empleo público laboral.

La normativa estatal expresamente no obliga a las Administraciones Públicas a realizar una valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Excepcionalmente, algunas leyes autonómicas para la promoción de la igualdad de género, a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución de mujeres y hombres, obligan a la Administración de la Comunidad Autónoma a realizar una valoración técnica de las plazas de personal funcionario o de los puestos cubiertos por personal laboral en todos los cuerpos, escalas, grupos, niveles y categorías, considerando en la misma el efectivo desempeño de cada puesto e incorporando la perspectiva de género, que será revisada periódicamente o cada cuatro años¹⁵. No obstante, en la Comunidad Autónoma de Galicia dicha valoración técnica sólo se impone cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, 20 puntos entre el número de mujeres y el número de hombres o cuando, por las circunstancias concurrentes, se

¹⁵ Cfr. los arts. 68 de la Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en Cantabria, y 16.5 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres en Cataluña.

aprecie una apariencia de discriminación por razón de sexo¹⁶. En cualquier caso, es evidente que, si se constata la segregación horizontal o vertical de las mujeres o una brecha salarial de género superior al 25 %, que carece de una justificación objetiva y razonable, en la Administración Pública de que se trate, está tendrá que realizar la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género.

En fin, aunque la regulación española que se contiene en la LOI, el art. 28 del ET y los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 en líneas generales se ajusta a las exigencias que marca la nueva Directiva 2023/970, no puede decirse lo mismo en relación con la normativa aplicable en las Administraciones Públicas.

- 7.º) De conformidad con el art. 9.6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del art. 2.1, entre las que figura el sexo. De este modo, el Estado español tiene que desarrollar el procedimiento para que las empresas con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores informen sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras al organismo que designe para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 2023/970 en los términos previstos en el art. 9 de la misma.
- 8.º) Las obligaciones de transparencia retributiva pueden llegar a suponer una intromisión en los derechos de las personas trabajadoras al respeto de la vida privada y a la protección de los datos de carácter personal. Por ello, en nuestro país se tendrán que adoptar las disposiciones legales necesarias para garantizar la protección de dichos derechos en línea con las previsiones del art. 12 de la Directiva. También habrá que transponer los arts. 18, 19 y 20 de la Directiva 2023/970 referentes a la inversión de la carga de la prueba, la prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor y al acceso a las pruebas.

6. Conclusiones

En líneas generales y salvo en algunos aspectos puntuales, la LOI, el art. 28 del ET y los RR.DD. 901/2020 y 902/2020 contienen disposiciones que son más favorables para los trabajadores que las establecidas en la Directiva 2023/970. En cambio, no puede decirse lo mismo en relación con la normativa aplicable en las Administraciones Públicas. Ciertamente, el marco normativo que se impone en materia de igualdad es mucho

¹⁶ Cfr. el art. 52 del Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad.

más liviano para las Administraciones Públicas que para las empresas, cuando aquellas deberían dar ejemplo.

En contrapartida, el ordenamiento jurídico español puede resultar excesivamente gravoso para las empresas de pequeña y mediana dimensión. Al aplicar la presente Directiva 2023/970, los Estados miembros deben evitar la imposición de trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de microempresas y de pequeñas y medianas empresas, por lo que deben evaluar las repercusiones de sus medidas de transposición, con el fin de asegurarse de que esas empresas no se vean desproporcionadamente afectadas (Considerando 65 Directiva 2023/970).

A tales efectos, la propia Directiva apunta dos medidas complementarias, que habría que desarrollar en nuestro país, a saber:

Por un lado, para reducir la carga que estas medidas imponen a los empleadores, los Estados miembros pueden recopilar e interconectar los datos necesarios a través de sus Administraciones nacionales, de modo que se pueda hacer un cómputo de la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores por empleadores (art. 9.8 Directiva 2023/970). Tal recopilación de datos podría requerir la interconexión de los datos de diversos organismos de las Administraciones públicas, como las inspecciones fiscales y las oficinas de la seguridad social, y sería posible si se dispusiera de datos administrativos que relacionaran los datos de los empleadores a nivel de la empresa u organización con los datos de los trabajadores a nivel individual, incluidas las prestaciones en efectivo y en especie (Considerando 40 Directiva 2023/970). Los Estados miembros pueden recopilar dicha información no solo para los empleadores que estén sujetos a la obligación de presentación de información sobre las retribuciones en virtud de la presente Directiva, sino también para los empleadores que no estén sujetos a tal obligación y presenten la información de forma voluntaria. La publicación, por parte de los Estados miembros, de la información requerida debe sustituir a la obligación de información sobre las retribuciones en el caso de los empleadores cubiertos por los datos de la Administración, siempre que se logre el resultado previsto por la obligación de información.

Por otro lado, los Estados miembros prestarán apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores y a los representantes de los trabajadores de que se trate, a fin de facilitarles el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva (art. 11 Directiva 2023/970).

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

El concepto de “tiempo de trabajo” ante el nuevo paradigma laboral. Desplazamientos, tiempos de presencia y guardias de disponibilidad y localización*

The concept of “working time” in the new labor paradigm.
Travels, presence times and location and availability
standby duties

Miguel Basterra Hernández

Profesor Titular de Universidad

Derecho del Trabajo y de la S.S. Universidad de Alicante

ORCID ID: 0000-0003-0016-5895

doi: 10.20318/labos.2023.8254

Resumen: La normativa de referencia (tanto comunitaria como interna) parte de una delimitación dicotómica, excluyente y restrictiva del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, que pone el foco en la presencia física del trabajador en su puesto de acuerdo con los cánones clásicos del sector industrial típico o tradicional. Sin embargo, la revolución tecnológica y digital ha provocado un desbordamiento de esas coordenadas clásicas y la consiguiente necesidad de que los tribunales reinterpreten, en este nuevo paradigma, toda una serie de categorías que se sitúan en esa “zona gris” entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; todo lo cual se estudia y valora desde una óptica crítica en las siguientes páginas.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, tiempo, guardia, disponibilidad, localización, presencia.

Abstract: The reference regulation is based on a dichotomous, exclusive and restrictive delimitation of working time and rest time, which focuses on the physical presence of the worker at his or her workplace in accordance with the classic canons of the typical or traditional industrial sector. However, the technological and digital revolution has led to an overflow of these classic coordinates and the consequent need for the courts to reinterpret, in this new paradigm, a whole series of categories that are located in that “grey area” between working time and rest time; all of which is studied and assessed from a critical perspective in the following pages.

Keywords: Working time, stand-by, availability, location, presence.

*Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “La negociación colectiva como acelerador de la transición digital” (TED2021-130070B-I00) en el marco de la Convocatoria del Ministerio de Ciencia e Innovación 2021 de ayudas a “Proyectos Estratégicos Orientados a la Transición Ecológica y a la Transición Digital” en el seno del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

1. Introducción

Como se sabe, el tiempo de trabajo se sitúa en el núcleo mismo de la relación laboral, pues el objeto del contrato de trabajo no es otro que la *venta* (si así puede decirse) del trabajador al empresario de un determinado número de horas de servicio a cambio de un salario. Pero el legislador laboral, desde los albores mismos de esta rama del Derecho como disciplina autónoma, se ha preocupado por delimitar los contornos cronológicos de dicha prestación de servicios a través de la regulación de la jornada de trabajo; y, asimismo, en paralelo, ha *blindado* toda una serie de espacios temporales frente a los designios productivos del empresario, a través de los tiempos de descanso. Así, de algún modo, sería posible llegar a calificar jurídicamente todos y cada uno de los momentos de la vida del trabajador en función de qué relación guardasen con sus obligaciones laborales: cabría distinguir, en primer lugar, situaciones en las que, en virtud del contrato de trabajo, el tiempo del trabajador esté a disposición de los intereses productivos del empresario; otras en las que su tiempo sea absolutamente indisponible para el empresario, pues se encuentre fuertemente sellado frente a la prestación de servicios; y, finalmente, podría apreciarse un tercer conjunto de escenarios en los que el tiempo del trabajador se encontrase, de algún modo, vinculado a la actividad profesional, pero no de forma efectiva, sino solo accesoria o potencial.

Sobre este terreno, la Directiva 2003/88/CE¹ proyecta a través de su art. 2 una delimitación dicotómica entre el *tiempo de trabajo* y el *período de descanso*. Por un lado, define como tiempo de trabajo *todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*; mientras que califica como período de descanso *todo período que no sea tiempo de trabajo*. De este modo, la Directiva desarrolla dos conceptos que se definen y delimitan mutuamente, por exclusión. Y resulta necesario subrayar, ya de entrada, que, como ha tenido ocasión de destacar el TJUE en prácticamente todas y cada una de las ocasiones en que se ha pronunciado sobre estas cuestiones, la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y la garantía de una serie de períodos de descanso enraíza con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; lo que eleva su consideración hasta el punto de constituir un derecho fundamental de la UE y representar uno de los objetivos básicos de la política social europea (arts. 31 de la CDFUE y 151.1 a) del TFUE).

Y, por su parte, nuestro legislador interno también aspira a trazar una línea fronteira nítida para delimitar este terreno, al determinar en el art. 34.5 del ET que *el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*. Como puede apreciarse, la fórmula legislativa empleada parte de la premisa de un trabajo presencial y desarrollado en un contexto organizativo y productivo *clásico*, al poner el foco en la presencia física del trabajador en

¹ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

su puesto de trabajo, de acuerdo con los cánones del sector industrial típico o tradicional; pero no toma en consideración las condiciones y circunstancias de muchos trabajos de la era digital, en los que a través de medios informáticos el trabajador se conecta y desconecta de su *lugar virtual* de trabajo recurrentemente y con absoluta inmediatez². Y esa facilidad y celeridad con las que –gracias al marco laboral resultante de la digitalización– *el tiempo de trabajo* puede penetrar ahora en la esfera personal del trabajador constituyen un factor específico de agravamiento de la problemática delimitación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

Así pues, se evidencia que, pese a su objetivo clarificador, tanto el legislador comunitario como el interno incurren en un exceso de síntesis que lleva a que toda esta normativa resulte abiertamente deficitaria a la hora de regular la realidad material que hoy ordena, demasiado compleja y matizable como para simplificarla en tales términos, dicotómicos y excluyentes entre sí. Porque, en efecto, estos mimbres legislativos se han visto paulatinamente desbordados ante la compleja y creciente problemática que rodea a toda una serie de situaciones limítrofes que se ubican en una difusa gama de grises entre el *tiempo de trabajo* y el *tiempo de descanso*.³ Y a toda esa problemática, en realidad ya *clásica*, se añaden ahora los interrogantes que plantean las nuevas formas de trabajo resultantes de la revolución digital; muy en especial el teletrabajo o –aún más– el trabajo en plataformas digitales, donde la difuminación del elemento locativo –muchas veces solo un “espacio” virtual– y la volatilidad del *tiempo de trabajo* dificultan hasta el extremo su identificación⁴.

En efecto, el desarrollo tecnológico, la robotización de multitud de procesos, la implantación de las TIC, la entrada algoritmos informáticos en la organización productiva y la proliferación de nuevas fórmulas de prestación de servicios –entre las que destacarían el teletrabajo o el trabajo en plataformas digitales– han provocado en estos últimos años un notable incremento de las dudas y dificultades interpretativas y aplicativas que brotan entre los lindes del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; toda vez que esas “jornadas de trabajo líquidas” dan lugar a incesantes filtraciones de la vida profesional en el espacio y el tiempo personal⁵. Tal y como señalan estudios de la propia

² MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, en *REDT*, nº 250/2022, edición digital.

³ Algo que, en efecto, ha recibido severas críticas doctrinales, que, entre otras cuestiones, abogan por que la propia Directiva hubiese configurado (o configurase ahora a partir de una reforma) un *tertium genus* entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso: MONTOYA MEDINA, D.: “Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 1/2021, pág. 171 y pág. 172; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE”, en *Temas Laborales*, nº 158/2021, pág. 303; ORTEGA LOZANO, P.G.: “El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como trabajo efectivo por la jurisprudencia”, en A.A.V.V. *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. Santiago González Ortega, Junta de Andalucía, 2020, pág. 188.

⁴ SOLER AREOLA, J.A.: “Tiempo de disponibilidad en plataformas digitales”, en *Trabajo y Derecho*, nº 102/2023, *passim*. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, en *Temas Laborales*, nº 146/2019, págs. 140 y 143.

⁵ En este sentido: MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias...”, *op. Cit.*, edición digital.

OIT⁶, estos nuevos modelos de prestación de servicios no solo generan un riesgo específico de prolongación de la jornada laboral en términos cuantitativos, sino también, y muy marcadamente, una sensación de disponibilidad constante frente al empleador y una *difuminación* de las fronteras entre el tiempo de trabajo y la vida personal; con los riesgos psicosociales que todo ello lleva asociados.

Pero, además de todos estos factores provenientes de la esfera tecnológica, organizativa y productiva, la disquisición entre *tiempo de trabajo* y *tiempo de descanso* se ha visto también dificultada por la toma en consideración, a la luz de los avances sociales, de toda una serie de elementos y valores de índole sociopolítica que en los albores de la disciplina *iuslaboralista* carecían de la relevancia que hoy se les reconoce: la salud laboral, la seguridad en el trabajo o la conciliación de la vida laboral y personal⁷; amén de la *soberanía del tiempo* (sobre la que más adelante se volverá).

Y, así, la jurisprudencia –comunitaria e interna– se ha visto obligada a reinterpretar, a la luz de este nuevo paradigma laboral, la delimitación conceptual de una serie de categorías jurídicas propias, que trascienden las nociones estrictas y reduccionistas de tiempo de trabajo y tiempo de descanso; entre las que destacan las actividades *ex ante* y *ex post* –inmediatamente anteriores y posteriores a la propia prestación de servicios–, las guardias de presencia física, las guardias de localización y disponibilidad y los tiempos de presencia⁸.

Pues bien, el objetivo declarado de este trabajo no es otro que el de examinar y tratar de clarificar los contornos jurídicos que delimitan todas estas figuras, con especial atención a los planteamientos y construcciones jurisprudenciales al respecto, al tiempo que se participa en el debate doctrinal que se cierne sobre los puntos más espinosos de este terreno.

2. La noción teórico-legal de tiempo de trabajo efectivo

La clave de bóveda sobre la que se asienta todo el entramado de categorías conceptuales que confluyen alrededor de la jornada de trabajo es la noción de *tiempo de trabajo efectivo*. Pues, en efecto, cuando el art. 34 de nuestro ET fija la duración máxima de la jornada de trabajo –esto es, del tiempo durante el cual el trabajador prestará sus servicios–, lo hace con relación a horas de *trabajo efectivo*; de modo que solo aquél tramo temporal que tenga tal consideración se computará dentro de los límites máximos previstos para la jornada de trabajo; mientras que quedarían excluidos de dichos límites máximos todos aquéllos otros espacios temporales que, pese a guardar una relación más o menos directa con el trabajo, no mereciesen la consideración de *tiempo de trabajo efectivo*. Y, a tal efecto, el art. 34.5 del ET establece que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto

⁶ MESSENGER, J.; VARGAS, O.; GSCHWIND, L.; BOEHMER, S.; VERMEYLEN, G.; WILKENS, M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxembourg (Eurofound, ILO), 2017, pág. 28.

⁷ GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA, F.X.: “Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad”, en *RTSS-CEF*, nº 460/2021, págs. 207 y 209.

⁸ Instituciones sobre las que ya reflexionaba, en su momento, en BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo; por lo que el inicio del cómputo de la jornada no comenzará hasta que el trabajador esté ya en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre empeñado en la prestación de sus servicios.

Pero, para completar el perfil conceptual del tiempo de trabajo efectivo, se hace imprescindible acudir a las definiciones de la Directiva 2003/88/CE, que construye la noción de *tiempo de trabajo* (entendido como *efectivo* por cuanto aquí interesa) sobre la concurrencia de tres elementos: permanencia física en el lugar de trabajo, disponibilidad frente al poder de dirección del empresario y ejercicio activo de las propias funciones.⁹ De este modo, serán horas de trabajo efectivo todas aquéllas en las que el trabajador, además de encontrarse en su puesto de trabajo, se halle a disposición del empleador y ejerciendo las funciones acordadas en su contrato de trabajo. No obstante, es oportuno recordar, ya de entrada, que las funciones y obligaciones propias de un buen número de trabajos implican que durante la propia prestación de servicios habrá determinados momentos en que los trabajadores no hagan otra cosa que estar presentes y pendientes, vigilar, custodiar o esperar; por lo que, pese a que el trabajo no produzca resultados materiales inmediatamente evaluables, tales actividades constituyen tiempo de trabajo efectivo. Conocidos ejemplos de ello son los casos de los dependientes, los bomberos o –en ciertas ocasiones– los músicos¹⁰.

Así pues, la lectura conjunta de las disposiciones del ET y la Directiva 2003/88/CE a este respecto permitiría concluir que únicamente deben computarse dentro de los límites máximos que jalonan la jornada de trabajo las horas o el *tiempo de trabajo efectivo*; y que, en este sentido, se considera *tiempo de trabajo efectivo* aquel durante el que el trabajador permanezca físicamente en el lugar de trabajo, disponible frente al poder de dirección del empresario y en ejercicio activo de sus funciones; de modo tal que el inicio del cómputo de su jornada no comenzará hasta que se encuentre ya en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre empeñado en la prestación de sus servicios. A este respecto cabe apuntar que, a mi juicio, el análisis omnicompreensivo de todas estas disposiciones arroja la conclusión de que los arts. 34.1 y 34.5 del ET resultan perfectamente adecuados y conformes a las previsiones del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE; cuestión en absoluto baladí, toda vez que la Corte de Luxemburgo ha sentenciado que los conceptos de *tiempo de trabajo* y *períodos de descanso* de la Directiva constituyen conceptos autónomos del Derecho comunitario, que deben ser aplicados con absoluta uniformidad por los Estados miembros¹¹.

Pero la cuestión es que, como ya se ha apuntado y se desarrollará en los sucesivos epígrafes de este trabajo, estas construcciones teórico-legislativas en torno al *tiempo de*

⁹ Art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE: *tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.*

¹⁰ IGLESIAS CABERO, M.: “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991, pág. 292.

¹¹ SSTJCE de 09/09/2003 (C-151/02, *Norbert Jaeger*) y de 01/12/2005 (C-14/04, *Abdelkader Dellas*).

trabajo efectivo se ven, en la práctica, ampliamente desbordadas por la compleja y profusa problemática que presentan toda una serie de situaciones limítrofes o difusas, que se sitúan en ese terreno nebuloso y resbaladizo que rodea los lindes del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; lo que ha exigido y exige a la doctrina científica y los tribunales una tarea quirúrgica –y en ocasiones no exenta de buenas dosis de creatividad– para tratar de desbrozar las importantes dudas que aquí brotan. Y al respecto, cabe destacar, ya de entrada, que el TJUE ha aplicado sobre estos tres elementos que conforman la noción de *tiempo de trabajo* un criterio garantista y protector, tendente a ensanchar su ámbito aplicativo; tal y como habrá ocasión de comprobar al hilo de las sentencias analizadas en cada uno de los epígrafes de este trabajo.

3. Las actividades *ex ante* y *ex post*

La primera sombra de duda podría cernerse sobre las actividades *ex ante* y *ex post*, referidas a aquellas acciones que lleva a cabo el trabajador inmediatamente antes e inmediatamente después de su prestación de servicios, estrechamente relacionadas con dicha prestación, pero independientes al desempeño de sus funciones contractuales en sentido estricto. Son ejemplos típicos el tiempo dedicado a los desplazamientos hasta y desde el lugar de trabajo, el cambio de ropa o el tiempo invertido en el aseo personal.

Pues bien, de acuerdo con el perfil conceptual de *tiempo de trabajo efectivo* trazado en el epígrafe anterior, resulta evidente y pacífico que estas actividades *ex ante* y *ex post* quedarían, en principio y con carácter general, excluidas del cómputo de la jornada¹². Y es que, si bien se mira, esas tareas inmediatamente anteriores o posteriores a la propia prestación de servicios, incluso a pesar de su estrecha conexión lógico-causal con la misma, no cumplen de forma acumulativa los requisitos definitorios establecidos en el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE. Porque, en muchas ocasiones, dichas actividades *ex ante* y *ex post* se desarrollarán fuera del puesto de trabajo; pero, sobre todo, en ninguno de estos casos podría afirmarse que el trabajador se encuentra a disposición del poder de dirección del empresario o en ejercicio activo y efectivo de sus funciones laborales.

Ahora bien, el hecho de que el desarrollo de estas actividades quede fuera del cómputo de la jornada no significa, en absoluto, que dichos periodos no se puedan remunerar; sino, simplemente, que no se integrarían dentro de los parámetros de la jornada máxima y que, por ello, la Ley no obliga a remunerarlos.¹³ Pero resulta perfectamente aceptable que,

¹² ROQUETA BUJ, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pág. 80.

¹³ En este sentido: CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L.; FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela (CGRL), 2004, pág. 78. A este respecto, debe tomarse en consideración, a mi juicio, que aunque el TS [por todas, véase STS de 04/10/2012 (Rec. 3402/2011)] ha llegado a considerar como tiempo de trabajo el empleado por el trabajador en el vestuario, hace tal consideración “...en atención a ciertas circunstancias relevantes...” y a los solos efectos de dar cabida a la presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos durante el tiempo y el lugar de trabajo contenida en el art. 115.3 LGSS [en la versión vigente de la LGSS, art. 156.3]; pues la cuestión a

ya sea mediante la negociación colectiva o la autonomía individual, se acuerde expresamente la retribución de estas actividades *ex ante* y *ex post*.¹⁴ Es más, a mi juicio, resultaría incluso posible su inclusión dentro de la categoría de *tiempo de trabajo efectivo*; habida cuenta de la naturaleza de derecho necesario relativo del art. 34.5 del ET.¹⁵

La cuestión es que, incluso más allá de que, bien vía convenio colectivo, o bien en el propio contrato individual, pudiese llegar a pactarse libremente la retribución o hasta el cómputo dentro de la jornada de trabajo de estas actividades *ex ante* y *ex post*, en ciertos casos muy particulares es directamente la propia Ley la que califica este tipo de situaciones o actuaciones como *tiempo de trabajo efectivo*. En este sentido, son especialmente significativas algunas disposiciones reglamentarias que conceptualizan como tiempo de trabajo efectivo ciertas interrupciones en la jornada. Así lo contemplan, por ejemplo, los RRDD 664/1997 y 665/1997, que prevén que los trabajadores expuestos a agentes biológicos o cancerígenos dispondrán, dentro de su jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo.

Y, más allá de la normativa, en ciertas ocasiones, son ya los propios tribunales los que califican este tipo de actividades como tiempo de trabajo efectivo. Ese sería el caso, por ejemplo, del tiempo empleado por los vigilantes de seguridad para recoger y depositar el arma reglamentaria del armero antes y después de la jornada habitual, así como el tiempo dedicado a tomarse medidas y recoger los nuevos uniformes en los establecimientos designados; lapsos temporales que la jurisprudencia¹⁶ ha considerado tiempo de trabajo efectivo bajo la consideración de que tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio. Otro ejemplo, en este mismo sentido, sería el tiempo invertido (alrededor de 15 minutos) por los enfermeros para transmitir la información médico/sanitaria sobre los pacientes antes y después de su turno –SSTS de 20/06/2017 (Rec. 170/2016) y de 10/10/2018 (Rec. 145/2017)–. Además, dentro ya de la categoría del tiempo de trabajo efectivo, el TS entiende en estos pronunciamientos que tales intervalos temporales merecen la consideración de horas extraordinarias, bajo el entendimiento

dilucidar en tales casos es únicamente el carácter laboral del accidente; pero, en ningún caso, la calificación como trabajo efectivo del tiempo transcurrido en el vestuario, a efectos de su cómputo en los máximos relativos a la jornada de trabajo. Así, “...la doctrina del TS de aplicar estrictamente el artículo 34.5 para determinar lo que debe entenderse por tiempo de trabajo debe ser matizada, permitiendo hacer jugar la presunción de laboralidad del accidente establecida en la LGSS.” Además, incluso los efectos exclusivamente referidos a la “laboralidad” del accidente, por mor de la presunción contenida en el art. 156.3 de la LGSS, han sido, por su parte, objeto de fervientes críticas doctrinales: VALDÉS ALONSO, A.: “La conflictiva valoración del tiempo de trabajo en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la STS de 4 de octubre de 2012)”, en *Relaciones Laborales*, nº 12/2014, edición digital.

¹⁴ En este sentido, véase, por ejemplo, la STS 12/12/1994 (Rec.1320/1994): “...sin perjuicio de que las normas sectoriales y convenios colectivos, puedan dictar normas más favorables para los trabajadores retribuyendo en alguna forma el tiempo de desplazamiento...”

¹⁵ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. cit.*, pág. 80.

¹⁶ SSTS de 18/09/2000 (Rec. 1696/1999) y 24/09/2009 (Rec. 2033/2008).

de que son horas extraordinarias no sólo las que sobrepasen la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales en cómputo anual, sino también aquéllas que rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo o contrato de trabajo. Pues “así resulta de los distintos criterios o cánones de interpretación; y así lo viene entendiendo también la doctrina científica, y es también la tónica en Derecho comparado”.¹⁷

En este plano, destaca por su relevancia práctica y dogmática la STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-226/14, *Tyco*), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por nuestra Audiencia Nacional. El supuesto de hecho era el de los instaladores de alarmas de la empresa Tyco, que, a efectos materiales y operativos, carecían de un centro de trabajo fijo y habitual, ya que cada día recibían a través del teléfono móvil la hoja de ruta con todos los servicios a clientes que debían llevar a cabo dentro de su zona de intervención, a los que se desplazaban directamente desde su domicilio personal, que era donde aparcaban el vehículo de la empresa y guardaban todo el equipo de trabajo. Y el litigio surgía porque, en principio, la empresa calculaba la duración de la jornada diaria de estos trabajadores contabilizando, exclusivamente, el tiempo transcurrido entre la hora de llegada al lugar en que debían realizar la primera intervención del día y la hora en la que terminaban con la última. No obstante, la Corte de Luxemburgo vino a dictaminar que el primer desplazamiento del día –desde el domicilio personal del trabajador hasta la localización del primer cliente del día–, así como el último –la vuelta a su domicilio personal desde la localización del último cliente del día–, constituían tiempo de trabajo efectivo; dado que a su entender (a mi juicio acertado) se cumplían todos los requisitos definitorios del art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE. Así, la precitada STJUE consideró que durante los desplazamientos iniciales y finales del día estos trabajadores *permanecían en su puesto de trabajo* (pues se hallaban en el lugar indicado por la empresa para prestar sus servicios), se encontraban *a disposición del empresario* (durante los desplazamientos domicilio-cliente y cliente-domicilio los trabajadores de Tyco estaban sometidos a las instrucciones de su empresario por medios telemáticos) y se actuaban *en ejercicio de sus propias funciones* (afirma el TJUE que dichos desplazamientos constituyen el instrumento necesario para ejecutar las prestaciones técnicas ordenadas por la empresa, son con sustanciales a la actividad empresarial desarrollada, que solo puede llevarse a cabo en el domicilio de los clientes).

Y, por su parte, nuestro Alto Tribunal ha acogido debidamente esta interpretación del TJUE en sus SSTs de 07/07/2020 (Rec. 208/2018) y de 09/06/2021 (Rec. 27/2020). Estos casos, sustancialmente análogos al de la Sentencia *Tyco*, versaban sobre los conflictos colectivos planteados por los trabajadores encargados de la instalación, mantenimiento o reparación de diversa maquinaria en las localizaciones de los clientes de las empresas Thyssenkrupp (ascensores) y Linde Handling (carretillas elevadoras), respectivamente. Y en ambos supuestos el Supremo entiende que el primer desplazamiento domicilio personal-cliente y el último cliente-domicilio personal constituyen tiempo de trabajo efectivo a la luz de la interpretación que el TJUE hace del art. 2.1 de la Directiva

¹⁷ STS de 18/09/2000 (Rec. 1696/1999).

2003/88/CE; con especial énfasis en el argumento de que los desplazamientos hasta y desde la localización de los clientes resultan consustanciales a la actividad empresarial y esenciales para su desarrollo, pues solo allí puede prestarse el servicio ofrecido por la empresa. E, incluso, resulta irrelevante a este respecto que, como sucedía en el caso de la STS de 09/06/2021 (Rec. 27/2020), los trabajadores sí tuviesen formalmente asignado un centro de trabajo fijo y habitual si luego en la práctica operativa y funcional diaria no acudían a él, sino directamente al centro o domicilio de los clientes.

Siendo así, no deja de resultar, a mi juicio, algo sorprendente observar cómo la STS de 04/12/2018 (Rec. 188/2017) –anterior a las precitadas SSTS, pero ya posterior a la STJUE *Tycó*– resolvió en su momento que no debían considerarse como tiempo de trabajo de los desplazamientos desde su propio domicilio hasta el del primer usuario y desde el domicilio del último usuario hasta el suyo propio en el caso de los empleados de ayuda domiciliaria (en especial de personas mayores y/o dependientes). Y es que, en aquella ocasión, el Supremo entendió que esos desplazamientos inicial y final no merecían la consideración de tiempo de trabajo efectivo debido a que las características de la prestación de servicios no eran iguales ni uniformes a las del supuesto de hecho de la STJUE *Tycó*, optando así por una aplicación –a mi entender– quizás excesivamente casuística de la doctrina *Tycó*. Pero, aunque no deja de ser cierto que en este caso de los empleados de ayuda domiciliaria no se da la utilización de vehículos de la empresa ni la utilización de dispositivos digitales de comunicación y localización durante esos trayectos, cabe recordar que el criterio determinante para que, posteriormente, el propio Supremo en sus precitadas SSTS de 07/07/2020 (Rec. 208/2018) y de 09/06/2021 (Rec. 27/2020) llegase a considerar tiempo de trabajo los desplazamientos inicial y final fue, sobre todo, el de que tales trayectos resultasen consustanciales a la actividad empresarial y esenciales para su desarrollo, dado que el servicio ofrecido por la empresa únicamente puede prestarse en el domicilio de los clientes; lo cual sí es completamente extrapolable al caso de los trabajadores de asistencia domiciliaria. Motivos que, a mi juicio y a salvo de mejor opinión, igualmente debieron haber llevado a considerar esos trayectos inicial y final como tiempo de trabajo efectivo en el caso juzgado por aquella STS de 04/12/2018 (Rec. 188/2017).

Todo ello ha llevado a entender, doctrinalmente¹⁸, que se ha producido un cambio *silencioso* en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que con las precitadas SSTS de 07/07/2020 (Rec. 208/2018) y de 09/06/2021 (Rec. 27/2020) vino después a rectificar o matizar esta STS de 04/12/2018 (Rec. 188/2017). Sin embargo, considero que, en realidad, se trata simplemente de que el TS ha optado, aquí, por una aplicación restrictiva de la doctrina *Tycó*; y solo cuando se den los elementos organizativos y también técnicos del caso *Tycó* (como sí ocurría en esas SSTS de 07/07/2020 y de 09/06/2021) se llegará a considerar que los desplazamientos inicial y final constituyen tiempo de trabajo efectivo.

¹⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) soberanía”, en *RTSS-CEF*, nº 456/2021, págs. 106-108.

4. Las guardias de presencia física

También procede detenerse en las llamadas guardias de presencia física: aquellos períodos durante los que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, en actitud atenta y vigilante y preparado para desarrollar de forma efectiva sus funciones profesionales cuando así se le requiera, pero sin ejecutarlas –hasta ese momento– de forma real y activa. Y, así, se plantea la disyuntiva de si tales periodos deben considerarse, o no, tiempo de trabajo efectivo; cuestión que ha sido resuelta de manera técnicamente satisfactoria por la jurisprudencia (tanto comunitaria como nacional) para el supuesto de los servicios de atención continuada con presencia física en el centro correspondiente prestados por personal sanitario. A tal efecto, la celeberrima sentencia del TJCE de 03/10/2000 (C-303/98, *SIMAP*)¹⁹ vino a entender que el tiempo dedicado a la atención continuada por parte de los médicos de los Equipos de Atención Primaria, que implican su presencia física en el centro sanitario, debe considerarse *tiempo de trabajo*²⁰ en su totalidad.²¹

Ahondando en dicha postura, de nuevo el TJCE en su sentencia de 09/09/2003 (C-151/02, *Norbert Jaeger*) resuelve que “...el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad.” Por ello, el tribunal considera que los servicios de atención continuada efectuados por los médicos en régimen de presencia física en el hospital constituyen, en su totalidad, *tiempo de trabajo* a efectos de la Directiva 93/104/CE (hoy ya 2003/88/CE); incluso cuando se permitiese a dichos trabajadores descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.²²

Por su parte, la jurisprudencia nacional se hace eco de esta postura, tal y como demuestran diversas sentencias dictadas con fecha posterior a las del TJCE. Así, la STS

¹⁹ Como se sabe, la STJCE *SIMAP* trae causa de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la C. Valenciana al hilo de un conflicto colectivo entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Sanitaria (SIMAP) y la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana.

²⁰ Esta STJCE versaba sobre la interpretación de la ya derogada Directiva 93/104/CE, que sería sustituida por la vigente Directiva 2003/88/CE; pero lo cierto es que una y otra contienen un esquema idéntico respecto a la dicotomía *tiempo de trabajo* y *períodos de descanso* en su art. 2.

²¹ STJCE de 03/10/2000 (C-303/98, *SIMAP*): apartados 47: “Procede recordar que dicha Directiva define el tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. Además, dentro del sistema de la Directiva 93/104/CE, dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos.” Y 48 “En el asunto principal, los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario. Las partes están de acuerdo en que los períodos de atención continuada prestados en dicho régimen cumplen los dos primeros requisitos. Además, aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones.”

²² En fin, la Corte de Luxemburgo tendría nuevas ocasiones de afianzar esta postura interpretativa, como en la STJCE de 01/12/2005 (C-14/04, *Abdelkader Dellas*).

21/02/2006 (Rec. 3338/2004) da por superado el debate sobre la calificación como *tiempo de trabajo efectivo* de las *guardias de presencia física*, pues asume como pacífica la lectura, ya expuesta, que el TJUE hace sobre el particular.²³ Pero, además, la sentencia incide sobre dicha cuestión, aportando nuevos y valiosos matices a la lectura del TJUE. En efecto, el órgano nacional resuelve que, con relación al 34.7 ET y el RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo, el ET no habilita a los convenios colectivos para crear esas jornadas especiales, sino al Gobierno, y en segundo lugar el trabajo en hospitales no está previsto como especial a estos efectos ni en aquella ni en ninguna otra disposición legal o reglamentaria. Siendo ello así, no resultaría válido sustraer del cómputo del trabajo efectivo el tiempo dedicado a las guardias de presencia, ya que el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo; con la particularidad de que, si bien el trabajo realizado durante esas guardias puede ser ciertamente irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también cabe decir que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas.

En fin, pese a que los anteriores razonamientos se circunscriben a casos de personal médico que se rige por normas no laborales en sentido estricto, sus conclusiones deben considerarse extrapolables a cualquier régimen de prestación de servicios en virtud de la normativa de la que traen causa, esto es, la Directiva 2003/88/CE. En efecto, la Directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo se aplica por mor de su art. 1.3 a todos los sectores de la actividad, privados y públicos, a salvo de determinadas excepciones²⁴. Y todo ello sin perder de vista que la esencia de esta norma es, conforme a su art. 1, establecer las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo²⁵. Así, dicha interpretación jurisprudencial del asunto debe considerarse válida también para otros casos en los que, pese a tratarse de otro sector de

²³ En el mismo sentido, entre otras muchas: STS de 21/12/2007 (Rec. 1051/2006), de 18/09/2007 (Rec. 4540/2004), de 01/02/2007 (Rec.3594/2005) y STSJ de Cataluña de 26/04/2004 (St. 3255/2004).

²⁴ Art. 1.3 Dir. 2003/88/CE: *La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva.* Por su parte, el Art. 2 Dir. 89/391/CEE: *1. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.). 2. La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. En este caso, será preciso velar por que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva.*

²⁵ En este sentido se pronuncia la STJCE de 09/09/2003(C-151/02, *Norbert Jaeger*): Apartado 58: “En cualquier caso, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso» en el sentido de la Directiva 93/104 no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, como hizo el Tribunal de Justicia en los apartados 48 y 50 de la sentencia *SIMAP*, antes citada: “Sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros”. Y 59: “Por tanto, la circunstancia de que la definición del concepto de tiempo de trabajo haga referencia a las «legislaciones y/o prácticas nacionales» no significa que los Estados miembros puedan determinar unilateralmente el alcance de este concepto. Dichos Estados tampoco pueden someter a condición alguna el derecho de los trabajadores a que los períodos de trabajo y, correlativamente, los de descanso sean tomados debidamente en cuenta, pues tal derecho resulta directamente de las disposiciones de esta Directiva. Cualquier otra interpretación haría peligrar el objetivo de la Directiva 93/104 de armonizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante disposiciones mínimas.”

la actividad, las circunstancias consideradas por la interpretación del TJCE-TJUE sean análogas; tal y como sucedió, por ejemplo, en la STJUE de 25/11/2010 (C-429/09, *Günter Fuß*) con relación a las “guardias de atención continuada” de un bombero –alemán– y en otros casos, algunos muy ilustrativos, sustanciados en nuestros tribunales²⁶. Todo ello, claro está, con la salvedad de las distintas excepciones previstas por la normativa comunitaria y contempladas, también, en nuestro derecho interno.

5. Las guardias de localización y disponibilidad

Se hace ahora necesario esclarecer qué sucede con las denominadas *guardias de localización y disponibilidad*²⁷, que identificaríamos con aquellos períodos durante los que el trabajador no desarrolla sus funciones de forma efectiva, pero sí se encuentra vinculado de algún modo a la empresa en tanto en cuanto debe estar localizable (por medios tecnológicos y digitales) y disponible para incorporarse a su puesto de trabajo (ya fuese presencialmente o en remoto) en un determinado lapso de tiempo tras el requerimiento empresarial. De este modo, el trabajador podría, en principio, organizar su tiempo libremente, con la única premisa de encontrarse siempre localizable y en disposición de incorporarse al efectivo desempeño de sus funciones dentro de los parámetros temporales y geográficos acordados; todo lo cual, evidentemente, genera dudas respecto a qué calificación y régimen jurídico corresponde a tales períodos.

Pues bien, el primer escalón analítico-reflexivo respecto a qué consideración jurídica deben recibir estas *guardias de localización y disponibilidad* la encontramos en la propia jurisprudencia del TJCE antes expuesta. Y es que la STJCE de 03/10/2000 (*SI-*

²⁶ Si para muestra sirve un botón, véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 29/01/2004 (Rec. 614/2002), que viene a considerar, de acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE que cita expresamente, como *tiempo de trabajo efectivo* las *horas de presencia* de un vigilante de un cultivo de champiñones; pese a que durante las mismas la empresa ponía a su disposición facilidades de descanso (cama, TV...)

²⁷ A mi juicio y a salvo de mejor opinión, lo más oportuno en el plano discursivo y explicativo a la hora de discernir y analizar las distintas figuras que aparecen en este complejo y resbaladizo terreno que se extiende entre las fronteras del *tiempo de trabajo* y los *períodos de descanso* es hablar, por un lado, de *guardias de presencia física* –en el lugar de trabajo– y, por el otro, de *guardias de localización y disponibilidad*; sin necesidad de separar –con relación a estas últimas *guardias de localización y disponibilidad*– aquellas en las que el lugar en que se realiza la guardia en cuestión está determinado por el empresario –normalmente denominadas *presenciales*, pero a veces también divididas conceptualmente a su vez entre simplemente *presenciales* y *domiciliarias*– y aquellas otras en las que no sucede así –*no presenciales*–; todo ello pese a que el propio TJUE acude en ocasiones a esa alambicada y confusa nomenclatura. Y es que, en realidad, tal y como de seguido se tratará, el factor verdaderamente determinante para el TJUE a efectos de calificar una determinada guardia como *tiempo de trabajo* o *período de descanso* es que el conjunto de circunstancias que rodean la guardia en cuestión (entre las que el lugar en que se lleva a cabo es solo una más de dichas circunstancias) permitan, o no, al trabajador “dedicarse libremente y sin limitaciones objetivas y muy significativas a las actividades sociales, personales y de ocio que estime oportunas”; lo que, a mi juicio, aconseja afrontar este tipo de guardias con un tratamiento unitario y sistemático. *Cfr.*: MONTROYA MEDINA, D.: “Guardias...”, *op. Cit.*, pág. 168; REVUELTA GARCÍA, M.: “Tiempo de trabajo y guardias en régimen de disponibilidad no presencial. Comentario a la reciente doctrina judicial europea y su reflejo en la realidad española”, en *RGDTSS*, nº 59/2021, págs. 817 y ss.

MAP), tras aportar la solución ya estudiada para las guardias de presencia física del personal sanitario, afirma que la situación en la que se encuentran los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, tiene una naturaleza diferente; por cuanto, en este otro caso, los médicos sí podrían organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. Y así, en estas circunstancias, sólo debe considerarse *tiempo de trabajo* en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria, una vez se viesen obligados a incorporarse a su puesto tras el correspondiente requerimiento empresarial.²⁸ Y, por su parte, la jurisprudencia nacional también mostraba (incluso con anterioridad) un criterio coincidente a este respecto.²⁹

No obstante, esta concepción originaria de los tiempos de disponibilidad se ha visto complementada o matizada³⁰ a raíz de la STJUE de 21/02/2018 (C-518/15, *Matzak*) y los ulteriores desarrollos interpretativos. En el precitado asunto *Matzak*, la Corte de Luxemburgo fue compelida a pronunciarse sobre la cuestión de si el período de “guardia domiciliaria” de un bombero belga, con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un –brevísimos– plazo de ocho minutos, debía considerarse o no tiempo de trabajo a la luz del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE. Pues bien, a este respecto, el TJUE vino a subrayar³¹, en primer término, que “los conceptos de *tiempo de trabajo* y de *período de descanso* del art. 2 de la Directiva se excluyen mutuamente”; por lo que “el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de *tiempo de trabajo*, bien de *período de descanso*”. Y, a la sazón, concluye que, unas circunstancias en las que el trabajador se halla a disposición del empleador con obligación de presentarse en el lugar de trabajo en tan solo ocho minutos limitan de manera objetiva y muy significativa las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales; por lo que el tiempo transcurrido en tales “guardias domiciliarias”, que de ningún modo pueden considerarse como *períodos de descanso*, debe computarse necesariamente como *tiempo de trabajo*. De este modo, las guardias de localización y disponibilidad de *restricción fuerte o intensa* vendrían a asimilarse a las anteriormente examinadas *guardias de presencia física* a efectos de su consideración como *tiempo de trabajo*³².

²⁸ También la STJCE de 09/09/2003 (C-151/02, *Norbert Jaeger*) mantiene el mismo criterio.

²⁹ Así, la STS de 29/11/1994 (Rec.752/1994) resolvía que la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo; y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral, por lo que no puede ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. Ahora bien, si el operario es requerido, en ese tiempo de disponibilidad, para la realización de un trabajo, habrá de llevarlo a cabo y, en tal caso, sí percibirá por el tiempo invertido en el efectivo desempeño de sus funciones la remuneración propia de las horas extraordinarias. También discurría en un sentido similar, a estos efectos, la STS de 07/02/2001 (Rec. 132/2000).

³⁰ Concretamente, se complementa o matiza la doctrina de *SIMAP* y, sobre todo, *Norbert Jaeger*.

³¹ Tal y como ya concluían, entre otras muchas, las aquí examinadas (*vide supra*) SSTJUE de 03/10/2000 (C-303/98, *SIMAP*) y de 10/09/2015 (C-226/14, *Tyco*).

³² En este sentido: ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo

Tales argumentos fueron asimismo los que llevaron a que la STJUE de 09/03/2021 (C-580/19, *Stadt Offenbach*), en el fondo, insinuase³³ al órgano jurisdiccional que remitía la cuestión prejudicial que –siempre de acuerdo con su propia interpretación de las circunstancias globales del caso– sí vendría a constituir *tiempo de trabajo* el período de guardia de disponibilidad del caso juzgado: un bombero –ahora alemán– que, aun no debiendo permanecer en su lugar de trabajo durante la guardia, debía estar disponible para reanudar sus actividades profesionales en un lapso de veinte minutos a partir del momento en que el empresario lo requiere, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio, con el que gozaba de las excepciones a las normas de tráfico correspondientes propias de los vehículos de emergencia. Y algo similar sucede con la STJUE de 09/09/2021 (C-107/19, *Dopravní podnik*), que conceptúa –taxativamente– como *tiempo de trabajo* las pausas diarias de treinta minutos en las que el bombero –checo– tenía la obligación para llevar a cabo las intervenciones exigidas en un lapso de tan solo dos minutos; circunstancias que, objetivamente, afectarían a la capacidad del trabajador para administrar ese tiempo de pretendida pausa para dedicarlo a sus propios intereses.

De este modo, si bien se mira, el TJUE, de un modo más o menos deliberado, viene a tomar en consideración el concepto de la *soberanía del tiempo*; término relativo al “control ejercido por un empleado del uso de su tiempo” que se viene manejando en los foros internacionales del trabajo, muy marcadamente en la OIT, desde hace más de dos décadas; pero que, en los últimos años, ha experimentado un auge evidente a raíz del creciente impacto de la digitalización en las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.³⁴ Sin embargo, más allá de la celebrable óptica social que esta idea revela en el enfoque interpretativo del TJUE, lo cierto es que albergo ciertas dudas respecto a la corrección técnico-jurídica del *iter* lógico-interpretativo que siguen estas sentencias.

Y es que, en efecto, las SSTJUE *Matzak*, *Stadt Offenbach* y *Dopravní podnik* invierten la lógica interpretativa que claramente se desprende del art. 2 de la Directiva

ya la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto *Matzak*, relativa a las guardias de localización”, en *Revista de Información Laboral*, nº 9/2018, edición digital.

³³ En realidad, esta STJUE de 09/03/2021 (C-580/19, *Stadt Offenbach*) elude dictaminar con total rotundidad si la guardia de disponibilidad en cuestión, de ese caso concreto, supone o no *tiempo de trabajo*; debido a que la relevancia de los componentes objetivos y subjetivos concurrentes exigiría en realidad una apreciación de los hechos del litigio principal que debe correr a cargo de órgano jurisdiccional remitente de esa cuestión prejudicial; de modo que, en teoría, lo que el TJUE puede y debe hacer es, simplemente, proporcionarle los elementos interpretativos del Derecho de la Unión que le ayuden a dirimir el litigio. Todo ello no obstante, a mi juicio y a salvo de mejor opinión, parece evidente que la valoración que subyace a lo largo de toda la STJUE es tendente a considerar la guardia de disponibilidad del caso como *tiempo de trabajo*. En este mismo sentido: MONTOYA MEDINA, D.: “Guardias...”, *op. Cit.*, pág. 175; MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias...”, *op. Cit.*, edición digital.

³⁴ VEGA RUIZ, M.L.: “La soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional”, en *Derecho Social y Empresa*, nº 13/2020, en especial, págs. 7-8; cuestiones, todas ellas, que se enmarcan en la idea del *trabajo decente* y una concepción del futuro del trabajo centrada en las personas: CASAS BAA-MONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3/2019, págs. 230-231.

2003/88/CE. Como se sabe, el art. 2 de la Directiva sitúa en el centro del análisis el *tiempo de trabajo* y sus elementos constitutivos, y solo cuando no concurren la presencia, la subordinación y el desempeño de las funciones concluiríamos, por exclusión, que nos encontramos ante un *período de descanso*. Sin embargo, la STJUE *Matzak* y las que la suceden invierten ese esquema lógico-interpretativo del art. 2 de la Directiva en un *giro copernicano*, pues ahora el análisis orbita alrededor del *período de descanso*, que pasa a ocupar el centro gravitatorio de la cuestión: si la guardia de localización no puede considerarse *período de descanso* debido a que el trabajador no puede dedicar ese tiempo a sus intereses personales y sociales, entonces, por exclusión, habrá de entenderse que se trata de *tiempo de trabajo*...

Pero no solo eso, sino que resulta que la noción conceptual de *período de descanso* que implícitamente maneja Luxemburgo bebe de textos que, más que alcance normativo, tienen una naturaleza más bien política; mientras que el texto normativo que sí resulta de verdad aplicable (la Directiva 2003/88/CE) solo define el *período de descanso*, por exclusión, como aquel tiempo en que no se cumplen los elementos definitorios del *tiempo de trabajo*: presencia en el lugar de trabajo, subordinación frente al empresario y desempeño de las funciones profesionales.

Todo lo cual, a mi juicio, proyecta algunas sombras técnico-jurídicas sobre esta línea jurisprudencial, más allá de la loable óptica protectora que supone. De modo que, a mi juicio, lo más adecuado sería una reforma normativa que integrase este nuevo enfoque de la cuestión pero con las debidas garantías jurídicas; lo que además resultaría lógico, de acuerdo con los veinte años que ha cumplido ya la Directiva y los profundos cambios que se han producido desde la fecha en que fue adoptada, tanto en la organización del tiempo de trabajo como en la consideración política y social de esta y otras cuestiones aledañas.

En fin, cabe apuntar aquí, a nivel particular, que todas las anteriores razones esgrimidas en los sucesivos pronunciamientos del TJUE en torno a las guardias de localización y disponibilidad han llevado a considerar³⁵ que los tiempos de conexión de los repartidores de plataformas digitales debieran ser considerados en su totalidad *tiempo de trabajo*; toda vez que durante los mismos el trabajador se encuentra localizable y debe responder con práctica inmediatez al requerimiento empresarial formulado a través de la plataforma, lo que desde luego le impediría destinar ese período a sus intereses personales y sociales. Sin embargo, a mi juicio, lo más acertado con relación a los tiempos de conexión de los repartidores de plataformas digitales sería resolver su consideración —o no— como *tiempo de trabajo* no a partir de esta jurisprudencia del TJUE sobre las *guardias de localización y disponibilidad*, sino mediante la aplicación de los esquemas del art. 8 del RD 1561/1995, en el que se anteponen el *tiempo de trabajo efectivo* y los *tiempos de presencia* que se estudian en el Epígrafe 6 (*vide supra*); tal y como, de hecho, discurren algunas sentencias recientes en sede de suplicación³⁶.

³⁵ GINÈS I FABRELLAS, A.: “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, en *Labos*, nº 1/2021, pág. 36.

³⁶ SSTJ de Madrid de 25/01/2023 (Rec. 1049/2022) y de 08/09/2021 (Rec. 489/2021), que se estudian con relación a estas cuestiones en el Epígrafe 6 de este mismo trabajo.

Sea como fuere, todo este constructo argumental del TJUE en torno a la ausencia de *soberanía del tiempo* durante la guardia de localización y la consiguiente consideración de la misma como *tiempo de trabajo* es también el que, en un sentido contrario, ha llevado a Luxemburgo a descartar que constituyan *tiempo de trabajo* aquellas otras guardias de disponibilidad que no restrinjan ni objetiva ni muy significativamente la facultad del trabajador de administrar libremente su tiempo durante las mismas. En este sentido, cabe mencionar, de entrada, la STJUE de 09/03/2021 (C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*), en la que, pese a no pronunciarse de forma directa y rotunda sobre la consideración –como *tiempo de trabajo* o *período de descanso*– de la guardia de disponibilidad enjuiciada, en el fondo, se impele al órgano jurisdiccional remitente a desestimar la pretensión del trabajador.³⁷ Este asunto *Radiotelevizija Slovenija* es el de un antenista –esloveno– (dedicado al mantenimiento de los centros de radiodifusión situados en lugares remotos y escarpados –cordillera Pohorje y los Alpes de Kamik y la Savinja–) que realiza guardias en régimen de “disponibilidad no presencial” durante las que el trabajador ha de estar disponible para reanudar su actividad profesional cuando se lo requieren por teléfono en el plazo de una hora si se tratase de una intervención “urgente” (mientras que las intervenciones “no urgentes” podían atenderse al día siguiente). Pues bien, la Gran Sala atiende, en primer lugar, al plazo *razonable*³⁸ –una hora– que se concede al trabajador para retomar su actividad. Pero, además, y he aquí una pauta interpretativa muy interesante, el TJUE toma en consideración “la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus períodos de guardia”, ya que, “cuando, por término medio, un trabajador ha de intervenir en numerosas ocasiones durante los períodos de guardia, este tiene menos margen para administrar libremente su tiempo durante los períodos de inactividad, dado que estos se ven interrumpidos con frecuencia”; lo cual no ocurría en el supuesto de autos, puesto que esas intervenciones “urgentes” que le obligaban a reincorporarse en una hora no se presentaban con una *frecuencia elevada*.

Y, por su parte, la STJUE de 11/11/2021 (C-214/20, *Dublin City Council*) concluye –taxativamente– que no constituye *tiempo de trabajo* la particular guardia en régimen de “disponibilidad no presencial” de un bombero de retén en Irlanda. Y la Corte de Luxemburgo sostiene la exclusión como *tiempo de trabajo* de estas guardias en las concretas circunstancias concurrentes durante las mismas: aunque el plazo con que debía incorporarse al servicio tras el requerimiento del empleador era de un máximo de diez

³⁷ Al igual que en la anterior STJUE de 09/03/2021 (C-580/19, *Stadt Offenbach*), en esta otra Sentencia de la misma fecha la Corte de Luxemburgo también evita pronunciarse expresamente sobre si la guardia de disponibilidad enjuiciada en el caso particular supone o no tiempo de trabajo, debido que la relevancia de los componentes objetivos y subjetivos concurrentes exige una apreciación concreta de los hechos del litigio principal que debe correr a cargo de órgano jurisdiccional remitente; por lo que el TJUE, simplemente, proporciona los elementos interpretativos del Derecho de la Unión que ayuden a dirimir el litigio. No obstante, sí parece evidente que la postura interpretativa valorativa e interpretativa del TJUE bascula hacia una solución negativa al reconocimiento de esas guardias como *tiempo de trabajo*. En el mismo sentido: MONTROYA MEDINA, D.: “Guardias...”, *op. Cit.*, pág. 175; MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias...”, *op. Cit.*, edición digital; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Guardia...”, *op. Cit.*, pág. 297

³⁸ Ap. 48.

minutos, lo cierto es que, si un bombero del retén no llega al parque en el plazo máximo de presentación, la consecuencia es simplemente que no percibe remuneración alguna, y únicamente está obligado a participar en el 75% de las intervenciones de su brigada; en este mismo sentido, durante el tiempo de guardia el trabajador no tenía que encontrarse necesariamente en un lugar determinado (a diferencia del anterior Sr. Matzak, STJUE C- 518/15); y, además, resulta que el trabajador podía dedicarse incluso durante el tiempo de guardia a otras actividades profesionales por cuenta propia o ajena (en este caso como taxista); todo lo cual revela, a juicio del TJUE, que “las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo”. Ahora bien, la propia Sentencia advierte que, aunque en estas condiciones el tiempo de disponibilidad no presencial pueda catalogarse como *período de descanso*, el empresario “no puede introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores”; pues, incluso más allá de su conceptualización dentro de las categorías del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, tales prácticas colisionarían directamente con las imposiciones de los arts. 5 y 6 de la norma comunitaria tendentes a proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

De este modo, el la Corte de Luxemburgo traza la línea divisoria entre el *tiempo de trabajo* y los *períodos de descanso* sobre este terreno de las guardias de localización y disponibilidad en la capacidad que, durante las mismas, quepa atribuir al trabajador en la administración y organización de su tiempo en esos períodos y, sobre todo, en la posibilidad de destinarlo sin restricciones objetivas y significativas a sus intereses personales y sociales. Los elementos indiciarios que, por su parte, conducirían a la conclusión de que, por las circunstancias concurrentes, tales guardias de disponibilidad constituyen *tiempo de trabajo* serían, a título ilustrativo y a la luz de los casos expuestos, los siguientes: la brevedad en el lapso de tiempo en que debe producirse la incorporación al servicios tras el requerimiento empresarial (*p.ej.*: dos, ocho o veinte minutos), o la obligación de permanecer durante las guardias en un lugar determinado por el empresario (aun distinto del lugar de trabajo), así como también el compromiso de reincorporarse ya equipado (uniforme de intervención, vehículo de servicio...); pues tales circunstancias, sobre todo sumadas entre sí, apuntarían hacia una limitación objetiva y muy significativa de las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales; lo que excluiría la posibilidad de catalogar esas guardias de disponibilidad como *períodos de descanso* y, de acuerdo con los términos dicotómicos del art. 2 (1 y 2) de la Directiva, serían, necesariamente, *tiempo de trabajo*.

De entre estos indicios tendentes a considerar la guardia de disponibilidad y localización como *tiempo de trabajo*, cabe hacer algunas puntualizaciones particulares. Así, en primer lugar, cabe referirse de forma específica a la obligación de permanecer en un lugar concreto determinado por el empresario –aun distinto del lugar habitual de prestación de servicios–; pues lo cierto es que, en realidad y pese a lo que pudiera parecer de entrada, esta condición no resulta imprescindible para considerar que la guardia de disponibilidad implique la realización de tiempo de trabajo; sino que únicamente constituye un indicio más a tener en cuenta a la hora de determinar si, en su conjunto, las circunstancias permiten o

no al trabajador administrar su tiempo sin restricciones relevantes y, por tanto, la guardia en cuestión se puede o no clasificar como *período de descanso*. Es más, el propio TJUE ha llegado a reconocer con palmaria claridad que, “(...) si el lugar de trabajo engloba o se confunde con el domicilio del trabajador, el mero hecho de que, durante un período de guardia determinado, este último deba permanecer en su lugar de trabajo para poder estar a disposición del empresario en caso de necesidad no basta para calificar dicho período de *tiempo de trabajo* en el sentido de la Directiva 2003/88; pues, en tal caso, la prohibición impuesta al trabajador de abandonar su lugar de trabajo no implica necesariamente que deba permanecer alejado de su entorno familiar y social y, asimismo, dicha prohibición, como tal, disminuye en menor medida su capacidad para administrar libremente, en ese período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales”.³⁹ Es decir, que en algún supuesto particular en el que el lugar habitual de prestación de los servicios coincidiese con el propio domicilio del trabajador, incluso aunque la guardia de disponibilidad tuviese que realizarse por imposición empresarial en el domicilio-puesto de trabajo, dicha guardia podría llegar a ser considerada como un período de descanso; siempre y cuando del conjunto de las circunstancias concurrentes se infriese que el trabajador no encontraba limitaciones objetivas y muy significativas para dedicarse a sus intereses personales, sociales y/o familiares durante el tiempo en que no fuese llamado a incorporarse a la efectiva prestación de servicios⁴⁰. Todo lo cual puede devenir crucial, por ejemplo, en el análisis particular de las guardias de disponibilidad de los teletrabajadores.

Pero, sobre todo, de entre todas las anteriores pautas interpretativas, hay que destacar la preeminencia del factor cronológico, esto es el tiempo de reacción en el que el trabajador tiene que atender el requerimiento empresarial para su incorporación efectiva al desempeño de sus funciones durante el período de guardia de disponibilidad; pues se trata del factor o elemento interpretativo más trascendental a la hora de considerar que una determinada guardia de disponibilidad constituye *tiempo de trabajo*. Y es que, si bien se mira, un plazo de reacción significativamente breve sería capaz de dibujar –prácticamente por sí solo– un escenario difícilmente compatible con el desarrollo de cualquier actividad de índole personal, social o de recreo; tal y como se infiere de la propia doctrina del TJUE y también advierte la doctrina científica⁴¹. Aunque, en fin, ni siquiera sobre este extremo pueden extraerse consideraciones absolutas: recuérdese cómo la STJUE de 11/11/2021 (C-214/20, *Dublin City Council*) descartaba que constituyese *tiempo de trabajo* una guardia de disponibilidad en la que el plazo de reacción era de tan solo diez minutos, de acuerdo con el resto de circunstancias concurrentes.

Mientras tanto, en sentido contrario, hay que considerar toda otra serie de elementos de análisis que conducirían a la conclusión opuesta: que un determinado régimen de

³⁹ STJUE de 09/03/2021 (C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*), Ap. 43.

⁴⁰ En un sentido contrario, se interpreta que siempre que el lugar en que se desarrolle la guardia de disponibilidad haya sido determinado por el empresario, incluso aunque se tratase del domicilio del trabajador, tal período recibiría la consideración de *tiempo de trabajo*: SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Guardia...”, *op. Cit.*, pág. 297.

⁴¹ MONTOYA MEDINA, D.: “Guardias...”, *op. Cit.*, pág. 1758

localización y disponibilidad sí pudiese conceptuarse como *período de descanso*. Y, entre esos indicios o elementos de análisis tendentes a considerar la guardia de disponibilidad como *período de descanso*, de acuerdo con la aquí examinada doctrina del TJUE, habría que destacar los siguientes: un plazo *razonable* para reincorporarse tras el aviso (p.ej. una hora), que el trabajador no deba acudir obligatoriamente a todos los servicios requeridos (p.ej. solo a tres cuartas partes de las llamadas), o el hecho de que por término medio el trabajador no intervenga en numerosas ocasiones durante los períodos de guardia, o en fin, la autorización para desarrollar durante el tiempo de disponibilidad otra actividad profesional, por cuenta propia o ajena; o, también, en ese mismo sentido, serían indicios conducentes a la no consideración de las guardias como tiempo de trabajo las facilidades concedidas al trabajador, la eventual puesta a su disposición de un vehículo de servicio que le permita hacer uso de excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de derechos de preferencia, o incluso la facultad conferida al trabajador de responder a las peticiones de su empresario sin abandonar el lugar en el que se encuentra. Ahora bien, debe subrayarse que, más allá de la concurrencia de algunas de estas circunstancias conducentes a la consideración de la guardia como *período de descanso*, si la prolongación y frecuencia de dichas guardias de disponibilidad llegasen a comprometer por sí mismas el espíritu de protección de la seguridad y salud en el trabajo que riega la Directiva 2003/88/CE, habría que volver a estimar su catalogación como *tiempo de trabajo*.

Por último, habría también otra serie factores que no merecerían consideración alguna a este respecto, ni en uno ni en otro sentido, por no resultar pertinentes en la clasificación de una determinada guardia como *tiempo de trabajo* o *período de descanso*; tal y como trasluce de las reseñadas SSTJUE. Sería el caso, por ejemplo, del hecho de que el domicilio libremente elegido por el trabajador se encontrase a una distancia considerable del lugar habitual de prestación de servicios y al que habría que acudir en caso de que así se le requiriese durante la guardia; o también las características intrínsecas al lugar de prestación de esos servicios efectivos, como por ejemplo que se tratase de un lugar abrupto, aislado y poco propicio para el ocio y entretenimiento. Y es que, si bien se mira, se trata en todo caso de limitaciones derivadas de elementos naturales o, directamente, de la libre elección del trabajador; pero en ningún caso resultantes de una imposición normativa, convencional o contractual⁴².

En fin, más allá de Luxemburgo, nuestro Alto Tribunal también ha integrado de forma satisfactoria y fidedigna estas pautas interpretativas en su jurisprudencia más reciente. En este sentido, cabe destacar la STS de 18/06/2020 (Rec. 242/2018), que descarta que puedan considerarse tiempo de trabajo las guardias de disponibilidad en las que los trabajadores (de una consultoría) no estaban obligados a permanecer en ningún concreto lugar, ni tampoco a atender la incidencia en un breve plazo temporal desde que recibían el aviso; por lo que bien podían dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimasen oportunas. Asimismo, la STS de 02/12/2020 (Rec. 28/2019) también concluye que el sistema de disponibilidad examinado (caso de

⁴² MONTOYA MEDINA, D.: “Guardias...”, *op. Cit.*, pág. 174.

bomberos forestales de la Comunidad de Madrid) no restringe el ámbito espacial de que puede disponer el trabajador durante esa situación, al no estar sujeto a permanecer o estar localizado en un lugar determinado; y además el tiempo de respuesta en el que debe desplazarse desde la llamada al lugar de encuentro no se puede calificar como un “tiempo muy limitado, breve o de respuesta inmediata”, presentándose como adecuado el de treinta minutos de reacción; todo lo cual excluye su consideración como *tiempo de trabajo*. E, igualmente, en fin, la STS de 06/04/2022 (Rec. 85/2020) atiende a que durante los –así llamados– “días activables” el trabajador (escolta) no tenía que estar en un lugar determinado físicamente por el empresario, sino que simplemente debía estar disponible a través del teléfono móvil, pero pudiendo ocuparse de sus quehaceres cotidianos o familiares, y sin que tampoco existiese un tiempo mínimo para iniciar la realización de las intervenciones requeridas, que muchas veces, además, se efectuaban desde el propio lugar en que se encontrase el trabajador; todo lo cual evidencia que en estos “días activables” el trabajador no veía mermadas las posibilidades de dedicar este tiempo al descanso o a sus inquietudes personales y sociales, por lo que no habría por qué catalogarlos como *tiempo de trabajo*. O también la STS 18/04/2023 (Rec. 185/2021), que descarta calificar como tiempo de trabajo de trabajo las guardias de localización (telefónica) y disponibilidad de los supervisores de supermercado, en las que no se les imponía permanecer en un lugar determinado ni tampoco se les sujetaba a un plazo de tiempo mínimo para realizar el servicio requerido.

En fin, una última idea a tomar en consideración respecto a las *guardias de localización y disponibilidad* es que su espacio natural de desarrollo y regulación es el convenio colectivo. Por lo que, incluso cuando según las circunstancias concurrentes su consideración deba ser la de *periodos de descanso* y no constituyan *tiempo de trabajo efectivo*, nada obsta para que –como resultará incluso habitual– la propia negociación colectiva prevea para estas *guardias* una determinada retribución o compensación⁴³.

6. Los tiempos de presencia

Queda, en fin, tratar los *tiempos de presencia*, que deben su naturaleza no a la necesidad de atender imprevistos o cubrir servicios que se prestan durante las veinticuatro horas del día, como sucedía en los casos de las *guardias de presencia física* (Epígrafe 4), sino en la circunstancia de que una prestación de servicios anterior, o una posterior, exige la previa presencia del trabajador en el lugar en el que la prestación se toma y se deja⁴⁴. El caso paradigmático de esta situación se encuentra en los sectores del transporte y el trabajo en el mar;⁴⁵ que es precisamente el ámbito de aplicación del art. 8 del RD 1561/1995 –de

⁴³ A este respecto, véase: GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Tiempo de trabajo efectivo...”, *op. Cit.*, págs. 70-74.

⁴⁴ CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L.; FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 85.

⁴⁵ La delimitación del ámbito de aplicación de este precepto genera no pocas dificultades prácticas, como –por ejemplo– se evidencia en la STS de 14/09/2016 (Rec. 247/2015) respecto a la aplicación a los trabajado-

jornadas especiales de trabajo—, norma que regula estos singulares *tiempos de presencia* en nuestro ordenamiento jurídico. Y lo cierto es que los *tiempos de presencia* del RD 1561/1995, que cabría calificar ya casi como un concepto *clásico* en este terreno, podrían llegar a coadyuvar en la solución de algunos de los problemas más novedosos que aquí brotan; pues coincido⁴⁶ en que el ámbito de aplicación de la norma alcanzaría sin demasiadas dificultades interpretativas a la actividad de transporte de viajeros y mercancías de carácter urbano que se realiza a través de plataformas digitales como Deliveroo, Glovo, Uber o Cabify; de forma que, en función de las circunstancias concurrentes, podría llegar a considerarse que determinados lapsos temporales en torno a la efectiva prestación de servicios de estos trabajadores implican *tiempos de presencia ex art. 8 del RD 1561/1995*. Sea como fuere, esta categoría de los *tiempos de presencia* no es, ni mucho menos, exclusiva de nuestro ordenamiento interno, sino que también se recoge y regula a nivel internacional (art. 5 del C. 67 de la OIT) y comunitario (art. 3 de la Directiva 2002/15/CE, que contrapone el —así llamado— *tiempo de disponibilidad* al *tiempo de trabajo*; e incluso art. 5 de la Directiva 1999/63/CE).

La idea de partida en este análisis es que la dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso se ve desbordada, en estos sectores en particular, con la aparición de un tercer tiempo, ahora denominado de *presencia*, que el propio art. 8 del RD de jornadas especiales se encarga de definir y contraponer a aquel otro *tiempo de trabajo efectivo* que es el que se computa con relación a los límites del art. 34 del ET.⁴⁷ Así, en estas actividades *se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga*. Mientras que, por su parte, *se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del*

res de empresas dedicadas a las tareas de remolque naviero este art. 8 del RD 1516/1995 y no las disposiciones específicas de los arts. 16.2, 17 (2 y 3) y 18 bis de la misma norma; debido a las diferencias entre el trabajo realizado en los barcos remolcadores (que normalmente se desarrolla en zonas marítimas cercanas al puerto base) y el efectuado a bordo de buques mercantes y pesqueros; lo que lleva a conceptualizar como *horas de presencia* determinados períodos que la empresa pretendía tratar como de descanso. A este respecto, véase: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Cizur Menor (Aranzadi), 2011, págs. 101-108.

⁴⁶ MARÍN MALO, M.: “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, en *Temas Laborales*, nº 148/2019, págs. 182-183. De hecho, las SSTJ de Madrid de 25/01/2023 (Rec. 1049/2022) y de 08/09/2021 (Rec. 489/2021) aplican esta normativa al caso particular de un conductor de Cabify; si bien, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, estas SSTJ vienen a considerar que los tiempos durante los que el conductor de Cabify se encuentra dentro del vehículo que conduce y conectado a la plataforma no son tiempos de presencia, sino, directamente, tiempo de trabajo efectivo (tal y como de seguido se analizará en este mismo apartado).

⁴⁷ También algunos de los Reales Decretos sobre Relaciones Laborales Especiales regulan estos tiempos de presencia. Así, el RD 1331/2006 no considera tiempo de trabajo efectivo los periodos de espera y desplazamiento de los abogados. Al igual que sucede con el RD 1006/1985 en relación con las concentraciones y desplazamientos de los deportistas profesionales. Y, por su parte, el RD 1620/2011 remite la regulación de los tiempos de presencia al propio acuerdo de las partes, si bien dispone toda una serie de garantía mínimas que en esencia coinciden con el régimen del art. 8 del RD 1561/1995.

empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. El propio RD 1561/1995 ya alumbra algunos ejemplos muy gráficos de tiempos conceptuales como de *presencia*: los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren –art. 10.4 a)–, o los períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular –art. 10.4 b)–, o también los períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo –art. 10.4 d)–. Sea como fuere, debido a la siempre difícil tarea de discernir los límites existentes entre figuras tan afines, el propio art. 8.1 cierra con un llamamiento a la negociación colectiva para que vía convenio se establezcan en cada caso los supuestos concretos conceptuales como *tiempo de presencia*.

Por su parte, los tribunales también participan de esta tarea de disquisición entre *tiempo de trabajo* y *tiempos de presencia*. Y, así, cabría destacar, entre otras, las SSTJ de Madrid de 25/01/2023 (Rec. 1049/2022) y de 08/09/2021 (Rec. 489/2021), que vienen a considerar que los tiempos integrados en los horarios propios de la jornada laboral de los conductores de Cabify durante los que el trabajador se encuentra dentro del vehículo que conduce y conectado a la plataforma no son *tiempos de presencia*, sino, directamente, *tiempo de trabajo efectivo* que como tal computa dentro de los límites de la jornada laboral ordinaria.⁴⁸ O, igualmente, cabe referirse a los conductores de ambulancias que prestan sus servicios en régimen de 24 horas al día y posterior descanso de 72 horas; pues la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁹ ha concluido que, de acuerdo con la doctrina del TJUE⁵⁰, las limitaciones a la jornada laboral de este personal se encuentran exclusivamente en el art. 34 del ET, y no en el art. 8 del RD 1561/1995; de forma que esos tiempos en los que permanezcan físicamente en el lugar determinado por su empleador para poder prestar servicios de forma inmediata en caso de necesidad constituyen *guardias de presencia física* (*vide supra*) y en ningún caso *tiempos de presencia*, por lo que dichas horas se calificarán como *tiempo de trabajo efectivo*. En fin, en esta misma línea restrictiva de la conceptualización de *horas de presencia*, cabe apuntar que algún TSJ⁵¹ ha llegado a sentenciar que, una vez acreditado por el trabajador un determinado exceso horario respecto a su jornada ordinaria, “la carga de probar qué horas son de *presencia* y cuáles de *trabajo efectivo*, para el cómputo de horas extraordinarias, corresponde al empresario, que tiene a su disposición los horarios de trabajo de sus trabajadores, las rutas, el servicio contratado con las empresas clientes, los tacógrafos, etc.”

⁴⁸ A este respecto, el art. 10.3 del RD 1561/1995 establece, de forma categórica, que *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.1, se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible.*

⁴⁹ SSTs de 17/02/2022 (Rec. 123/2020), de 26/09/2022 (Rec. 111/2020) y de 22/11/2022 (Rec. 3318/2021).

⁵⁰ En particular, la STJCE de 03/10/2000 (C-303/98, *SIMAP*), anteriormente analizada, y toda la serie sucesiva.

⁵¹ STJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30/01/2020 (Rec. 1009/2019).

Por otra parte, también resulta necesario aclarar que cuando entre el final de un servicio y el inicio del siguiente el trabajador se encuentre descansando sin realizar ningún servicio ni ser requerido por la empresa, que además le abona las correspondientes dietas, dicho intervalo no será siquiera considerado como *tiempo de presencia* (y ni mucho menos como *tiempo de trabajo efectivo*). Y ello será así incluso cuando el trabajador no pueda retornar a su domicilio, bajo el entendimiento de que en estos casos el trabajador puede organizar libremente este tiempo sin ninguna sujeción a la empresa. Así, según argumentan los tribunales, el requisito que caracteriza al *tiempo de presencia* es que el trabajador, aunque no preste trabajo efectivo, se halle a disposición de la empresa; lo que, a *contrario sensu* lleva a pensar que no puede hablarse de *tiempo de presencia* ni valorarse como tal aquel en el que el trabajador dispone de un tiempo absolutamente libre y sin obligación alguna para con la empresa⁵², ni efectiva ni *potencial*. Sin embargo, cuando la empresa no acredite el abono de dichas dietas de hospedaje y manutención, los intervalos de tiempo entre las horas conducidas no serían de pernoctación y descanso, y, por tanto, debieran conceptuarse como *tiempo de presencia* ya; que el trabajador estaría adscrito al vehículo y a disposición de la empresa⁵³.

Respecto a su régimen jurídico, el propio art. 8 del RD 1561/1995 fija un máximo temporal de veinte horas semanales en cómputo mensual para estos *tiempos de presencia*; que además deberán respetar los correspondientes descansos inter-jornadas y semanal. Dicho límite de veinte horas se ubica en paralelo y de forma independiente a los previstos para las horas ordinarias y extraordinarias, ya que las horas calificadas como *tiempo de presencia* no son consideradas como *tiempo de trabajo efectivo* (recuérdese la contraposición que efectúa el RD1561/1995) y, por tanto, no computan como parte de la jornada, ni ordinaria ni extraordinaria.

A nivel retributivo, se señala que, salvo que se hubiese acordado su compensación con periodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. Dado el tenor literal y la contundencia del precepto, la norma debe entenderse de manera unívoca; esto es, que el precio de la hora de presencia no sea inferior al de la hora ordinaria.⁵⁴ No

⁵² Resulta gráfica en este sentido, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 08/11/2017 (Rec. 1203/2017), que sentencia que no constituyen horas de presencia las que soporta el conductor de una línea regular de transporte interurbano de viajeros por carretera entre el fin de un trayecto y el inicio del siguiente; ya que “el conductor no está en situación de espera a disposición del empresario para emprender el viaje de forma inmediata, pues al tratarse de líneas regulares, conoce de antemano la hora de inicio y de finalización de la conducción, sin que conste la obligación de permanecer en la estación o mantenerse en alerta para ser llamado”. También discurren en este sentido las SSTSJ de Cataluña de 19/04/2001 (Rec. 9074/2000) y la de Galicia de 08/07/2005 (Rec. 596/2003).

⁵³ Así se viene sosteniendo por autorizadas voces doctrinales y se infiere también de algunos fallos judiciales: ROQUETA BUJ, R.: “La jornada...”, *op. cit.*, pág. 84; así como la precitada STSJ de Cataluña de 19/04/2001 (Rec. 9074/2000).

⁵⁴ Si bien el Tribunal Supremo ha avalado que aquellas horas que, por su naturaleza, tuviesen la consideración de *tiempos de presencia*, pero que sumadas a las horas ordinarias de trabajo efectivo no llegasen a superar el tope máximo previsto para la jornada ordinaria en el art. 34 del ET podrían recibir en el convenio colectivo un tratamiento retributivo inferior al de las horas ordinarias –digamos– tipo; de modo que lo que ocurriría, en el fondo, es que el convenio vendría a mejorar la retribución general de las horas ordinarias –digamos– tipo hasta un determinado punto sobre el mínimo legal, mientras que la mejora retributiva de las horas que queda-

obstante, la idiosincrasia de estas horas de presencia sí puede determinar ciertas rebajas retributivas respecto a las horas comunes de trabajo efectivo. Así, el TS⁵⁵ ha llegado a excluir, por ejemplo, el abono del plus de nocturnidad para las horas presencia prestadas entre las 22 y las 6 horas; pues el hecho de que durante esos tiempos los trabajadores “no lleven a cabo una actividad o trabajo” en sentido estricto impediría la percepción del complemento salarial derivado de esa nocturnidad.⁵⁶

Para concluir este análisis de los *tiempos de presencia* regulados en nuestro ordenamiento jurídico por el RD 1561/1995 se impone, una vez ya se ha estudiado su régimen jurídico, reflexionar sobre hasta qué punto la vigente regulación de estos *tiempos de presencia* se acomoda a la normativa comunitaria, en especial a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE. Y es que, en efecto, desde la doctrina científica se ha llegado a cuestionar que los *tiempos de presencia* del RD 1561/1995 sean compatibles con las más recientes Sentencias del TJUE sobre las *guardias de disponibilidad* (*vide supra*), a raíz de las cuales dichos *tiempos de presencia* debieran considerarse directamente *tiempo de trabajo*.⁵⁷ En esencia, el argumento crítico sería el siguiente: debido a que el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, tal y como la interpreta la jurisprudencia del TJUE, ofrece un esquema dicotómico de *tiempo de trabajo* y *períodos de descanso* y no cabe la posibilidad de que el legislador interno desarrolle categorías intermedias, estos *tiempos de presencia* del art. 8 del RD 1561/1995 –que de ningún modo podrían equipararse a los *períodos de descanso*– debieran tratarse, simple y llanamente, como *tiempo de trabajo*.

Sin embargo, a mi juicio y a salvo de mejor opinión, un examen amplio y profundo de la cuestión arroja conclusiones diferentes. En efecto, si bien se mira, la propia Directiva 2003/88/CE ya prevé la posibilidad de que los Estados miembros desarrollen toda una serie de excepciones a la limitación de los *tiempos de trabajo* en distintos sectores (entre los que se encuentran los *trabajadores móviles*⁵⁸ y *off-shore*⁵⁹), mientras que, directamente, ex-

sen todavía dentro de los márgenes de la jornada ordinaria *ex art. 34 del ET* pero que por su naturaleza fuesen equiparables a *tiempos de presencia* no llegase hasta esa misma cuantía salarial (aunque siempre deberá quedar por encima de los mínimos legales): STS de 20/02/2007 (Rec. 3657/2005). Sea como fuere, dicha postura interpretativa del TS puede resultar, a mi juicio y a salvo de mejor opinión, criticable; en tanto en cuanto viene a mezclar, confundir o extender indebidamente análisis interpretativos propios de las horas ordinarias y extraordinarias a estos *tiempos de presencia* que el art. 8 del RD 1561/1995 regula de forma específica e independiente, hasta el punto de que ni siquiera suponen la realización de *tiempo de trabajo efectivo*.

⁵⁵ STS de 26/11/2012 (Rec.244/2011).

⁵⁶ Que el propio TS, en sus SSTS de 10/12/2004 (Rec.63/2004) y 01/12/1997 (Rec.1709/1996), circunscribe a las horas de actividad llevadas a cabo entre las 22 y las 6 horas.

⁵⁷ MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias...”, *op. Cit.*, edición digital; VIGO SERRALVO, F.: “Recusaciones jurídico-dogmáticas al tiempo de presencia”, A.A.V.V. XXXVIII *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. Santiago González Ortega, Junta de Andalucía, 2020, págs. 369-370.

⁵⁸ Art. 2.7 de la Directiva 2003/88/CE: *todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior.*

⁵⁹ Art. 2.8 de la Directiva 2003/88/CE: *el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la exploración, extracción o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si éstas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque.*

cluye de su ámbito de aplicación a la *gente de mar*⁶⁰ (art. 1.3 de la Directiva); lo que ya da una primera idea de que nos situamos frente sectores de la actividad con una destacada singularidad, reconocida desde un principio en la propia Directiva 2003/88/CE. Pero es que, sobre todo, resulta que existen otras normas comunitarias, más específicas, que inciden de un modo central sobre esta cuestión, como son la Directiva 2002/15/CE –ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera– y la Directiva 1999/63/CE –ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar–.

Y lo cierto es que tanto una como otra Directiva prevén y regulan el –allí denominado– *tiempo de disponibilidad* en unos términos y condiciones análogos a ese *tiempo de presencia* de nuestro art. 8 del RD 1561/1995. Así, la Directiva 2002/15/CE define e ilustra el *tiempo de disponibilidad* de los *trabajadores móviles* en unos términos prácticamente idénticos a los del art. 8 del RD 1561/1995⁶¹; y establece que este *tiempo de disponibilidad queda excluido del tiempo de trabajo (...) sin perjuicio de la legislación de los Estados miembros o de los acuerdos negociados entre los interlocutores sociales que establezcan que tales períodos sean compensados o limitados*. Es decir, que la 2002/15/CE declara sin ambages que el *tiempo de disponibilidad* (análogo a nuestro *tiempo de presencia*) no constituye *tiempo de trabajo*; y lo único que se prevé respecto al mismo es una sugerencia al legislador interno y los interlocutores sociales para limitar o compensar dichos períodos. Y, por su parte, la Directiva 1999/63/CE es todavía más parca y menos garantista a este respecto, toda vez que la única previsión que recoge respecto a estos períodos de disponibilidad de la *gente de mar* es la de que *los marinos que deban permanecer en situación de disponibilidad, por ejemplo, por encontrarse desatendida una sala de maquinaria, tendrán derecho a un período de descanso compensatorio adecuado si, por requerirse sus servicios, resultara perturbado su período de descanso* (art. 5.4). Todo lo cual evidencia que la noción jurídico-conceptual del *tiempo de presencia* de nuestro RD 1561/1995 constituye una categoría plenamente conforme con el Derecho de la Unión.

Pero es que, además, el régimen establecido en el RD 1561/1995 para esos *tiempos de presencia* supera con creces los “mínimos” (si así pueden siquiera llamarse) de la normativa comunitaria. En efecto, el art. 8.3 del RD 1561/1995 obliga a retribuir las horas de *presencia* –al menos– como si de horas ordinarias de trabajo efectivo se tratase, salvo que dichas horas de *presencia* se compensasen con períodos equivalentes de descanso retribuido; lo que implica que a efectos retributivos las horas de *presencia* equivaldrían con una identidad absoluta a horas ordinarias de trabajo efectivo (algo, por cierto, muy distinto a lo que ocurrirían en los casos enjuiciados en las SSTJUE de *Matzak*, *Stadt Offenbach* o *Dopravní podnik* sobre las guardias de disponibilidad de los bomberos

⁶⁰ Art. 1.1 de la Directiva 1999/63/CE: (...) *que preste servicio a bordo de buques de navegación marítima, de propiedad pública o privada, registrados en el territorio de cualquier Estado miembro y que se dediquen normalmente a operaciones marítimas comerciales*.

⁶¹ (...) *los períodos durante los que el trabajador móvil acompaña un vehículo transportado en transbordador o en tren y los períodos de espera en las fronteras o los causados por las prohibiciones de circular (...) para los trabajadores móviles que conducen en equipo, el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera*: art. 3 b) de la Directiva 2002/15/CE.

de distintas nacionalidades, donde esas horas o no se retribuían o se retribuían en una cuantía muy inferior a la de las horas ordinarias de trabajo). Por otra parte, los descansos inter-jornadas (doce horas entre un día de trabajo y el siguiente) y semanal no hacen distinción alguna entre horas de *trabajo efectivo* y horas de *presencia*, pues limitarían unas y otras por igual (así lo prevé expresamente la norma). Lo que sí es cierto es que el art. 8 del RD 1561/1995 excluye estas horas de *presencia* del límite de cuarenta horas semanales que jalona la jornada ordinaria *ex art. 34.1 del ET*, no computándolas a este efecto. Pero, en paralelo, el art. 8 del RD sí prevé un límite –específico y separado al del art. 34.1 del ET para las horas ordinarias de trabajo efectivo– para las horas de presencia: *los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes*.

Así, la conjunción de las dos ideas anteriores (equiparación retributiva de las horas de presencia con las horas ordinarias y separación de los parámetros cronológicos que delimitan unas y otras horas) implica, si bien se mira, que el art. 8 del RD 1561/1995, lejos de tratar el *tiempo de presencia* como *períodos de descanso* (que es lo que presupone la normativa comunitaria para los *tiempos de disponibilidad*, sin perjuicio de ese tenue llamamiento al legislador nacional y/o la negociación colectiva para *compensar o limitar* dichos períodos de *disponibilidad*), lo que hace es dispensar a esas *horas de presencia* un tratamiento muy similar al que reciben las horas extraordinarias por mor del art. 35 del ET⁶². Todo lo cual, en suma, supone una regulación no solo plenamente conforme con la normativa comunitaria, sino que además resulta marcadamente más garantista que los mínimos comunitarios previstos para los *trabajadores móviles, off-shore* y la *gente de mar*.

Ahora bien, todo ello no obstante, y al margen ya del ámbito de aplicación y las previsiones del RD 1561/1995, sí es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico alguna regulación sobre *tiempos de presencia* de más que dudoso encaje en el marco comunitario, como es el caso destacado de algunas relaciones laborales especiales (art. 2 del ET)⁶³, muy en particular la del servicio del hogar familiar. Porque, en efecto, el art. 9 del RD 1620/2011 regula el *tiempo de presencia* en unos términos, en esencia, idénticos a los del art. 8 del RD 1561/1995.⁶⁴ Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los

⁶² En fin, al hilo de esta asociación conceptual entre el tiempo de presencia y las horas extraordinarias, cabe apuntar aquí que se ha llegado a considerar que la superación del tope de 20 horas semanales de promedio mensual llevaría a computar ese exceso horario como horas extraordinarias. En este sentido: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *El régimen...*, *op. Cit.*, pág. 96. En contra, incidiendo en que no cabe la confusión entre horas extraordinarias y horas de presencia, toda vez que estas últimas no suponen en ningún caso la realización de tiempo de trabajo efectivo: GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Tiempo de trabajo efectivo: guardias, localización, disponibilidad, tiempo de presencia”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo y descanso*, Eds. Juan Gorelli Hernández y María Luisa Pérez Guerrero, Universidad de Huelva, 2021, págs. 58-59.

⁶³ En este sentido: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *El régimen...*, *op. Cit.*, págs. 108-112; con análisis específicos relativos a las distintas relaciones laborales especiales.

⁶⁴ Art. 9 del RD 1620/2011: *La jornada máxima semanal de carácter ordinario será de cuarenta horas de trabajo efectivo, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador (...) salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias*.

trabajadores del transporte y la gente de mar afectados por el RD 1561/1995, no existe excepción alguna ni regulación comunitaria específica que ampare el *tiempo de presencia* en el trabajo doméstico; que, a mi juicio, sí presenta fricciones difícilmente resolubles con la Directiva 2003/88/CE y la correspondiente jurisprudencia del TJUE.

7. Conclusiones

La normativa de referencia en la materia (tanto comunitaria como interna) parte de un esquema dicotómico, que define el tiempo de trabajo efectivo a partir de la concurrencia de tres elementos (permanencia en el puesto de trabajo, subordinación frente al empresario y efectivo desempeño de las funciones), mientras que reduce el tiempo de descanso, por exclusión, a todo aquel período que no constituya tiempo de trabajo. La cuestión es que estas fórmulas legislativas parten de la premisa de un trabajo presencial y desarrollado en un contexto organizativo y productivo *clásico*, de acuerdo con los cánones del sector industrial típico o tradicional.

Sin embargo, el nuevo paradigma tecnológico, derivado de la así llamada *revolución industrial 4.0*, ha provocado un desbordamiento de aquellas coordenadas clásicas del “lugar y tiempo de trabajo”. Y, además, en paralelo a esos cambios en la esfera productiva y organizativa, a nivel sociopolítico se han venido a tomar en consideración dentro de este terreno valores que en los albores de la disciplina *iustlaboralista* carecían de su actual relevancia: nuevos estándares de salud y seguridad en el trabajo (sobre todo a nivel psicosocial), necesidad de conciliación de la vida personal y laboral y, en fin, *sobranía del tiempo*. Y, en ocasiones, la óptica de estos nuevos valores sociopolíticos revela un cambio en la percepción de una determinada situación que, desde un prisma *clásico*, podría asumirse como período de descanso pero que ahora adquiere ya visos de tiempo dedicado al trabajo. Todo lo cual, en fin, ha multiplicado y agravado la problemática de esas *zonas grises* que surgen entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

Frente a ello, la estructura dicotómica de la Directiva 2003/88/CE, que no concibe ni contempla zonas grises entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso, resulta excesivamente reduccionista y deficitaria. Y el TJUE, por su parte, se ha visto obligado a una ardua tarea interpretativa para, desde esa normativa –todavía vigente–, ofrecer soluciones garantistas y alineadas con los nuevos estándares sociales sobre la materia; lo que le ha llevado a forzar en exceso los rígidos mimbres de la norma, llegando en ocasiones a resoluciones *maximalistas* y, por tanto, quizás algo desmedidas.

Pero es que esa necesidad de integrar en su jurisprudencia valores sociopolíticos que no se tuvieron en cuenta cuando se adoptó la Directiva 2003/88/CE ha llevado al TJUE hasta el punto de invertir el ángulo de enfoque lógico-interpretativo que claramente se desprende de la norma comunitaria. En efecto, el esquema analítico que encierra el art. 2 de la Directiva sitúa el centro de la cuestión en el *tiempo de trabajo*: si no se reúnen los elementos definitorios del *tiempo de trabajo*, debe entenderse que, por exclusión, se trata de un *período de descanso*. Y, así, desde una óptica garantista y protectora, celeberrimas Sen-

tencias de la Corte de Luxemburgo como *SIMAP* (2000) o *Tyco* (2015) –amén de otras muchas– alzaban unas construcciones interpretativas y argumentales muy destacables para apreciar que, más allá de las circunstancias aparentes, sí concurrían la presencia en el “lugar” de trabajo, la “subordinación” frente al poder de dirección empresarial y un efectivo desempeño de las “funciones”; de forma que sí nos encontrábamos ante *tiempo de trabajo*.

Sin embargo, con las SSTJUE *Matzak* (2018), *Stadt Offenbach* (2021) y *Dopravní podnik* (2021), podemos observar cómo se invierte esa lógica interpretativa en un *giro copernicano* con el que ahora el análisis orbita alrededor del *período de descanso*, que pasa a ocupar el centro gravitatorio de la cuestión: si la *zona gris* en cuestión (en estos casos las guardias de localización) no puede considerarse *período de descanso* debido a que el trabajador no puede dedicar ese tiempo a sus intereses personales y sociales, entonces, por exclusión, habrá de entenderse que se trata de tiempo de trabajo... Lo que prácticamente supone partir de una noción apriorística de *período de descanso* y desde ella llegar por exclusión a la categoría de *tiempo de trabajo*. Y no solo eso, sino que resulta que esa noción conceptual de *período de descanso* que implícitamente maneja aquí Luxemburgo –relacionada en suma con la *soberanía del tiempo*– bebe de textos que, más que alcance normativo, tienen una naturaleza más bien política; mientras que el texto normativo que sí resulta de verdad aplicable (la Directiva 2003/88/CE) solo define el período de descanso, por exclusión, como aquel tiempo en que no se cumplen los elementos definitorios del tiempo de trabajo: presencia en el lugar de trabajo, subordinación frente al empresario y desempeño de las funciones profesionales. Todo lo cual, a mi juicio, proyecta algunas sombras técnico-jurídicas sobre esta línea jurisprudencial, más allá de la loable óptica protectora que supone.

De este modo, a mi juicio, lo más adecuado sería plantear una reforma normativa que integrase este nuevo –y celebrable– enfoque de la cuestión pero con las debidas garantías jurídicas; lo que además resultaría lógico, de acuerdo con los veinte años que ha cumplido ya la Directiva y los profundos cambios que se han producido desde la fecha en que fue adoptada, tanto en la organización del tiempo de trabajo como en la consideración política y social de esta y otras cuestiones aledañas. En este sentido, considero que se impone articular un *tertium genus* entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

Y, al respecto, creo que el modelo de regulación de los *tiempos de presencia* del art. 8 de nuestro RD 1561/1995 ofrece una pista interesante sobre los esquemas a seguir. Pues entiendo que lo razonable dentro de esa gama de grises entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso es, por un lado, fijar una retribución que compense en cierta medida el compromiso con la empresa; y, por el otro, delimitar cronológicamente esos períodos de guardia o disponibilidad, lo que exigiría fijar topes temporales máximos (independientes a los establecidos para el *tiempo de trabajo efectivo*) y también disociar dichos períodos de guardia o disponibilidad de los tiempos de descanso (en especial los de ciclo diario) para evitar su indebida confusión. Es más, ese modelo ofrecería una plasticidad muy necesaria en este terreno, por cuanto la retribución y las limitaciones cronológicas podrían incrementarse de forma paulatina en función de la gravosidad de la *zona gris* en cuestión y las dificultades para dedicarse durante la misma a actividades de índole personal y social.

Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización”, en *Revista de Información Laboral*, nº 9/2018.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- CABEZA PEREIRO, J.; RABANAL CARBAJO, P.; MELLA MÉNDEZ, L.; FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3/2019.
- IGLESIAS CABERO, M.: “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), 1991.
- GINÈS I FABRELLAS, A.: “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”, en *Labos*, nº 1/2021.
- GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA, F.X.: “Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad”, en *RTSS-CEF*, nº 460/2021.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Tiempo de trabajo efectivo: guardias, localización, disponibilidad, tiempo de presencia”, en A.A.V.V. *Tiempo de trabajo y descanso*, Eds. Juan Gorelli Hernández y María Luisa Pérez Guerrero, Universidad de Huelva, 2021.
- MARÍN MALO, M.: “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, en *Temas Laborales*, nº 148/2019.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Cizur Menor (Aranzadi), 2011.
- MARTÍN RIVERA, L.: “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, en *REDT*, nº 250/2022.
- MESENGER, J.; VARGAS, O.; GSCHWIND, L.; BOEHMER, S.; VERMEYLEN, G.; WILKENS, M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxembourg (Eurofound, ILO), 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) soberanía”, en *RTSS-CEF*, nº 456/2021.
- MONTOYA MEDINA, D.: “Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 1/2021.
- ORTEGA LOZANO, P.G.: “El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como trabajo efectivo por la jurisprudencia”, en A.A.V.V. *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. Santiago González Ortega, Junta de Andalucía, 2020.

- REVUELTA GARCÍA, M.: “Tiempo de trabajo y guardias en régimen de disponibilidad no presencial. Comentario a la reciente doctrina judicial europea y su reflejo en la realidad española”, en *RGDTSS*, nº 59/2021.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, en *Temas Laborales*, nº 146/2019.
- ROQUETA BUJ, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE”, en *Temas Laborales*, nº 158/2021.
- SOLER AREOLA, J.A.: “Tiempo de disponibilidad en plataformas digitales”, en *Trabajo y Derecho*, nº 102/2023.
- VALDÉS ALONSO, A.: “La conflictiva valoración del tiempo de trabajo en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la STS de 4 de octubre de 2012)”, en *Relaciones Laborales*, nº 12/2014.
- VEGA RUIZ, M.L.: “La soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional”, en *Derecho Social y Empresa*, nº 13/2020.
- VIGO SERRALVO, F.: “Recusaciones jurídico-dogmáticas al tiempo de presencia”, A.A.V.V. *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Coord. Santiago González Ortega, Junta de Andalucía, 2020.

Paralización cautelar de la huelga. Entre la tutela judicial efectiva y el menoscabo del derecho fundamental

Injunctive relief of strike. Between effective judicial protection and the impairment of fundamental rights

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Profesor Ayudante Doctor

Universitat de València

ORCID ID: 0000-0001-6936-9525

Recibido: 24/10/2023

Aceptado: 30/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8255

Resumen: El 20 de diciembre de 2022 los Juzgados de lo Social nº 10 y nº 39 de Madrid adoptaron medidas cautelares de paralización de la huelga convocada en el *Aeropuerto Adolfo Suárez Barajas*. Dichos Autos han reactivado el interés doctrinal por el esclarecimiento de la admisibilidad jurídica de este tipo de medidas que fueron introducidas, por vez primera, por el Auto de 14 de mayo de 2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con relación a la paralización de una huelga convocada en el ámbito de la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. El presente estudio aborda el análisis de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares y su posible concurrencia en estos supuestos, así como los elementos delimitadores del contenido esencial del derecho fundamental de huelga en orden a valorar su eventual compatibilidad con aquéllas, sometiendo a juicio crítico individualizado las distintas resoluciones judiciales que han adoptado este tipo de medidas.

Palabras clave: medidas cautelares, suspensión huelga, paralización judicial huelgas.

Abstract: On December 20, 2022, the Social Courts No. 10 and No. 39 of Madrid adopted injunctive relief of the strike at the *Adolfo Suárez Barajas* Airport. These decisions have reactivated the doctrinal interest in clarifying the legal admissibility of this type of measures that were introduced, for the first time, on May 14, 2015, by the social chamber of the Audiencia Nacional in relation to the paralysis of a strike declared within the *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. The present study addresses the analysis of the enabling assumptions of injunctive relief and their possible concurrence in these cases, as well as the delimiting elements of the essential content of the fundamental right to strike to assess its eventual compatibility with them, subjecting to individualized critical judgment the different judicial resolutions that have adopted this type of measures.

Keywords: injunctive relief, strike suspension, judicial stoppage of strikes.

1. Antecedentes y planteamiento inicial

1.1. Antecedentes

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN), por Auto de 14 de mayo de 2015, accedió a la medida cautelar solicitada por la *Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP)* en orden a suspender la huelga convocada por el sindicato de futbolistas profesionales *Asociación de Futbolistas Españoles (AFE)*, principalmente, por considerar que existían algunos indicios que permitían anticipar que se trataba de una huelga novatoria, así como por el grave desorden organizativo que esta podría acarrear.

Con posterioridad, sin embargo, un Auto de 12 de abril de 2019 de la propia AN rechazó una petición de suspensión cautelar de huelga formulada por parte de la empresa *AIR NOSTRUM* frente a la convocatoria de la misma por el sindicato *SEPLA*, al entender que no procede la adopción de medidas cautelares cuando no se trata de asegurar la eficacia de una futura sentencia que deba resolver un proceso declarativo si, como se consideró en este caso, ya se cuenta con un título ejecutivo suficiente.

Más recientemente, dos Autos de los Juzgados de lo Social nº 10 y nº 39 de Madrid, ambos de 20 de diciembre de 2022, adoptaron medidas cautelares de paralización de la huelga convocada para el día 22 de mismo mes y año en sendas empresas integrantes de la Unión Temporal de Empresas (UTE) encargada de la gestión de los servicios de filtros de seguridad del Aeropuerto Adolfo Suárez Barajas de Madrid, con base en su carácter abusivo (y también novatorio en el caso del segundo de los Autos), reactivando el interés y la actualidad de esta cuestión.¹

¹ Estas decisiones judiciales cautelares parece que comienzan ya a proliferar preocupantemente y a nadie se le escapa su indudable interés jurídico, por la enorme trascendencia de sus implicaciones jurídico-sociales y por la gravedad de las consecuencias que puede originar sobre la efectividad del derecho fundamental de huelga. Voces muy autorizadas de la doctrina (Cabeza Pereiro, 2015) han exclamado, así: “Eso de la suspensión cautelar del ejercicio de un derecho fundamental me resulta un concepto muy inquietante (...)”; “En juego está la consolidación o no de una innovadora, y peligrosa, también costosa –por las elevadas cauciones–, estrategia patronal de neutralización preventiva, no reactiva, como hasta ahora, del mismo, a través de un uso intensivo, si no abusivo, de las acciones declarativas previas de ilegalidad mediante el incidente de justicia cautelar” (Molina Navarrete, 2015, p. 6); “Este es el problema. La doctrina que el Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo impone, con evidente trascendencia para la huelga convocada, pero también, como a nadie se le escapa, para cualquier otra huelga. Lo que le hace doblemente preocupante” (Baylos Grau, 2015); “Estamos ante un caso importante, que sienta precedentes, y que ha dejado, como concluiré, no sólo a la huelga del fútbol, sino a cualquier huelga en el *límite siempre del fuera de juego*” (Lahera Forteza, 2015, p. 331); Fernández Sánchez (2016, p. 272), por su parte, indica en este mismo sentido: “Las posibles consecuencias del procedimiento son bastante importantes. Admitir, más allá de los casos previstos por la Ley, la posibilidad de suspender cautelarmente una huelga en función del interés empresarial a la ejecución de la prestación, abriría la puerta a su posible uso indiscriminado”.

1.2. Planteamiento e iter metodológico

Como ha podido comprobarse, contamos con varios pronunciamientos de distinto signo sobre diversas peticiones de medidas cautelares para la paralizar la efectividad de las huelgas, cuya disparidad de criterio puede justificarse en las características propias de los distintos supuestos de hecho sobre los que se proyectan, pero, asimismo, se evidencian y aducen en los mismos ciertas diferencias de valoración en el ámbito de los fundamentos de Derecho tenidos en cuenta para resolver estas solicitudes de medida cautelar. Resulta, por tanto, necesario y de gran interés, desde un punto de vista doctrinal, indagar y esclarecer los criterios jurídicos que deben fundamentar la resolución de estos casos.

A mi modo de ver, para ordenar el proceso de razonamiento jurídico que dilucide la cuestión planteada es preciso seguir el itinerario que irá delimitando la superación de varios escollos o dificultades lógicas:

1. En primer lugar, cabe plantearse si sólo son aplicables las medidas cautelares previstas en la LRJS. Pues, si se entendiese que dicha norma contiene una relación cerrada o tasada, en la misma medida en que estas decisiones cautelares limitadoras del derecho huelga no aparecieran entre ellas, habría que descartar la admisibilidad de su adopción y terminaría aquí nuestro estudio. En el supuesto de que la relación de medidas cautelares de la LRJS no constituya un *numerus clausus* y quepa la aplicación abierta de medidas cautelares sujeta a la verificación de sus presupuestos esenciales *fumus boni iuris* y *periculum in mora* (art. 728 LEC), cabría detenerse en el análisis de su compatibilidad con los supuestos de huelgas que, de entrada, puedan presentar cierta apariencia de ilegalidad (v.gr. en el primer caso de la SAN de 14 de mayo de 2015 en que –al parecer de la AN– de la convocatoria de huelga se desprendía que su objeto era la novación de un convenio vigente). Constituirá este un paso previo al abordaje de la cuestión de si, en estos casos, el interés empresarial es tutelable mediante estas medidas en orden a la paralización de tales huelgas con indicios cualificados de ilegalidad y que, por tanto, no revelarían la manifestación del ejercicio de un derecho fundamental.
2. Dejando de lado provisionalmente las cuestiones anteriores, el siguiente punto objeto de atención debería ser la ponderación de los derechos en juego, esto es, la confrontación del ejercicio de un derecho fundamental, como el de huelga, reconocido en art. 28.2 CE, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I frente un derecho de los ciudadanos (libertad de empresa) reconocido en la sección 2ª del mismo (art. 38 CE). Para tal fin, es preciso analizar el contenido esencial del derecho de huelga y cuáles son sus implicaciones sobre la libertad de empresa y sobre los intereses empresariales, puesto que por definición la huelga supone una atentado –legalizado y constitucionalizado– sobre dichos intereses, que deben ser protegidos en otro contexto, pero quedan limitados en este caso. Siendo, además, de radical importancia la elección del momento para la efec-

tividad de la huelga y, pudiendo una medida cautelar, que la impida o retrase tener una enorme incidencia a estos efectos.

Asimismo, cabe tener presente en este orden de cosas la cuestión de la protección de los usuarios, pues el propio 28.2 CE lo limita a servicios esenciales y la articula sobre la técnica de los servicios mínimos, y no de medidas cautelares. Y lo mismo puede decirse en cuanto a la protección frente a los daños eventualmente exorbitantes de las huelgas cuyo cauce oportuno consiste en el recurso al cierre patronal (en los supuestos del art. 12.1 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo) y, en su caso, mediante su resarcimiento posterior, vía indemnización por daños y perjuicios, a través de la consiguiente exigencia de responsabilidad civil, en caso de ilegalidad de la huelga.

3. A continuación, sobre la base de las consideraciones anteriores, será posible adentrarse en el análisis de cada una de las resoluciones judiciales recaídas sobre este particular, con el fin de dilucidar los aspectos críticos de la *ratio decidendi* de cada una de ellas, teniendo en cuenta los perfiles propios de sus respectivos supuestos de hecho.
4. Finalmente, como punto final del esquema trazado, tratará de ofrecerse una solución al problema planteado que, partiendo del estudio previo, estará razonada y fundamentada jurídicamente en la doctrina jurisprudencial –constitucional y ordinaria– sobre este particular y sobre el derecho de huelga en general, con apoyo, asimismo, en un sucinto repaso de las nociones básicas de la dogmática clásica procesal y en las aportaciones de doctrina y jurisprudencia relativas al sentido, finalidad y presupuestos de las medidas cautelares.

2. Acomodación de estos supuestos a los presupuestos de las medidas cautelares

2.1. *El tratamiento de las medidas cautelares en el ámbito laboral*

Como ha sido oportunamente subrayado (Blasco Pellicer, 2020), tradicionalmente, las medidas cautelares en el proceso laboral han sido un tema desatendido por las normas procesales del orden social. Así, en la derogada Ley de Procedimiento Laboral (LPL, cuyo Texto Refundido fue aprobado por RDLeg. 2/1995, de 7 de abril), apenas aparecían ciertas referencias puntuales a determinadas posibilidades en este sentido, como el embargo preventivo en el art. 79 o –precisamente en sentido contrario al aquí estudiado– la eventual suspensión de los efectos de actos lesivos de derechos fundamentales relacionados con la libertad sindical, en determinados casos: cuando se impidiera la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afectasen al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación, a las que se refería el art. 178 de aquella norma.

En todo caso, incluso tras el esfuerzo de mejora en este sentido que ha protagonizado la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011, de 10 de octubre (LRJS), el tratamiento en el ámbito social de estas medidas cautelares sigue adoleciendo de dos defectos fundamentales: la ausencia de una regulación sistemática y unitaria de las mismas que, partiendo de unos principios básicos comunes, alcance para poder considerar la existencia de un auténtico proceso cautelar (adicional a los procesos declarativos y ejecutivos) y el abuso de la remisión para estos menesteres a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), (Blasco Pellicer, 2020, p. 256; Martínez Girón, 2017, pp. 3-4). Respecto a esto último baste con comprobar el reenvío por el art. 79 de la vigente LRJS a “lo dispuesto en los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social”.

En cualquier caso, la cuestión más trascendental, a los efectos del objeto que nos ocupa en este estudio, consiste en dilucidar si estas medidas cautelares, ya sean las de la LRJS o, por remisión, las de la LEC, tienen un fundamento y una significación jurídica de entidad suficiente como para limitar o impedir, mediante su paralización, la efectividad de una huelga convocada.

Desde antaño, existe consenso, tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal, en torno a que las medidas cautelares tienen por finalidad principal justificadora de su adopción la garantía de la eficacia de la sentencia que vaya a poner fin al proceso declarativo. No proceden, por ello, en el proceso ejecutivo. Se trata con ellas de evitar que, bien por el mero transcurso del lapso de tiempo –inevitable– entre el inicio del procedimiento y a la resolución judicial que le ponga fin, o bien por las actuaciones de las partes o de terceros durante el mismo, se puedan originar daños irreparables o cambios contextuales de los que se derive una situación fáctica tan distinta a la inicialmente sometida a la consideración del juzgador que haga perder el sentido y/o la eficacia a la decisión judicial final que recaiga.

Estando en juego la eficacia misma de las resoluciones judiciales resulta obvio que las medidas cautelares se configuran como un instrumento procesal necesario para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues tratan de asegurar el derecho a que el fallo se cumpla –o, más exactamente, a que sea posible dicho cumplimiento– el cual forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, como se recoge en distintas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1992, 238/1992 y 218/1994). Pero no hay que perder de vista una de las notas caracterizadoras de las medidas cautelares: su instrumentalidad. Pues estas están orientadas a favorecer que el proceso cumpla cabalmente su función de servir eficazmente al derecho material al que sirve (Blasco Pellicer, 2020, p. 266).

De ahí se deriva una conclusión que –como se verá– es de importancia fundamental para la resolución del objeto de este estudio pues, a mi juicio, los derechos a ponderar en la balanza para resolver esta cuestión no son dos derechos fundamentales insertos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE. En efecto, no son el derecho tutela

judicial efectiva del art. 24.1 CE y el de huelga del art. 28.2 CE los que se oponen² y que, en todo caso, deberían de ser cohonestados (y no enfrentados imponiendo el predominio de uno sobre otro) por virtud de la tan auspiciada aplicación por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria del principio de proporcionalidad, sino que el derecho material tutelado por las medidas cautelares (libertad de empresa) se encuentra reconocido en el art. 38 CE, en la Sección 2ª de dicho Capítulo II del Título I de la CE, con un nivel de protección y garantías, ex art. 53.1 y 2 CE, inferior al previsto para el derecho fundamental de huelga.³

A mi modo de ver –en contra del criterio que fundamenta estas resoluciones judiciales y que será analizado en el capítulo dedicado a ellas–, al resolver el incidente cautelar, si se parte del derecho a la tutela judicial efectiva, este derecho fundamental debería ser ponderado no sólo en favor de asegurar una sentencia justa y eficaz para el empresario/empleador solicitante de estas medidas cautelares, sino también para procurar que en sede judicial se garantice y no sea impedido el ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga por sus titulares. Es decir, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es instrumental y está al servicio de la garantía judicial de los derechos de todos los ciudadanos, no sólo de los solicitantes de medidas cautelares. Que las medidas cautelares deriven y encuentren su justificación en el derecho a la tutela judicial efectiva, no implica –obviamente– que éste limite su alcance a la adopción de aquéllas, puesto que también debe entenderse comprendido en el mismo, el derecho de la contraparte a que el órgano judicial no perjudique la tutela de sus derechos fundamentales mediante la adopción de tales medidas provisionales. El enfrentamiento no puede ser, pues, entre el derecho procesal a la tutela judicial efectiva y el derecho sustantivo de huelga (como si los titulares de éste no lo fueran también de aquél), pues tan titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva son unos como otros. En cambio, en mi opinión, es preciso atender a la conciliación y ponderación de los derechos materiales a tutelar: derecho cívico a la libertad de empresa (art. 38 CE) y derecho fundamental de huelga (art. 28.2 CE).

No se trata de que defender que esta cuestión deba resolverse, simple y llanamente, por un criterio de jerarquía, reconociendo la prevalencia de un derecho material sobre el otro, sino que parece más razonable, desde en una perspectiva de cohesión sistemática de los derechos constitucionales, acudir a otros criterios más acordes con el modo en que, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia constitucional y ordinaria viene disciplinando las relaciones sinérgicas entre los distintos derechos.

² Esta contraposición de derechos fundamentales, como Molina Navarrete (2015, p.10) denuncia: “representaría, en un plano más de política del derecho, tanto como instrumentalizar un derecho fundamental, el de la justicia cautelar, al servicio de la neutralización absoluta de otro, la huelga”. Aunque, posteriormente (p.11), expresa, en sentido contrario, al defendido en este estudio: “(..) no está en juego propiamente la libertad de empresa, derecho de rango constitucional y naturaleza mercantil, de menor protección que el derecho de huelga, de rango fundamental y naturaleza social, sino el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial ex artículo 24 de la CE que incorpora, como para cualquier ciudadano, la justicia cautelar”.

³ Fernández Sánchez (2016, p. 272), aunque inicialmente parte del enfrentamiento entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho fundamental de huelga, llega a una conclusión similar sobre la base de una diferenciación determinante: que el primero es un derecho procesal y el segundo un derecho sustancial.

Pero lo cierto es que éste es un dato clave a tener en cuenta en la resolución de este asunto, pues esta prevalencia constitucional del derecho de huelga –en cuanto fundamental– sirve de apoyo y está detrás de la configuración –según la dogmática constitucional que estudiaremos– del contenido esencial del derecho fundamental de huelga en el cual está ínsita la posibilidad misma de presionar los intereses empresariales, con paralizaciones de la actividad laboral que pueden provocar desajustes y anomalías sobre el proceso de producción empresarial, que deben ser soportados por la parte patronal.

2.2. *Las medidas cautelares concretas previstas en la LRJS y en la LEC*

En nuestro objetivo de desentrañar si es viable jurídicamente la adopción por un órgano judicial de una medida cautelar suspendiendo (mientras se desarrolla el proceso declarativo procedente) una huelga cuya legalidad ha sido impugnada mediante la correspondiente demanda de conflicto colectivo, parece claro que la primera cuestión a plantearse es la relativa a si existe una previsión legal específica que, directa o indirectamente, habilite para tal fin.

Si bien es posible deducir fácilmente la posibilidad de adoptar medidas cautelares para la protección de la huelga de la previsión del art. 180 LRJS en el seno del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, lo cierto es que, en sentido contrario a esta protección, ninguna de las demás previsiones concretas de tutela cautelar de esta norma se refiere expresamente a la posibilidad de paralizar huelgas en favor de la protección del interés empresarial ni son fácilmente adaptables por analogía a este supuesto. Tampoco parece que dicha posibilidad pueda obtenerse ni derivarse de la remisión genérica del art. 79 LRJS a los arts. 721 a 747 de la LEC. Únicamente hay que tener en cuenta que, aunque el precepto no esté pensado necesariamente para las huelgas, el art. 727. 7ª LEC, con carácter general, permite: “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”. Sobre la base de esta amplia redacción, cabría entender aplicable la tutela cautelar en el supuesto que nos ocupa, con la salvedad de las llamadas medidas cautelarísimas.

A) Medidas cautelarísimas o inaudita parte

Por lo que se refiere a estas últimas, a mi juicio, la aplicabilidad al caso de la huelga, del art. 733 LEC, relativo a las denominadas *medidas cautelarísimas inaudita parte* plantea enormes dificultades jurídicas, pese a su adopción por los Autos –que posteriormente serán analizados– de los Juzgados de lo Social nº 10 y nº 39 de Madrid, de 20 de diciembre de 2022, con apoyo por este último en la interpretación de un Auto de 30 de marzo de 2010 del TSJ de Madrid. El citado precepto, establece, como regla general,

que el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, si bien permite, excepcionalmente, en su apartado 2º, sin posibilidad de recurso, acordarlas sin previa audiencia del demandado, si el solicitante lo pide y acredita que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

A mi modo de ver, la ausencia total de garantías procesales propia de esta posibilidad implica que deba ser tratada con carácter muy excepcional y que no conjugue bien con los supuestos en que está en juego el ejercicio de un derecho fundamental. Pero, a mayor abundamiento, difícilmente podrán apreciarse tales razones de urgencia en los casos de huelga al ser exigible un preaviso mínimo de 5 días (o 10 días encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos), salvo que la premura sea provocada por el propio demandante al demorar al extremo la presentación de la demanda y la solicitud de las medidas cautelares. En relación a esto último, hay que tener presentes los requisitos generales de este tipo de medidas inaudita parte: principio de buena fe y justificación de la urgencia (las razones de la urgencia han de ser independientes de las razones de la adopción de la medida cautelar misma), así como, en fin, que este tipo específico de medidas, por lo general, obtienen su justificación en el *factor sorpresa* que evite actuaciones premeditadas del demandado que puedan desvirtuar la eficacia de la tutela judicial (alzamiento de bienes, etc.) y que poco tienen que ver con supuestos de ejercicio de un derecho fundamental que está sujeto al preaviso del propio demandado. En definitiva, “la petición cautelar no puede degenerar en un medio de presión de una parte sobre la otra, hasta el punto de traicionar más bien que servir a los intereses de la Justicia” (Carnelutti, 1971, p. 435).

B) Numerus apertus

Excepción hecha de las cautelarísimas comentadas, no parece posible oponer a la posibilidad de adopción de las medidas cautelares generales la consideración como taxativa o *numerus clausus* de la enumeración de la LRJS –o, en su caso de la LEC–, puesto que a fin de cuentas –como se ha avanzado arriba– la adopción de medidas cautelares deriva del derecho a la tutela judicial efectiva y, de acuerdo con el art. 53.1 CE, este derecho vincula a todos los poderes públicos y es de aplicabilidad directa, sin necesidad de Ley de desarrollo que delimite su alcance y sin que su contenido esencial pueda ser desbordado por el desarrollo legal. Es decir, si existe un derecho material cuya tutela judicial efectiva requiera de la adopción de medidas cautelares, estas deberían poder ser adoptadas, aunque no se correspondan con uno de los tipos específicos previstos por la Ley. En este mismo, cabe apoyarse en los términos abiertos con que se expresan los arts. 726 y 727.11ª de la LEC.

Descartada de este modo, la oponibilidad de la inexistencia de un cauce una previsión legal específica para las medidas cautelares en estos supuestos (en contra: Roqueta Buj, 2015), cabe dirigir el análisis de su procedencia a los presupuestos generales que justifican su adopción.

2.3. Aplicabilidad al caso de los presupuestos justificativos de la medida cautelar

Los dos presupuestos clásicos que habilitan, según el art. 728 LEC, la adopción de las medidas cautelares son *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (peligro por la demora). Impedir el inicio del ejercicio de un derecho fundamental –o paralizarlo una vez iniciado– debería contar con una apreciación cualificada de cualquiera de estos presupuestos y, adicionalmente, –lo cual es todavía más importante– debería valorarse si el derecho cuya apariencia legitima la adopción de estas medidas en aras a su protección tiene suficiente entidad para limitar o anular el ejercicio del que se le contrapone. Con mayor razón, si se tiene presente que este último es un derecho fundamental en cuya definición de contenido esencial se halla ínsita, en sí misma, su potencialidad de producir daños en los intereses empresariales.

Así, cuando la apariencia de buen derecho fuera precisamente en favor de la huelga, la medida cautelar debería operar, en caso de ser precisa, justamente en sentido contrario, esto es, protegiendo el ejercicio de aquélla frente a actos que puedan perjudicarla. Quedaría, así, reservado el uso de las medidas cautelares que puedan paralizar las supuestas huelgas únicamente a los casos en que la apariencia de las mismas sea de manifiesta ilegalidad y, por tanto, pudiendo anticiparse que no se está ejercitando ningún derecho fundamental –sino todo lo contrario: un acto ilegal ajeno al derecho fundamental–. sí quedaría totalmente legitimada la protección de los intereses empresariales en juego y la evitación de los consiguientes daños sobre los mismos. En este último caso, no deberían existir demasiadas dificultades para poder verificar, junto a la apariencia de “buen derecho” empresarial, la concurrencia adicional del *periculum in mora* de daños sobre los intereses de la empresa que se originaría, con gran certidumbre, de mantenerse un proceso de huelga ilegal durante todo el tiempo que pudiera mediar desde su inicio hasta que se declarase su ilegalidad en la sentencia correspondiente.

Tratándose de una tutela cautelar que se produce sin que todavía se tengan elementos de juicio suficientes (pruebas contradictorias, informes periciales o, en su caso, de la ITSS, alegaciones de las partes, etc.), la adopción de esta medida, necesariamente, debería estar, en su caso, supeditada a la comprobación de indicios sólidos del derecho, pues todavía no es posible una declaración plena de su existencia. Cabe recordar, en este sentido, que los actos limitativos del ejercicio de derechos fundamentales deben aplicarse de manera restrictiva (entre otras: STC 159/1986). Del mismo modo, en sentido contrario, unas medidas como las referidas en los casos objeto de este estudio, deberían ser desestimadas cuando el indicio de derecho sea el de la contraparte (en este caso, en favor de la huelga) sin que sea posible limitar el ejercicio de un derecho fundamental, por anticipaciones o presunciones, a menos que de los hechos ya consumados (convocatoria de huelga, primeras manifestaciones o deriva posterior del proceso huelguístico) se desprendan indicios claros de que la huelga es ilegal y, por tanto, no se está ejercitando ningún derecho (ni fundamental ni ordinario) y que el derecho a tutelar, evitando perjuicios mayores, debe ser el empresarial.

Empleando una *ratio decidendi* similar, el primer Auto de la AN de 14 de mayo de 2015, en la huelga convocada por el sindicato de jugadores profesionales de fútbol, pre-

tendió fundamentar estas medidas cautelares en que algunos de los objetivos de la propia convocatoria de huelga podrían perseguir modificar lo pactado en convenio colectivo (constituyendo una declaración de huelga novatoria prohibida por el art. 11c) RDLRT, 17/1977, de 4 de marzo). De haber sido realmente así en aquel supuesto y, en general, en cualquier otro en que conste una declaración expresa en tal sentido en la convocatoria de huelga, ello permitiría, desde luego, de antemano, anticipar la clara ausencia de derecho por los sujetos convocantes, la consiguiente apariencia de derecho para los empresarios afectados y un peligro evidente de daños en sus intereses legítimos durante el tiempo que transcurriese hasta que se dictase resolución judicial definitiva, así como, por tanto, la necesidad de su evitación mediante medidas de cautela.

Fuera de estos casos en que el indicio sea cualificado y manifiesto –y así debe ser al estar en juego la limitación de derechos fundamentales– la medida cautelar debería ceder en beneficio del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga, sin perjuicio en todo caso, de que si la sentencia termina declarando la ilegalidad o abusividad de la huelga, quepa –a posteriori– el resarcimiento de daños y perjuicios por los sujetos convocantes y/o los demás responsables en los términos previstos en el art. 5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Pues, en efecto, como ha sido indicado (SSTS de 14 de febrero de 1990 y 3 de abril de 1991, R.º. 897/90), si bien, cualquier daño o perjuicio originado al empresario por el legítimo ejercicio del derecho de huelga debe ser soportado por él, cuando los huelguistas se extralimiten en el ejercicio del derecho y la huelga sea declarada ilegal pasarán a ser responsables por los daños causados (bien por la vía de la responsabilidad contractual del art. 1101 CC o la extracontractual del art. 1902 CC y ss.) los sindicatos convocantes o el comité de huelga si se prueba su participación o instigación de las conductas que provocan la ilegalidad de la huelga. En otro caso, las responsabilidades deberán individualizarse (art. 5 LOLS y STC 69/2016).

Finalmente, especialmente en estos supuestos huelguísticos objeto de nuestro estudio, no hay que perder de vista la importancia de la condición a que queda supeditada la adopción de una medida cautelar en el art. 726.1. 2ª LEC: “No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”. Este precepto tiene especial relevancia para los supuestos (v. gr.: Auto del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid) en que se pretenda fundamentar la medida cautelar en el carácter abusivo de la huelga, puesto que, para evitar esta circunstancia, cuando se trata de servicios esenciales para la comunidad, procederá la fijación de servicios mínimos por la autoridad gubernativa competente y no la adopción de medidas cautelares por el órgano judicial. Estas últimas deberían quedar reservadas, en su caso, exclusivamente a los supuestos en que pueda constatarse fehacientemente en un examen preliminar la ilegalidad de la huelga, pero no deberían ser aplicadas para evitar la abusividad de las huelgas, pues para este fin se cuenta con un cauce específico (servicios mínimos), perfectamente eficaz y menos lesivo para el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

3. Consecuencias de la caracterización del derecho de huelga como derecho fundamental

Como se desprende de las consideraciones realizadas hasta el momento, a efectos de la resolución de la cuestión objeto de este análisis, no puede obviarse la importancia del hecho de que en el caso de la huelga estamos en presencia de un derecho fundamental. Así, conforme al art. 53.1 CE, el derecho fundamental de huelga vincula a todos los poderes públicos (incluido el judicial) y su regulación por el poder legislativo queda sujeta a reserva de Ley (Orgánica: art. 81.1 CE),⁴ imponiéndose, en todo caso, el respeto a su contenido esencial.

3.1. Contenido esencial del derecho de huelga

El TC reconoce que el derecho de huelga es, como todo derecho, un derecho limitado, y también es un derecho que admite y precisa una regulación legal “no importando, pues, a efectos de juzgar su constitucionalidad, si la regulación del derecho es restrictiva sino si sobrepasa o no su contenido esencial” (SSTC 11/1981 y 332/1994, entre otras).

Resulta imprescindible, pues, dilucidar cuál es el contenido esencial del derecho de huelga y cuáles son sus implicaciones sobre la libertad de empresa y sobre los intereses empresariales, puesto que, por definición, la huelga supone una atentado –legalizado y constitucionalizado– sobre dichos intereses, que deben ser protegidos y son tutelables en otro contexto, pero no en este caso, pues, precisamente ello forma parte de aquello en lo que consiste la huelga.

La célebre STC 11/1981, de 8 de abril, ha establecido que el derecho de huelga es un derecho subjetivo y un derecho de carácter fundamental que tiene como contenido esencial la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. El reconocimiento de este derecho está ínsito en el art. 1.1 CE (Estado social de Derecho) y, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa de los intereses de grupos de la población socialmente dependientes. Asimismo, es general y notoria la jurisprudencia que entiende que, convocada la huelga, el empresario debe soportar sus consecuencias (en este sentido, la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT 17/1977 de 4 de marzo, etc.). Esta misma STC en relación con las posibilidades de declaración de abusividad y/o ilegalidad de las huelgas –que, lógicamente, son las que

⁴ De modo que ya, en un primer acercamiento desde índole formal, se aprecian dificultades para que mecanismos restrictivos con origen en una Ley ordinaria (LRJS/LEC) puedan tener potencialidad para la limitación de un derecho fundamental como el de huelga, sin previa remisión o habilitación por una Ley Orgánica. En este mismo sentido se pronuncia Lahera Forteza (2015, p. 335-336) que cita, a estos efectos, la STC 187/1999. Así, es por Ley Orgánica, en el art. 23 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que se regula la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando la autorización del Congreso para los estados de excepción o de sitio comprenda la suspensión de los arts. 28.2 y 37.2 CE, con base en la habilitación constitucional de los arts. 55 y 116 CE (Morales Sancho, 2016, pp. 2-3).

deberían servir de guía en la valoración apriorística a efectos de las medidas cautelares— reconoce que es necesario que los sacrificios mutuos sean proporcionados. No implica igualdad de padecimientos y daños, pues precisamente la huelga trata de reequilibrar una situación asimétrica de partida, lo cual no será posible si los daños resultantes para ambas partes son iguales (nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la *kampfparität* o una lucha de igualdad de armas). Por ello, sólo se debería poder impedir una huelga si puede encuadrarse en alguno de los motivos o modalidades prohibidas por el legislador (huelga ilegal) y/o cuando la falta de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin pretendido produce o implica la carencia absoluta de sacrificios mutuos (huelga abusiva). Si nada de esto concurre de manera evidente, el derecho fundamental de huelga no puede ser paralizado preventivamente, pues los daños del lado empresarial forman parte del contenido esencial de dicho derecho fundamental y, asimismo, —no debe olvidarse— que en caso de perjuicios desmedidos (notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas, ocupación ilegal o peligro cierto de que se produzca, así como irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción), se cuenta con la vía defensiva autorizada por nuestro ordenamiento jurídico constitucional (art. 37.2 CE) y legal (art. 12 RDLRT 17/1977, de 4 de marzo) del cierre patronal.

Sobre la base de la doctrina constitucional esbozada es posible vislumbrar serias dificultades para la verificación de la concurrencia de uno de los elementos justificativos de las medidas cautelares (*periculum in mora*), en la medida en que —siempre y cuando se trate de huelgas legales— la evitación con estas medidas cautelares de los daños sobre los intereses empresariales no constituyen un objetivo legítimo, pues su padecimiento forma parte de lo que constituye el contenido esencial del ejercicio mismo del derecho de huelga.

Así pues, no sólo desde el punto de vista de los presupuestos procesales de las medidas cautelares, sino también, desde esta perspectiva de contenido esencial del derecho de huelga, se presenta como única alternativa posible que puede hacer viable la adopción de estas medidas cautelares, la consideración de que la huelga en cuestión pueda valorarse como manifiestamente ilegal y que, por tanto, no exista el respaldo del ejercicio de este derecho fundamental que pueda justificar un atentado a los intereses de la empresa. Sin embargo, una valoración de tal magnitud que permita afirmar la ilegalidad de la huelga, normalmente, en momentos pre-procesales todavía muy prematuros resultará generalmente muy arriesgada, debiendo prevalecer la conclusión de que, salvo casos excepcionales —e improbables, dado que sería supina la ingenuidad de los convocantes que expresamente hagan constar objetivos ilícitos en la convocatoria—, en que de los propios objetivos planteados en la convocatoria de la huelga o en que del desarrollo del proceso huelguístico (v. gr. por actuaciones violentas o coactivas) pueda desprenderse directamente su ilegalidad, ha de permitirse y garantizarse la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga durante el desarrollo del proceso declarativo, sin perjuicio de que proceda la indemnización de los daños y perjuicios causados cuando a resultas de la sentencia quedase reconocida la ilegalidad de la huelga. Desde este punto de vista, la concurrencia del *fumus boni iuris* en favor del empresario solicitante de las medidas cautelares estaría condicionada en estos casos siempre a la apreciación de la apariencia cierta y manifiesta de la ilegalidad de la huelga.

En otro caso, ante la inexistencia de indicios claros de apariencia de ilegalidad de la huelga, habrá de presumirse la legalidad de la huelga mientras no se demuestre lo contrario en el curso del proceso declarativo y así se reconozca en la resolución judicial que le ponga fin y, por tanto, la adopción de la medida cautelar en estos casos constituiría, las más de las veces, una vulneración del derecho fundamental de huelga por parte del poder judicial y, por tanto, susceptible de ser recurrida en amparo ante el TC (arts. 53.2, 161.1a) y 162.1b) CE) una vez agotados todos los medios de impugnación posibles en vía judicial, en los términos previstos en el art. 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

En efecto, en tales supuestos, más bien podrá afirmarse que el *fumus boni iuris* estará en favor de la huelga, debiendo tenerse presente, además, –como desarrollaré en el siguiente apartado– que el *periculum in mora* es de especial magnitud en el caso del derecho de huelga para el que la elección del momento para su ejercicio resulta crucial en cuanto a su efectividad y cualquier demora puede originar los perjuicios de difícil reparación que justificarían, en caso necesario, una medida cautelar en su tutela y no justo lo contrario.

Planteado así el asunto, parece que la decisión sobre la adopción de estas medidas cautelares pende del estrecho hilo de una valoración apriorística sobre la ilegalidad de la huelga que –con mayor motivo tratándose de un derecho fundamental– exige un tratamiento restrictivo y riguroso que conduce a un espacio muy limitado para cualquier decisión de este tipo que pretenda adoptarse, debiendo otorgarse una presunción de licitud en su ejercicio que sólo debería destruirse en caso de indicios de flagrante ilegalidad o, en otro caso, mediante la oportuna sentencia recaída tras un proceso declarativo desarrollado con todas la garantías.

3.2. Eficacia y efectividad de las huelgas. La importancia del momentum

Al hilo del contenido esencial del derecho de huelga, se ha planteado –especialmente, con relación al esquirolaje tecnológico– la cuestión de si este derecho exige que se garantice solamente su eficacia o también su efectividad.⁵ Esta distinción en el ámbito de la huelga aparece ya tempranamente en nuestra jurisprudencia constitucional (STC 41/1984, de 21 de marzo). Como indica, Molina Navarrete (2015, pp. 10-11), pensando en la aplicabilidad de la misma *ratio* al caso de las medidas cautelares, el TS ha orientado su criterio en favor de la efectividad del derecho de huelga, limitando las medidas empresariales que la perjudiquen no sólo en el ámbito del esquirolaje tecnológico (STS de 5 de diciembre de 2012, Rº. 265/2011), sino también en otras modalidades de esquirolaje (v. gr. a través de contratas: SSTS de 11 de febrero de 2015, Rº. 95/2014, *Grupo PRISA* y de 20 de abril de 2015, Rº. 354/2014, *Coca Cola*; entre otras).

⁵ Véase sobre esta cuestión el interesante estudio de Escribano Gutiérrez (2017).

Sin embargo, existen pronunciamientos posteriores del TC sobre esta cuestión. La STC 17/2017, de 2 de febrero, entre otras razones, argumenta que el derecho de huelga no impone al empresario un deber de colaboración con los huelguistas y que no tiene por qué abstenerse de utilizar los medios técnicos con los que cuente y realizar la actividad productiva que le sea posible. A mi modo de ver, en efecto, en el caso del esquirolaje no es asumible que el empresario tenga que contribuir al éxito de la huelga colaborando para ello con los huelguistas inhibiéndose más allá de lo estrictamente necesario para garantizar su eficacia (viabilidad de su ejercicio). En efecto, a mi juicio, la situación de partida en cuanto a medios materiales (entre ellos, los tecnológicos) y humanos existentes en el momento de convocatoria de la huelga determinará el límite admisible de actividad empresarial durante de la misma, sin poder incorporar nuevos trabajadores o tecnologías para perjudicar el éxito o efectividad de la huelga, pero sin que tampoco sea exigible un comportamiento de colaboración del empresario que le impida continuar la actividad con los medios disponibles. Pues una cosa es que no pueda adoptar una actitud que impida la eficacia del derecho fundamental de huelga, y otra cosa es que toda huelga deba tener efectividad y éxito, por el mero hecho de ser convocada, con independencia del grado de adhesión de los trabajadores, porque se obligue al empresario a quedar totalmente inerte o paralizado ante su ejercicio⁶.

Ahora bien, la adopción de esta visión no debe interpretarse, necesariamente, como favorable a las medidas cautelares objeto de este estudio, sino más bien todo lo contrario, puesto que mi postura es, en realidad, en favor de garantizar la eficacia de la huelga (asegurando siempre la posibilidad de su desarrollo, si es legal) si bien supeditando su efectividad (o logro de sus objetivos) al éxito que consiga alcanzar por sí misma, en virtud del nivel de adhesión alcanzado y/o el acierto de la estrategia empleada. Aplicando este mismo razonamiento, a *sensu contrario*, a nuestro tema, la solicitud de medidas cautelares por la empresa y, en su caso, su adopción por el órgano judicial, en la mayor parte de los casos, pueden limitar no sólo su eficacia (al impedir su ejercicio) sino también su efectividad a futuro, en la medida en que, incluso, permitiéndose su ejercicio en un momento posterior, una vez subsanadas las supuestas deficiencias o en un proceso de huelga independiente posterior, la coyuntura fáctica general (económica, social, comercial..) y/o de la empresa en cuestión pueden ser muy diferentes, corriéndose el riesgo de que la capacidad de presión sobre el proceso productivo sea menor –o, incluso, muy inferior– dependiendo del momento en que la huelga sea desarrollada. En este sentido, para referirme al efecto de estas medidas cautelares sobre las huelgas, prefiero el término *paralización* sobre el vocablo *suspensión* de uso más habitual para estos casos, pues lo cierto es que, las más de las veces, la huelga que es impedida con estas medidas en un momento concreto y determinado ya no será exactamente la misma, por el probable cambio circunstancial y de contexto cuando, en su caso, tras la sentencia, se declare su legalidad y se permita su desarrollo posterior. Por lo tanto, más que de una

⁶ En este sentido, inicialmente, la STS de 4 de julio de 2000 (Rº. 75/2000) y la citada STC 17/2017, de 2 de febrero. En contra, las SSTC 183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, de 19 de junio y la STS de 5 de diciembre de 2012 (Rº. 265/2011).

reanudación de la misma huelga tras su suspensión, en gran parte de los casos será más apropiado hablar de inicio de una nueva huelga tras la paralización del intento anterior: “(...) impidiendo su ejercicio (a eso equivale la suspensión)”, en palabras de Sempere Navarro (2015, p. 17).

Es más, si tras la adopción de las medidas cautelares, finalmente, en la sentencia que resuelva el proceso de conflicto colectivo se reconociera la legalidad de la huelga, no parece que el perjuicio para su ejercicio pueda venir compensado siempre de manera suficiente con la ejecución de la caución que, en su momento, se hubiera constituido, pues, difícilmente contrarrestará que, en muchos casos, con posterioridad, la huelga ya no pueda realizarse y que, por tanto, quede totalmente desvirtuada.⁷ A mayor abundamiento, reconocer la virtualidad de la caución ofrecida por el demandante como contrapeso suficiente para favorecer la adopción de estas medidas cautelares podría degenerar en un efecto de monetización del ejercicio del derecho de huelga.⁸

En conclusión, del mismo modo que, en el caso del esquirolaje, defiende que el éxito de la huelga debe depender de los propios trabajadores (en función de la elección del momento, de la estrategia adoptada y, sobre todo, del grado de aceptación y adhesión) y no de imponer medidas de inhibición exorbitantes a la empresa, *a sensu contrario*, en el caso de las medidas cautelares, el eventual fracaso de la huelga debe depender de estos mismos factores asociados al fenómeno huelguístico mismo, y no de la actitud judicial beligerante de la empresa que, si obtiene respaldo formal vía medida cautelar, puede contribuir no sólo a perjudicar la eficacia de una huelga concreta sino, incluso a largo plazo, la efectividad de esta o futuras huelgas y el logro de objetivos que, en un primer momento, hubiera sido hipotéticamente alcanzable.

Por tanto, a mi juicio, no integra el contenido esencial del derecho de huelga, la necesidad de salvaguardar su efectividad mediante una actitud totalmente abstencionista de la empresa, pero sí la preservación de su eficacia frente a atentados por parte de la empresa o frente a actos judiciales (v. gr. medidas cautelares), posibilitándose, de este modo, la efectividad potencial de la misma, si por méritos propios consigue notoriedad y relevancia suficiente para el logro de sus objetivos. Todo ello, obviamente, en caso de que la huelga pueda presumirse legal, pues cuando existan indicios sólidos de ilegalidad de la huelga que puedan apreciarse y derivarse de un simple examen preliminar, la conclusión debe ser en favor de la admisibilidad de estas medidas cautelares, como he defendido más arriba e iré desarrollando en los capítulos siguientes.

⁷ En este sentido, con relación al caso del Auto de la AN de 14 de mayo de 2015, se ha señalado que: “(...) sin perjuicio de la caución (5.000.000 €) realizada por la LNFP para paliar los hipotéticos daños que pudiese generar la suspensión de la huelga en el caso de que esta no fuera declarada finalmente ilegal, lo cierto es que si la Sala en el proceso principal de Conflicto Colectivo declara, finalmente, que la huelga es ajustada a derecho, ésta quedaría totalmente desvirtuada ya que las competiciones habrán finalizado y la huelga no podría llevarse a cabo, quedando sin contenido el ejercicio de este Derecho Fundamental” (Navarro Serrano, 2015, p.7).

⁸ Fernández Sánchez (2016, p. 272), plantea esta interesante cuestión sobre este pernicioso efecto adicional.

4. Análisis y valoración de los distintos pronunciamientos judiciales

4.1. El Auto pionero de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015

La controversia que dio lugar a este Auto se originó durante la vigencia (desde 1 de julio de 2014 hasta 31 de diciembre de 2016) del Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional (BOE de 9 de octubre de 2014), suscrito entre la AFE y la LNFP. En el citado Convenio se recogía —artículo 43 «Fondo Social» — que la LNFP entregaría a la AFE, por cada temporada de vigencia del Convenio, distintas cantidades para que la AFE las destinase a fines benéficos y al normal desarrollo de su actividad. Asimismo, en el Anexo III de la citada norma colectiva —que llevaba por título «Fondo de Garantía Salarial» — se establecía que la LNFP garantizaría el pago de las deudas que los Clubes/SADs mantuviesen con sus futbolistas profesionales, correspondientes a las temporadas 2014/2015 y 2015/2016, mediante la constitución de un Fondo de Garantía Salarial, que abonaría las cantidades adeudadas, con ciertos requisitos y condiciones. Así, concretamente, en una reunión de la Comisión Negociadora del Convenio celebrada el 25 de julio de 2014, el Presidente de la LNFP se comprometió a promover que se consignara en una futura norma sobre la venta centralizada de los derechos audiovisuales un 0,5% neto del total de los citados derechos en favor de la AFE, pero el posterior RDL 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, no contempló dicho porcentaje en favor del mencionado sindicato de futbolistas profesionales.

La AFE reaccionó promoviendo, con fecha de 7 de mayo de 2015, como paso previo a la huelga, un procedimiento de mediación ante el SIMA, que se consideró finalizado sin acuerdo el 12 de mayo, puesto que el 8 de mayo la LNFP había presentado demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando que se declarase ilegal la huelga convocada por la AFE y su suspensión como medida cautelar, sin ofrecer caución (si bien, posteriormente, en la vista de 13 de mayo, ofreció una caución de 5.000.000 € que fue aceptada por la AN, al considerar que era una omisión subsanable). El 10 de mayo, la AFE notificó la convocatoria de huelga, que se proyectó se desarrollaría, inicialmente, durante 7 días, de manera intermitente, impidiendo previsiblemente la conclusión de los campeonatos de 1ª División y de 2ª División B.

Como ya se expuso al principio de este trabajo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) por Auto de 14 de mayo de 2015, accedió a la medida cautelar solicitada por la LNFP en orden a suspender la huelga convocada por el sindicato de futbolistas profesionales AFE, al considerar que la misma *podría* tener un fin ilícito consistente en modificar el convenio colectivo aplicable (huelga novatoria)⁹ y por entenderse acreditado

⁹ Concretamente, el Auto indica al respecto: “(...) la simple lectura del art. 43 y el anexo III del convenio, reproducidos en el hecho probado segundo y los objetivos de la huelga, identificados en su convocatoria, reproducidos en el hecho probado noveno, así como en la propia carta remitida por el señor Héctor a sus asociados (hecho probado octavo), permiten adelantar un juicio provisional favorable a que *algunos* de los objetivos de la huelga *podrían* tener por finalidad la modificación del convenio colectivo vigente (...)”.

que generaría un grave desorden organizativo que, en caso de falta de adopción de estas medidas, derivaría en situaciones de imposible reparación. Si bien el grave desorden organizativo se relacionó, en abstracto, con la incidencia sobre la celebración de las jornadas pendientes en Primera División y Segunda B –por lo que parecía conectarse con el interés de los usuarios–, resulta evidente la latencia del interés empresarial mismo que podría verse afectado como consecuencia de la huelga.

La AN entendió que ante la cuestión de si cabe solicitar una medida cautelar de suspensión de una huelga cuya ilegalidad se pretende en la demanda principal, cuando se acreditan indicios favorables al fundamento de su pretensión, la respuesta es positiva, por cuanto si no se hiciera así, se bloquearía esencialmente la efectividad de la tutela reclamada, puesto que la huelga se activaría, aun cuando hubiera riesgo real de que se declare ilegal. El Auto concluyó, así, que cabe la tutela cautelar frente al ejercicio ilícito del derecho fundamental de huelga “(...) cuando en la solicitud de la medida cautelar se contengan datos, argumentos y justificaciones documentadas que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de la pretensión, si bien dichos indicios deberán acreditarse de modo exigente para asegurar todas las garantías formales, así como las pautas propias del principio de proporcionalidad para la aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales”.¹⁰

Como se ha ido concluyendo en las consideraciones realizadas en los apartados anteriores, tanto desde la perspectiva de los presupuestos procesales de las medidas cautelares (necesidad de proteger una apariencia de derecho –*fumus boni iuris*– y evitar los eventuales daños que el transcurso del tiempo puede originar –*periculum in mora*–), como desde el punto de vista del propio contenido esencial del derecho fundamental de huelga, la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares que impidan la efectividad de las huelgas parece que debería limitarse a los casos en que, flagrantemente, dicho derecho fundamental no sea reconocible como tal en virtud de las circunstancias concurrentes en el concreto proceso pretendidamente huelguístico de que se trate, por poderse apreciar, con certeza, su ilegalidad. Así, en este caso, frente al argumento de la AFE que esgrimió que las eventuales restricciones a un Derecho Fundamental sólo pueden establecerse mediante Ley Orgánica, puede oponerse que siendo ello cierto, de lo que se trataría en estos supuestos es –más bien– de determinar cuáles son los criterios que, a priori, permiten delimitar el ejercicio del derecho fundamental de huelga (que, efectivamente, tendría el tratamiento privilegiado aducido) de los actos ajenos a dicho derecho fundamental y que sí deberían poder ser paralizados.

Pues, si los objetivos, tipología elegida o demás condicionantes de la huelga, la convierten en manifiestamente ilegal, no estaríamos ante un contexto de tutela de derecho fundamental sino ante un acto ilegal, y las medidas de tutela procedentes serían en

¹⁰ Molina Navarrete (2015, p. 11), glosando este pasaje, expresa: “(...) la Audiencia Nacional se ha encargado de llevar adelante esta doctrina constitucional hasta sus máximas consecuencias en uno de los derechos fundamentales en juego, la justicia cautelar, pero lo ha ignorado por completo, incomprensiblemente, para el otro, el derecho de huelga”.

favor de aquellos derechos a los que aquel se opone. En este mismo sentido, el Auto de la AN de 14 de mayo de 2015 afirmaba que, como la tutela cautelar forma parte de la tutela judicial efectiva asegurada por el art. 24.1 CE, “(...) si el ejercicio del derecho de huelga quedara blindado absolutamente, aunque concurrieran indicios sólidos de ilicitud de la huelga, se lesionaría claramente el derecho a la tutela judicial efectiva (...)”.¹¹ A mi juicio, no cabe duda de que, si la huelga es ilegal, no existe propiamente huelga ni ejercicio de derecho fundamental alguno, sino que se trataría de un acto ajeno al derecho fundamental que debe impedirse que prevalezca sobre la tutela de los intereses empresariales, recurriendo para ello a medidas cautelares u otras. Hasta aquí no cabe duda de la oportunidad de la cita por este Auto de la doctrina constitucional contenida en las SSTC 332/1994, 333/1994 y 40/1995, y en las SSTS de que, asimismo, se aportan en el mismo en el sentido de que “(...) no pueden reclamarse las garantías, inherentes al ejercicio legal del derecho fundamental de huelga, cuando se ejerce en la ilegalidad”.

Pero es precisamente este presupuesto necesario, la determinación de “cuando se ejerce en la ilegalidad”, lo que plantea problemas para la adopción de la medida cautelar, y lo cierto es que el citado Auto termina por justificar su adopción en que los hechos probados “permiten adelantar un *juicio provisional* favorable a que algunos de los objetivos de la huelga *podrían* tener por finalidad la modificación del convenio colectivo vigente (...)”. Posteriormente, incluso se subraya de nuevo que se trata de un juicio provisional, que podría ser modificado, en su caso, cuando se entre a conocer de la demanda principal (...)”. A mi modo de ver, no es admisible que con base a meros indicios y admitiendo el propio órgano judicial la provisionalidad de su criterio y la mera probabilidad (al emplear el término “podrían”) de la ilegalidad de la huelga, se justifique la paralización del ejercicio de un derecho fundamental. En este mismo sentido se pronuncian Molina Navarrete (2015, pp. 12 y 13) y Fernández Sánchez (2016, p. 271), en cuanto a la suspensión de la huelga por “riesgo potencial” acordada por este Auto y al empleo del término “*podrían*”, o, en palabras de Cabeza Pereiro (2015): ¿Hay que suspenderla, por si acaso?

Si el indicio no es sólido (en el sentido de que no sea posible extraer la ilegalidad directamente del texto de la convocatoria de huelga, de la ausencia de legitimación de los sujetos convocantes, de la modalidad de huelga elegida, etc.), la presunción debe ser en favor del ejercicio legal del derecho fundamental y las interpretaciones que tiendan a limitarlo deben ser restrictivas y no a la inversa. En este sentido, la STC 159/1986 – citada por el propio Auto– indica: “La fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”. En mi opinión, no cabe oponer a este razonamiento el argumento

¹¹ Morales Sancho (2016, p. 4) destaca que estas medidas provisionales contenidas en el art. 728 LEC (Ley ordinaria), reciben, así, un doble standard en su tratamiento, pues, tratando de eludirse la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE, no se consideran un elemento nuclear del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero sí se considera que tienen entidad suficiente, como derivación de este mismo derecho, para desplazar a otros derechos fundamentales como el de huelga.

del Auto que afirma que “(...) si el ejercicio del derecho de huelga quedara blindado absolutamente, aunque concurrieran indicios sólidos de ilicitud de la huelga, se lesionaría claramente el derecho a la tutela judicial efectiva (...)”, puesto que –como he avanzado antes– si el indicio es sólido de ello no cabe duda, pero en caso de que no lo sea, tanto derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tienen los sujetos convocantes de la huelga como los empresarios afectados, pero con el matiz de que, en tales casos *a priori* dudosos –que seguramente serán la mayoría– el derecho de huelga es un derecho fundamental (sección 1ª, capítulo II, título I CE) cuyas limitaciones deben aplicarse e interpretarse restrictivamente, mientras que los intereses empresariales potencialmente protegibles por las medidas cautelares, derivan de un simple derecho cívico (sección 2ª, capítulo II, título I CE) de libertad de empresa, que además pueden venir potencialmente afectados (o perjudicados) en virtud del propio contenido esencial del derecho de huelga.

En los supuestos –como fue el caso de este Auto– en que el criterio sobre la licitud de la huelga deba ser provisional, por resultar imposible adoptarlo sin proseguir el proceso declarativo, no puede paralizarse el ejercicio de un derecho fundamental como el de huelga con el pretexto de que existe el riesgo de que se originen perjuicios para los intereses empresariales (pues este riesgo es connatural a toda huelga y sólo debe evitarse cuando lo planteado no pueda ser calificado, con certidumbre, como tal huelga sino como un acto ilegal). En ausencia de declaraciones suficientemente reveladoras en la convocatoria de huelga o hechos notorios, la cuestión sobre la licitud de la huelga debe dilucidarse en el seno del proceso judicial oportuno con todas las garantías, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico otras garantías (servicios mínimos si se trata de servicios esenciales, cierre patronal...) y consecuencias jurídicas previstas (indemnización de daños y perjuicios y demás responsabilidades) para el caso de que, a posteriori, se concluya la abusividad o ilegalidad de la huelga. De lo contrario, el riesgo que realmente se originará –y es aquel que verdaderamente debería evitarse de acuerdo con las consideraciones anteriores– es sobre la efectividad del ejercicio del derecho fundamental de huelga pues podría ocurrir que, tras haberse paralizado eventualmente la huelga, se aprecie, al finalizar el proceso declarativo, que la misma era legal y el perjudicado (con consecuencias de muy difícil reparación, por lo expuesto más arriba con relación al *momentum*) ha sido el ejercicio efectivo de este derecho fundamental. Esto podría muy bien haber ocurrido en este caso, si atendemos a las siguientes argumentaciones en contra del criterio mantenido por este Auto de la AN:

- a) De la lectura del hecho probado noveno, en ningún caso se desprende directamente que los objetivos de la huelga, identificados en su convocatoria, tengan por fin la novación del convenio vigente, sino discutir su adecuada implementación a través de una norma con rango de Ley: el RDL 5/2015. En este mismo sentido se pronuncian Fernández Sánchez (2016, p. 274) y Morales Sancho (2016, p. 5) que entiende que las reivindicaciones de la AFE se pudieron satisfacer con la modificación del RDL, dejando intacto el convenio. En estos términos, resulta difícil comprender que se estime que existen indicios

suficientes de la existencia de una huelga novatoria ilegal pues esta no se dirigía a la novación del convenio sino frente al RDL. A mayor abundamiento, Lahera Forteza (2015, p. 333) destaca –agudamente– que la propia *LFP* reconoció, implícitamente, que la huelga se dirige contra con el RDL del Gobierno, al pretender su calificación como política y que, en todo caso, la incidencia de la nueva regulación del RDL es un claro ejemplo de cambio sobrevenido de circunstancias originado por una norma con rango legal que fundamenta que la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en cuanto excepción a la consideración de una huelga como novatoria, como expresamente reconoció la STC 210/1990.

- b) Asimismo, como ha subrayado Roqueta Buj (2015), debe desecharse la eventual consideración como política de la huelga planteada por los futbolistas, aun cuando pretendiera incidir sobre una norma con rango de Ley (RDL 5/2015), por cuanto no puede ser considerada como huelga política pura o insurreccional sino que “no cabe duda de que nos encontramos ante una huelga política «mixta» dirigida a los poderes públicos para la defensa de los intereses profesionales de los futbolistas profesionales, y no ante una huelga puramente política y desvinculada del interés profesional de estos trabajadores y, mucho menos, ante una huelga que tenga por objeto subvertir el orden democrático” (p. 11).
- c) Asimismo, la citada autora, que ha estudiado en profundidad este tipo de cuestiones¹², entiende que el convenio colectivo analizado no puede ser considerado estatutario (lo cual constituye un requisito necesario, según la jurisprudencia constitucional, para que opere la prohibición de huelga novatoria del art. 11 c) RDLRT)¹³, ni –en cualquier caso– se pretendía la modificación de los compromisos sino su correcta aplicación (motivación expresamente admitida como no novatoria por esa misma doctrina del TC).
- d) Por su parte, otros autores (Cabeza Pereiro, 2015) se plantean que si sólo “algunos de los objetivos de la huelga podrían tener por finalidad la modificación del convenio colectivo vigente”: ¿convierten la huelga enteramente en ilegal? En un sentido parecido, se pronuncian Molina Navarrete (2015, p. 12) y Lahera Forteza (2015, p. 334) para quien la ilegalidad de la huelga (y con mayor motivo su paralización) requiere que todos sus motivos estén fuera de la Ley, pues, lo contrario amputa al convocante el derecho a sus reivindicaciones que sí son legítimas.
- e) En cuanto al grave desorden organizativo aducido por este Auto de la AN, Baylos Grau (2015) entiende que dado que el art. 7.2 RDLRT 17/1977 no se refiere a la huelga intermitente, la huelga convocada por la *AFE* no podía

¹² Entre otras obras directamente relacionadas con este particular véase: Roqueta Buj (2019).

¹³ “(...) ya que la legitimación negociada del art. 87.2 del ET se basa en el criterio de la audiencia electoral según los resultados de los sindicatos en las elecciones a delegados y comités de empresa en el ámbito del convenio colectivo y estas elecciones no se promueven ni por los futbolistas profesionales ni por los sindicatos” (p.12).

considerarse abusiva sino que, en estos casos, debe presumirse su licitud, que puede admitir la prueba en contrario del demandante “siempre que se pruebe plenamente la vulneración del principio de proporcionalidad de los sacrificios que debe medirse a la luz de la restricción menor posible del derecho de huelga”. Añade el autor, que la AN consideró probado en este incidente cautelar la “grave desorganización” en función de “los compromisos internacionales de España y de los propios clubes, así como por las propias fechas de las vacaciones de los futbolistas”, pero esta afirmación necesitaría compararse con otras fechas, para poder verificar si la causa alegada no resulta una invocación genérica aplicable a la práctica totalidad del tiempo y si esa alegación no podría servir, realmente, para “impedir en cualquier momento –o en escasísimos lapsos temporales– que los futbolistas hagan huelga, lo que implicaría por tanto la ablación judicial del derecho de huelga de esta categoría de trabajadores con independencia de que tengan reconocido el derecho de huelga”. Para Fernández Sánchez (2016, p. 275) cabe preguntarse: ¿qué sentido tendría una huelga de futbolistas que se desarrollase fuera de los días en que tienen que jugar un partido, que no tuviese consecuencias sobre la organización? En efecto, no parece que deba ser este el sentido de la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad, pues está ínsito en toda huelga legal no abusiva su potencialidad para infligir daños organizativos a la empresa que –para la autora indicada– deberían estar relacionados –para que la huelga fuese abusiva– con la afectación de otros intereses y/o derechos concurrentes del mismo nivel que el de huelga y, en este caso, no se explica dónde está el interés público ni aparece implicado ningún servicio esencial de relevancia constitucional. Molina Navarrete (2015, p. 13), en este último sentido, cita la STC 148/1993. En cualquier caso, como indica Lahera Forteza (2015, p. 335), con relación al daño económico y organizativo adicional que pudiera provocar esta huelga a finales de la temporada futbolística, este no fue buscado a propósito por la AFE, sino que derivó de la necesidad de reaccionar frente al RDL del Gobierno, que fue quien eligió esta fecha para su promulgación.

A mi juicio, todas estas convincentes argumentaciones no hacen sino poner de manifiesto el riesgo que implican estas medidas cautelares, adoptadas sobre la base de meras anticipaciones sin la posibilidad de aducir y probar, en un proceso declarativo con todas sus garantías, este otro tipo de argumentaciones en contra, que –a la postre– revelan que no siempre las cuestiones son tan evidentes como apriorísticamente parecen. El hecho de que esté en juego el ejercicio de un derecho fundamental –como es el de huelga– aboga por la exigencia de las mayores garantías procesales posibles en orden a su limitación y, a mi juicio, no impide conceptualmente la adopción de medidas cautelares con carácter general, pero las debería limitar, en la práctica, a supuestos muy excepcionales en que, expresamente, se planteen en la convocatoria de huelga objetivos ilegales: insurreccionales, novatorios, etc., consten órdenes o instrucciones que patenten procedimientos de huelga

manifiestamente abusivos o ilícitos (en el sentido de dirigir de manera directa a modalidades abusivas, al uso de la violencia, etc.) o, incluso, el propio origen de la huelga parta de titulares que no ostentan legitimación para ello, por no tratarse de sujetos colectivos (o de los propios trabajadores en asamblea) legitimados para el ejercicio colectivo del derecho de huelga en representación de sus titulares individuales (trabajadores asalariados o funcionarios públicos). En definitiva, la oportunidad y legalidad de las medidas cautelares, desde mi perspectiva, se aprecia únicamente respecto de aquellas actuaciones que pretendiendo presentarse como huelguísticas, realmente, pueda verificarse, mediante un mero examen preliminar que no parten de los sujetos legitimados, no se corresponden con los objetivos adecuados o no se ajustan a las modalidades o procedimientos que permitan identificarlas realmente como manifestaciones verdaderas del derecho fundamental de huelga.

4.2. *El Auto desestimatorio de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2019*

La propia AN, posteriormente, en Auto de 12 de abril de 2019, rechazó una petición de suspensión cautelar de huelga formulada por la empresa *AIR NOSTRUM* frente a la convocatoria de huelga por parte del sindicato *SEPLA*.

En este caso existía un acuerdo previo, de 14 de junio de 2018, en el que se habían acordado limitaciones a la externalización en relación con los vuelos que *AIR NOSTRUM* operaba para la compañía *IBERIA* en el marco del contrato de franquicia entre ambas empresas. El mencionado sindicato entendía que dicho acuerdo se estaba incumpliendo y, tras la realización de una primera huelga en noviembre de 2018, se convocó una segunda huelga para diciembre del mismo año, pero de la previa de mediación ante el SIMA el 7 de diciembre de 2018 resultó un preacuerdo (cuya validez y eficacia jurídica quedaba condicionada a la ratificación en asamblea prevista en los estatutos de *SEPLA*) que fijaba unas fórmulas externalización que permitieron desconvocar la huelga y arrancar el compromiso sindical a no “iniciar o promover huelga con motivo de la negociación del V Convenio Colectivo, hasta la firma de éste”. Sin embargo, la asamblea no ratificó el preacuerdo y *SEPLA* convocó una huelga para abril de 2019 con el fin de reclamar el cumplimiento del acuerdo previo de 14 de junio de 2018.

Como reacción ante esta convocatoria, la empresa presentó demanda de ejecución para exigir el cumplimiento del compromiso de “no iniciar o promover huelga con motivo de la negociación del V Convenio Colectivo, hasta la firma de éste” –que consideraba independiente del pacto sometido a ratificación en asamblea sobre las fórmulas de externalización– pactado en el preacuerdo de 7 de diciembre de 2018, acompañando una petición de medidas cautelares para la suspensión de la efectividad de la huelga convocada.

Sin embargo, en este caso, la AN rechazó la medida cautelar solicitada, al entender que este tipo de medidas sólo pueden adoptarse en el seno de un proceso declarativo para asegurar la eficacia de la sentencia que dé solución a la cuestión controvertida, pero no cuando ya se cuenta con título ejecutivo suficiente en Derecho, en cuyo caso procede instar la ejecución: “(...) Es decir, está asociada a la inexistencia de solución del conflicto

y su finalidad es asegurar la posible solución del mismo. Por tanto, en supuestos como el presente, en que nos hallamos ante un título que tiene aparejada ejecución, tan sólo cabe instar la ejecución, con la celeridad que su caso proceda, sin que esté prevista legalmente la medida cautelar en fase de ejecución (...).”

No obstante la conclusión anterior, el Auto va más allá y llega a plantearse –“a los solos efectos dialécticos”– la admisibilidad de estas medidas en el hipotético caso de que sí hubieran sido admisibles en vía ejecutiva y concluye que no existe *fumus boni iuris* porque no se puede entender válido el preacuerdo del 7 de diciembre de 2018 en el SIMA al no ser ratificado en asamblea y tampoco se puede valorar como independiente el compromiso de inhibirse de la huelga de aquel pacto sobre las fórmulas de externalización no ratificado porque “(...) no puede entenderse vigente un acuerdo de paz social autónomo, sin contraprestación de ningún tipo (...)”.

Asimismo, –en un sentido similar al que se defiende en el presente trabajo– en cuanto al *periculum in mora* se entendió que “(...) toda huelga produce un perjuicio, pero se puede paliar”.

4.3. Los Autos de los Juzgados de lo Social 10 y 39 de Madrid de 20 de diciembre de 2022

Más recientemente, dos Autos de los Juzgados de lo Social nº 10 y nº 39 de Madrid, ambos de 20 de diciembre de 2022, adoptaron medidas cautelares de paralización de la huelga convocada para el día 22 de mismo mes y año en dos empresas integrantes de la Unión Temporal de Empresas (UTE) encargada de la gestión de los servicios de filtros de seguridad del Aeropuerto Adolfo Suárez Barajas de Madrid.

El Auto del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid sostuvo que “ha de darse primacía a la defensa de los intereses generales de la sociedad en materia de servicio público de transporte en fechas en las que la mayoría de pasajeros –y también trabajadores– disponen de determinados días del año para el traslado a distinta localidad de su lugar de trabajo. Sin perjuicio de ser perfectamente atendible la decisión de declarar la situación de huelga siempre y cuando no incida directamente en el mayor daño que al servicio en la sociedad pueda efectuarse, especialmente en la actividad del transporte. Tampoco puede obviarse que el personal auxiliar en los filtros de seguridad, debe comprobar que (...), sin olvidar que el Reglamento CE 300/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por el que se establecen las normas comunes para la seguridad de la aviación civil, el control del acceso a las zonas restringidas de seguridad, tiene como finalidad garantizar que no entre ninguna persona sin autorización, ni se introduzcan artículos prohibidos en las zonas restringidas de seguridad ni en las aeronaves”.

Llama la atención que este Auto, a diferencia del dictado por el Juzgado de lo Social 39 de Madrid, únicamente se refiera este tipo de consideraciones relativas al eventual carácter abusivo de la huelga como fundamento de la adopción de la medida cautelar suspensiva de la huelga, sin referencia alguna a la posible consideración de las reivindicaciones planteadas como huelga novatoria del convenio que se acababa de acordar y que

había sido publicado por resolución de 30 de noviembre de 2022, con inicio de eficacia el 1 de enero de 2023.

En efecto, el Auto del Juzgado de lo Social 39 de Madrid, aunque también parte de la ponderación de los intereses implicados (“sometiendo a valoración ponderada las reivindicaciones (*sic*) que constituyen la base del conflicto que desemboca en la huelga y de otra parte, el interés público y los derechos de los consumidores y usuarios, deben ceder las primeras frente a los segundos”), sí que adiciona argumentos basados en la consideración como novatoria de la huelga convocada.

Sin embargo, si nos detenemos en el primero de los fundamentos aducidos, es posible apreciar que tanto el Auto del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid como el Auto del Juzgado de lo Social 39 de Madrid, al realizar la ponderación de los intereses en juego sostuvieron, respectivamente, que “ha de darse primacía a la defensa de los intereses generales de la sociedad en materia de servicio público de transporte en fechas en las que la mayoría de pasajeros –y también trabajadores– disponen de determinados días del año para el traslado a distinta localidad de su lugar de trabajo. Sin perjuicio de ser perfectamente atendible la decisión de declarar la situación de huelga siempre y cuando no incida directamente en el mayor daño que al servicio en la sociedad pueda efectuarse, especialmente en la actividad del transporte” y que “sometiendo a valoración ponderada las reivindicaciones (*sic*) que constituyen la base del conflicto que desemboca en la huelga y de otra parte, el interés público y los derechos de los consumidores y usuarios, deben ceder las primeras frente a los segundos”.

A mi juicio, resulta evidente que la ponderación de derechos constitucionales no debe realizarse, directamente, optando por la suspensión aleatoria de uno de ellos, sino aplicando el principio de proporcionalidad (idoneidad/adequación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), auspiciado desde antaño por nuestro TC y también por la jurisprudencia ordinaria. Llama especialmente la atención, en este aspecto, el hecho de que en el segundo de los pronunciamientos judiciales se lleguen a mencionar como derechos prevalentes sobre un derecho fundamental como el de huelga (contenido en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución), los derechos de los consumidores y usuarios, que cuentan con reconocimiento en el art. 51 de la Carta Magna, entre los principios rectores de la política social y económica a que se refiere el Capítulo III de su Título I. Obviamente, el recurso al art. 19 de la Constitución hubiera planteado la ponderación de derechos en pie de igualdad formal, pero el apoyo en el art. 51 CE revela, de antemano, cierta falta de consideración a la gran trascendencia del papel constitucional del derecho de huelga en nuestro sistema.

Sin embargo, de cualquier modo, en el supuesto del derecho de huelga la protección de los intereses generales, en servicios esenciales como el transporte, recibe un tratamiento específico mediante la técnica de la fijación de servicios mínimos, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 28.2 CE de garantizar los servicios esenciales para la comunidad.

Al hilo de las consideraciones anteriores, resulta especialmente paradójica la cita por el Auto del Juzgado de lo Social 39 de Madrid, en su razonamiento jurídico 4º, de la

STC 184/2006, que se emplea como fundamento justamente de una decisión contraria a la albergada en la doctrina constitucional contenida en la misma: “El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad (...)” En definitiva, aunque por el Auto se nos ofrece esta STC como ejemplo de la doctrina constitucional que impide la negación absoluta del derecho de huelga, debiendo reconducirse las limitaciones que procedan, por la conciliación con los derechos de la colectividad, a la técnica de los servicios mínimos en servicios esenciales como el transporte, inexplicablemente, en el caso concreto, se opta por impedir el ejercicio mismo del derecho de huelga mediante de la adopción de esta medida cautelar.

Además, como pusieron de manifiesto las propias sentencias de estos Juzgados de lo Social nº 39 y 10 de Madrid, de 23 de enero y 13 de marzo de 2023 que decidieron, posteriormente, sobre el fondo del asunto, el eventual carácter “abusivo de la huelga quedó suficientemente neutralizado con la fijación de los servicios mínimos del 90% (hecho pacífico), que evitarían un perjuicio desproporcionado que se habría derivado de la misma”. Por tanto, –como las propias sentencias vienen a reconocer– la tutela de los intereses generales implicados en los servicios esenciales para la comunidad puede quedar garantizada plenamente mediante la habitual técnica de la fijación administrativa de servicios mínimos, sin necesidad de esta novedosa adopción de unas medidas cautelares que impiden totalmente, en un momento dado, el ejercicio de este derecho fundamental. E inciden también sobre su efectividad, puesto que, aunque un reconocimiento como el –ahora comentado– efectuado por estas sentencias hubiera podido dar viabilidad a la huelga en un momento posterior –si bien este no fue el caso–, igualmente hubiera incidido negativa y directamente sobre su mayor “visibilidad” durante las fiestas navideñas inicialmente proyectadas, afectando así a las probabilidades de éxito de sus reivindicaciones.

Si atendemos al texto de estas mismas sentencias, al resolver, finalmente, sobre el fondo del asunto se declara la huelga ilegal con base a la consideración de algunos defectos en la convocatoria de huelga que se estiman contrarios al art. 11d) RDLRT 17/1977, de 4 de marzo; por considerar que se trataba de una huelga novatoria contraria al art. 11c) de la misma norma; y, asimismo, tras reproducir la doctrina de la AN (SAN 1/2003, de 7 de enero) y del TS (STS de 10 de noviembre 2006, Rº. 130/2005) sobre la distinción entre huelga ilegal y abusiva, sorprendentemente, se declara también su carácter abusivo, pese a que se reconoce expresamente que “el carácter abusivo de la huelga quedó suficientemente neutralizado con la fijación de los servicios mínimos del 90%”, pero sobre la base de que también se consideró cierto “que la huelga carecía de justificación (...)” porque pretendía “(...) la modificación del contenido normativo establecido en el convenio recién firmado”. Es decir, pese a que –muy pedagógicamente– se nos expone la diferencia entre huelga ilegal (que patentiza actos ajenos al derecho fun-

damental, por no reunir los requisitos legales) y huelga abusiva (cuya noción presupone la existencia de derecho y, por ello, gravita no sobre el derecho, sino sobre su ejercicio) y, tras reconocer que en el caso concreto su eventual abusividad quedó neutralizada con unos servicios mínimos del 90%, se termina considerando la huelga en cuestión igualmente abusiva por entenderse novatoria (ilegal), desvirtuando así la distinción previa que tan didácticamente se había expuesto antes.

A mi juicio, esta evidente contradicción puede tener su explicación en el intento de dar cobertura y coherencia jurídica la fundamentación del Auto de medidas cautelares del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid que –como he anticipado arriba, a diferencia del Auto del Juzgado de lo Social 39 de Madrid– basó únicamente la adopción de tales medidas en la abusividad de la huelga. De este modo, si, finalmente, se hubiera terminado declarando en estas sentencias que la huelga fue ilegal, pero no abusiva en su ejercicio –con unos servicios mínimos del 90%, como se apuntó en ambas sentencias–, se estaría reconociendo, con relación al Auto del caso del Juzgado de lo Social 10 de Madrid, que se había impedido el ejercicio de la huelga con base, exclusivamente, en un argumento que después se demostró improcedente. Así que, aunque se reconoce previamente que no es lo mismo huelga ilegal que abusiva, en este caso, se termina concluyendo –forzadamente– que, aunque no debería considerarse abusiva, igualmente tiene que ser declarada como tal por ilegal.

Cuestión distinta es la aducida por el Auto del Juzgado de lo Social 39 de Madrid respecto al requisito de la apariencia de buen derecho y a las referencias a las deficiencias formales observadas en la comunicación de la huelga, así como con relación a su carácter novatorio. Concretamente, el Auto de Juzgado de lo Social 39 de Madrid apreció que la comunicación de la huelga no concretaba adecuadamente ni su ámbito de afectación ni su duración. Además, consideró que la huelga era novatoria porque en el momento en que se convocó la huelga, el contenido normativo del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad aprobado por Resolución de 29 de diciembre de 2021, permanecía vigente hasta el 31 de diciembre de 2022, quedando prorrogado íntegramente hasta su sustitución por otro Convenio de igual ámbito y eficacia por resolución de 30 de noviembre de 2022. El nuevo convenio fue publicado, finalmente, con vigencia desde 1 de enero de 2023 hasta el 31 de diciembre de 2026.

Como he ido anticipando, en mi opinión, la consideración de la huelga como ilegal, como en el caso de una huelga novatoria, implicaría que no nos encontrásemos ante el ejercicio de un derecho fundamental sino ante un acto ilegal, revirtiendo entonces la apariencia de buen derecho en favor de la contraparte y sí que podría estar justificada la adopción de las medidas cautelares en protección de los intereses empresariales. Pero –como también he ido indicando– es muy complicada esta valoración, a modo apriorístico, sin contar con los elementos de juicio que proporciona el completo desarrollo del proceso declarativo. Así, en el Auto comentado, se solventan sin más trámite y mediante la adopción de *medidas cautelarisimas inaudita parte*¹⁴ cuestiones dudosas tales como: la

¹⁴ El Auto del Juzgado de lo Social 10 de Madrid resuelve, expresamente, en este sentido: “Acreditadas razones de urgencia, y teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda y la fecha de inicio de la huelga, la audiencia previa, en este caso, podría comprometer el buen fin de la medida cautelar, por lo cual se acuerda sin

incidencia que podría tener si el convenio vigente se encontrase en fase de ultraactividad, si pudiera interpretarse que el pacto de empresa que el propio Auto reconoce que se perseguía tiene acomodo en la preferencia aplicativa de los convenios de empresa del art. 84.2 ET u otras desestimadas, directamente, en el propio Auto (como la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, o que la reivindicación tenga por fin forzar el cumplimiento del convenio).

Cabe recordar, en este sentido, la postura restrictiva, en cuanto a la valoración del carácter novatorio de las huelgas, adoptada por la doctrina del TS: “la amplitud con que nuestro ordenamiento jurídico concibe el derecho de huelga, supone que la valoración de si su objetivo conlleva la alteración de lo pactado en Convenio Colectivo hay que efectuarla «estrictamente», es decir, que la intención de quebrantar lo pactado ha de ser clara y patente –sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1990– (...)” (STS de 3 de abril de 1991, Rº. 897/1990). Si este criterio restrictivo debe guiar la apreciación del carácter novatorio de una huelga en el seno del proceso declarativo, con mayor razón parece que debería aplicarse en el momento previo de decidir la adopción de las medidas cautelares.

En cualquier caso, mi objetivo con estas consideraciones no es discutir, en sí misma, la consideración de la huelga como novatoria en este asunto concreto, sino que, siendo este un estudio que se limita al estudio de la viabilidad de las medidas cautelares con relación a la huelga, más bien intento poner de relieve cómo –a diferencia de lo que ocurre en las sentencias que resuelven sobre el fondo de estos asuntos– en el momento de adopción de las medidas cautelares la limitación de la “efectividad” del derecho fundamental de huelga al impedir su desarrollo en las fechas planteadas, está basada en consideraciones que, en muchos casos, pueden ser dudosas y requerir de elementos de juicio de mayor empaque que los que pueden obtenerse en una valoración apriorística que prescinde, incluso, de la audiencia previa a las partes, pero que –no obstante– produce graves efectos limitativos sobre la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental.

5. Conclusiones

Son perfectamente posibles supuestos concretos –probablemente muy excepcionales, como algunos que he ido apuntando más arriba– en que, por instrucciones o actuaciones dirigidas por los convocantes o como –si hubiera sido el caso– el resuelto por el Auto de la AN de 14 de mayo de 2015 en que, de la simple lectura de la convocatoria de huelga, se

más trámites, a través del presente auto (art. 733. 2 LEC)”. Parece, incluso, que los criterios de oportunidad en cuanto al momento de presentación de la demanda pueden beneficiar al solicitante de las medidas cautelares e implicar, otra pérdida adicional de garantías (la audiencia previa) para quien pretende ejercer un derecho fundamental. Pues, según este criterio, parece que bastará con demorar la presentación de la demanda acompañada, en su caso, de la solicitud de medida cautelar, hasta el último instante previo al de la fecha de inicio proyectada para la huelga para, así, conseguir que estas medidas puedan ser adoptadas “por razones de urgencia” inaudita parte y sin más trámite, pese a ser un derecho fundamental el que, con ellas, se está limitando.

podiera llegar concluir que existen evidencias claras de que, por ejemplo, se trata de una huelga novatoria ilegal. En tales casos, ante la ilegalidad manifiesta de la huelga (puesto no se cuenta con el respaldo de estar ejercitándose un derecho fundamental) puede estimarse procedente y justificada la adopción de medidas cautelares en protección de los intereses empresariales, e incluso, en su caso, los de los clientes y usuarios afectados.

Es cierto que, tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico laboral ha atribuido a la autoridad gubernativa las facultades de intervención para evitar huelgas abusivas contra los intereses de la comunidad o que puedan irrogar perjuicios graves sobre los intereses generales o para la economía nacional.¹⁵ En este sentido, cabe recordar las posibilidades que, bajo ciertas condiciones y en casos excepcionales, ofrece a la autoridad gubernativa, pero no a la judicial, la normativa vigente (art. 10. 1 y 2 RDLRT), constitucionalizadas con ciertos matices por la STC 11/1981, en cuanto a medidas de intervención e, incluso, imposición de arbitrajes obligatorios. O también, con carácter más general, pero también muy excepcional, en el art. 23 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, de excepción y de sitio.

Sin embargo, como hemos ido viendo a lo largo de este estudio, a mi juicio, ni esta preferencia de nuestro Derecho por la autoridad gubernativa, ni la falta de previsión legal expresa de este tipo de medidas cautelares, deberían impedir que la autoridad judicial pueda paralizar aquellos actos –a buen seguro muy infrecuentes– que, de forma notoria, apriorísticamente y sin necesidad de actividad argumentativa o probatoria adicional, sean susceptibles de ser identificados como actos ilegales y, por tanto, ajenos al derecho fundamental de huelga. Por ser más concreto, ejemplificaré: ¿Cabe alguna duda sobre que, hipotéticamente, la autoridad judicial podría paralizar una huelga convocada por militares que plantearse como objetivo subvertir el orden constitucional? ¿No resulta evidente que un órgano judicial debería poder paralizar cualquier huelga en la que en el propio texto de la convocatoria se exprese literalmente: “con esta huelga pretendemos novar el convenio colectivo estatutario vigente”? Evidentemente, estos son casos extremos realmente improbables, pero sólo trato de evidenciar con esto que, conceptualmente, esta posibilidad por sí misma, debería ser viable, si bien reservada a casos puntuales de clara ausencia de derecho de huelga o de presencia de objetivos ilegales.

Lógicamente, las dificultades surgen cuando –seguramente, sean la mayoría de los casos– la determinación del carácter ilegal del acto en cuestión no sea tan evidente. Pues bien, en estos otros casos más difusos, a mi juicio, (sin perjuicio de la oportunidad del *test* que podría diseñarse por Ley con el objeto de asistir en la tarea de identificación de actos ilegales ajenos al derecho fundamental de huelga), la presunción debería ser en

¹⁵ Baylos Grau (2015) subraya en relación a esto: “Pero la huelga es un derecho constitucional, no una libertad que se relacione estrictamente con el espacio del contrato, y el momento de su ejercicio debe ser preservado y garantizado salvo en los supuestos en los que la constitución prevé que se pueden introducir limitaciones, única y exclusivamente legitimadas por que quien las realiza es una autoridad de gobierno y que por tanto efectúa un acto político de restricción de un derecho fundamental. En el resto de los supuestos, el control judicial puede verificar las consecuencias y las responsabilidades del ejercicio irregular de este derecho fundamental, pero no impedirlo con carácter previo”.

favor de la legalidad de la huelga convocada y para desvirtuar tal presunción deberían exigirse las correspondientes pruebas constatadas en el seno de un proceso declarativo y no la vía incidental cautelar.

En efecto, fuera de casos tan patentes como los que acabo de ejemplificar, en la mayoría de procesos huelguísticos no es probable que pueda alcanzarse certidumbre sobre la ilegalidad de la huelga mediante un simple análisis preliminar de la convocatoria de huelga y, asimismo, en la inmensa mayoría de supuestos con potencialidad para tal fin, como actuaciones coactivas o violentas de piquetes, incumplimiento de servicios de seguridad y mantenimiento o de servicios mínimos en servicios esenciales para la comunidad o modalidades de huelga empleadas que puedan reputarse abusivas, será precisa cierta actividad probatoria, alegaciones y demás actuaciones procesales para concluir que dichas actuaciones, caso de ser de suficiente entidad a estos efectos, han sido dirigidas o incitadas por los sujetos convocantes viciando de ilegalidad la huelga misma. Será preciso, por tanto, en estos casos, entrar a valorar el fondo del asunto tras seguirse los cauces procesales completos, sin que sea admisible anticipar medidas cautelares sobre la base de consideraciones conjeturales que tendrían como efecto impedir el ejercicio de un derecho fundamental respecto del que no puede presumirse su ilegalidad.

Tratándose de un derecho fundamental, cuyas eventuales limitaciones deben ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva según la doctrina del TC que hemos analizado más arriba, se precisa, además, –más aun, si cabe– prueba en contrario de su licitud, con todas las garantías y medios procesales oportunos, pues en caso de que, finalmente, la sentencia declarase la licitud de la huelga, los daños originados por las medidas cautelares con su paralización son los que, en realidad, podrían llegar a ser de imposible reparación o indemnización, como se ha anticipado más arriba al hablar de la efectividad de la huelga y de la importancia del *momentum*.

Mientras no pueda estimarse que el objetivo, contenidos o desarrollo de la huelga es manifiestamente ilícito o abusivo por sí mismo, habrá de entenderse, necesariamente, que forma parte del contenido esencial del derecho de huelga que los sujetos legitimados puedan convocarla cuando estimen más oportuno y que el ejercicio del mismo pueda provocar daños sobre los intereses empresariales y el de sus clientes y/o usuarios del servicio (con los debidos servicios mínimos si se trata de servicios esenciales para la comunidad), debiendo considerarse las medidas cautelares que en sede judicial que traten de proteger estos intereses, impidiendo el desarrollo de la huelga, vulneradoras del art. 28.2 CE. Pues, además, –como he venido afirmando– la preocupación por no originar daños a la empresa no puede impedir el ejercicio de un derecho fundamental (salvo si existen evidencias irrefutables de que estamos ante manifestaciones que no puedan entenderse comprendidas dentro del mismo), pues la ponderación de los bienes jurídicos en juego siempre estará a favor de este. Como afirmó la STC 11/1981, con relación al art. 37.2 CE y al cierre patronal, un simple derecho cívico (en este caso –como se avanzó más arriba– se trataría de la libertad de empresa del art. 38 CE tutelada por las medidas cautelares y no del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE del que estas derivan) no puede impedir un derecho fundamental.

Por otro lado, la protección de los intereses de los usuarios debe reconducirse a la fijación de servicios mínimos siempre que, conforme al propio art. 28.2 CE, se trate de servicios esenciales para la comunidad. Por lo que, asimismo, salvo supuestos de ilegalidad manifiesta de la huelga, resulta exorbitado justificar medidas cautelares limitadoras del entero desarrollo de la misma sobre la pretendida protección de dichos intereses.

Finalmente, la eventualidad de que posteriormente pueda quedar demostrado, tras el completo desarrollo del proceso declarativo, que la huelga fue ilegal, no es óbice para estas conclusiones, en la medida en que la tutela de los intereses empresariales podrá realizarse a través correspondiente indemnización de daños y perjuicios por quienes puedan ser considerados sujetos responsables, en los términos del art. 5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). Y sin que deba soslayarse el importante elemento que, a estos efectos, aporta el hecho de que, durante el desarrollo de la huelga, el ordenamiento jurídico permite limitar los daños empresariales exorbitantes –en los supuestos en que procede su utilización– por la vía del cierre patronal defensivo previsto en el art. 12 del RDLRT 17/1977, de 4 de marzo, derivado el art. 37.2 CE. Todo ello sin perjuicio de las medidas disciplinarias que, a posteriori, pueda ejercitar el empresario –incluido, en su caso, el despido– una vez declarada la ilegalidad de la huelga.

En definitiva, que el primero de los pronunciamientos (Auto AN de 14 de mayo de 2015) basara su decisión en una convocatoria de huelga de cuyos términos eventualmente se *podía* desprender directamente su ilegalidad (por novatoria), no puede ser entendido como que este constituya el precedente que justifique, con carácter general, para toda la serie de pronunciamientos posteriores, que sea lícito paralizar automáticamente huelgas por el mero de estar en peligro el interés empresarial, puesto que este debe ceder frente al ejercicio de un derecho fundamental cuyo contenido esencial, precisamente, consiste en esto: en limitar colectivamente la actividad laboral de los trabajadores, con mayor o menor incidencia para la actividad empresarial, según el grado de éxito o efectividad de la huelga, con los consiguientes eventuales perjuicios para el interés empresarial.

Por todo lo dicho, se echa en falta y resulta deseable y necesario, a la vez que perentorio, un pronunciamiento del TC sobre el fondo de este asunto,¹⁶ evitando que se automatice a futuro la adopción de estas medidas que, salvo en muy excepcionales casos, serán gravemente vulneradoras del derecho fundamental de huelga.

Asimismo, es preciso –no sólo por las cuestiones controvertidas asociadas a este asunto, sino también por muchas otras pendientes– que, por fin, el legislador tenga el arrojo de acometer una regulación global del fenómeno de la huelga con una norma postconstitucional con el debido rango de Ley Orgánica. Con relación al asunto tratado en este estudio, sería deseable que dicha norma incorpore una serie de criterios que delimiten cuáles son los contornos y requisitos mínimos, verificables apriorísticamente en

¹⁶ Como recuerda Lahera Forteza (2015, p. 336), la sentencia 148/1993, de 29 de abril, que citó el propio Auto de la AN de 14 de mayo de 2015, es el único pronunciamiento hasta la fecha del TC sobre una medida cautelar con relación a la huelga, y prevaleció este derecho fundamental.

un examen preliminar, que configuran una huelga legal, y cuya concurrencia impediría la adopción de estas medidas cautelares. Sólo en el caso que de dicha valoración apriorística se desprendiera de manera flagrante e indubitada que el proceso huelguístico en cuestión no reúne tales condicionantes mínimos podría entenderse que no se trata de una huelga realmente y, entonces, al no gozar de las garantías propias de este derecho fundamental, nos encontraríamos ante actuaciones que deberían ceder frente a la protección del interés empresarial en juego, mediante la adopción medidas cautelares u otras.

6. Bibliografía citada

- BAYLOS GRAU, Antonio, 2015. Sobre la suspensión de la huelga de los futbolistas. En *Según Antonio Baylos...* [en línea] Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2015/05/sobre-la-suspension-de-la-huelga-de-los.html> [consulta: 23 de octubre de 2023]
- BLASCO PELLICER, Ángel Antonio. Las medidas cautelares en la LRJS: especialmente en procedimientos de extinción del contrato del art. 50 del ET. En: NORES TORRES, Luis Enrique (coord.): *Problemas actuales del proceso laboral: Homenaje al profesor José M^a Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Valencia: Tirant Lo Blanch. 2020, 255-278.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, 2015. Me gusta el fútbol, pero no tanto. En *Caderno Social Periférico*. [en línea] Disponible en: <http://conjaimecabeza.blogspot.com/2015/> [consulta: 23 de octubre de 2023]
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. Derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 139, 2017, 217-228.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia ¿Qué se suspende: el campeonato de fútbol o el derecho de huelga? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 44, 2016, 265-276.
- LAHERA FORTEZA, Jesús. La huelga del fútbol en fuera de juego (Auto de la Sala Social de la Audiencia Nacional 14 de mayo 2015). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 2015, 330-337.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. La tutela cautelar en la jurisdicción social. *Revista española de derecho del trabajo*, 194, 2017, 23-53.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Poder en el fútbol y derecho de huelga: ¿Un «uso estratégico antihuelga» de la justicia social cautelar? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 387, 2015, 5-14. <https://doi.org/10.51302/rtss.2015.2652>
- MORALES SANCHO, Guillermo A. 2016. La huelga futbolística. Suspensión cautelar del derecho fundamental de huelga (art. 28. 2 CE). A propósito del Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015. En *Research Gate*.

- Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/297759816_La_huelga_futbolista. [consulta: 23 de octubre de 2023] DOI:10.13140/RG.2.1.2868.9040.
- NAVARRO SERRANO, Antonio. El derecho de huelga: ¿es posible acordar como medida cautelar la suspensión de la huelga cuando se cuestiona si ésta es ilegal? Comentario al Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 14 de mayo de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 2015, 119-124.
- ROQUETA BUJ, Remedios. La suspensión de la huelga de los futbolistas como medida cautelar. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 47, 2015, 27-45.
- ROQUETA BUJ, Remedios. El reglamento del plan de ahorro de los futbolistas. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 65, 2019, 27-45.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. Suspensión cautelar de huelga novatoria (el conflicto futbolístico). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 176, 2015, 17-34.

La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo

Additional compensation for violation of fundamental rights of Article 183 LRJS. Reflections about their aims and their calculation

David Crespo Ortiz

Personal investigador no doctor

Universitat de València

ORCID ID: 0009-0003-4426-2571

Recibido: 11/9/2023

Aceptado: 16/10/2023

doi: 10.20318/labos.2023.8256

Resumen: El artículo 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social introducía en el ordenamiento español una indemnización adicional en caso de vulneración de derechos fundamentales en el orden social, no del todo desconocida anteriormente, con unos matices en su tipicidad que plantean una serie de cuestiones relativas a la naturaleza de lo que se está indemnizando y a su determinación. A lo largo de estas líneas se analizan las principales características con que la jurisprudencia dota a esta indemnización, así como los distintos elementos que actualmente se hacen servir en su cálculo.

Palabras clave: clave: derechos fundamentales, indemnización, derecho del trabajo, daños morales.

Abstract: Article 183 of Law 36/2011, of October 10, regulating social jurisdiction, introduced additional compensation in the Spanish legal system in case of violation of fundamental rights in the social order, not entirely unknown previously, with some nuances in its typicality that raises a series of questions related to the nature of what is being compensated and its determination. Along these lines we analyze the main characteristics with which the jurisprudence endows this compensation, as well as the different elements that are currently used in its calculation.

Keywords: Article fundamental rights, compensation, labor law, moral damages.

1. Una indemnización automática, autónoma e indisponible

La indemnización adicional que reconoce el artículo 183.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS) ha sido dotada por la jurisprudencia de ciertas características que la singularizan respecto de otras indemnizaciones por daños, principalmente su carácter de automatización del daño, su autonomía respecto de otras indemnizaciones y la necesidad o no de ser pedida para ser concedida.

El Tribunal Supremo reconoce que han existido al menos cuatro posiciones a lo largo del tiempo¹ respecto a la necesidad o no de aportar por parte del demandante bases o indicios suficientes sobre los que poder apreciar un daño y su cuantificación, así como si debe o no entenderse que toda vulneración de derechos fundamentales produce un daño moral de forma inherente. En un primer momento la sala entendía la concesión de la indemnización por daños morales de forma automática², la vulneración del derecho suponía la causación del daño y obligación de reparar. Posteriormente, exigían que se aportaran las bases y elementos necesarios para justificar la indemnización, indicios o puntos de apoyo en que basar su cálculo, no siendo automática la concesión de la indemnización³. En un tercer momento se flexibiliza al máximo la relevancia de dichas bases o apoyos, maximizando la discrecionalidad del juzgador debido a la dificultad que entraña la traducción económica del daño moral⁴. Actualmente, si bien es exigible que sean identificadas las «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada», entiende que en el caso de los daños morales tal exigencia debe excepcionarse cuando resulte difícil su estimación detallada⁵ (lo que presumiblemente será en la inmensa mayoría de los casos).

Un análisis más pormenorizado nos permite ver que esta evolución no es tan lineal ni tan taxativa. De hecho, puede considerarse que en realidad no ha acontecido cambio o contradicción alguna a lo largo del tiempo (Arias Domínguez, 2023, p. 50). Para entender esto hay que tener en cuenta que en esta doctrina se están tratando dos cuestiones diferentes, la primera es si la vulneración por sí misma causa el daño y la segunda de cómo proceder a la cuantificación de dicho daño.

¹ STS de 5 de octubre de 2017 (Rº. 2497/2015, Sala de lo Social). Esta sentencia ha supuesto un antecedente muy relevante habida cuenta el número de sentencias que se hacen eco de la misma para fijar la posición adoptada los distintos jueces y tribunales al respecto: SSTS de 30 de noviembre de 2022 (Rº. 29/2020, Sala de lo Social); de 24 de junio de 2020 (Rº. 3471/2017, Sala de lo Social); de 13 de abril de 2023 (Rº. 217/2021, Sala de lo Social); STSJ de Canarias de 22 de septiembre de 2020 (Rº. 699/2020); STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2020 (Rº. 3043/2020)...

² SSTS de 9 de junio de 1993 (Rº. 3856/92, Sala de lo Social) y de 8 de mayo de 1995 (Rº 1319/94, Sala de lo Social).

³ SSTS de 22 de julio de 1996 (Rº. 7880/95, Sala de lo Social) y de 15 de abril de 2013 (Rº. 1114/12, Sala de lo Social).

⁴ SSTS de 21 de septiembre de 2009 (Rº. 2738/08, Sala de lo Social) y de 11 de junio de 2012 (Rº. 3336/11, Sala de lo Social).

⁵ SSTS de 17 de diciembre de 2013 (Rº. 109/2012; de 8 de julio de 2014 (Rº. 282/2013, Sala de lo Social); de 2 de febrero de 2015 (Rº. 279/2013, Sala de lo Social); de 26 abril 2016 (Rº.113/2015, Sala de lo Social); de 12 julio de 2016 (Rº. 361/2014, Sala de lo Social).

Respecto de la automática causación del daño, en ningún momento el tribunal ha dejado de aceptar que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejado un daño moral, se asume la idea de automatización de la causación del daño, y que producido este daño surge la obligación del órgano jurídico de repararlo, incluyendo la indemnización (art. 182.1.d LRJS). Este reconocimiento automático está presente desde un primer momento, siendo las exigencias para el cálculo de dicho daño lo único que ha ido variando hasta la inexigibilidad hacia el agraviado de aportar bases o apoyos concretos que permitan arrojar una cifra del daño sufrido. Es decir, no se ha negado que la vulneración de un derecho produzca automáticamente un daño moral, sino que se ha llegado a la conclusión de que su apreciación por parte del tribunal, y su cuantificación, se hará de acuerdo con unas bases y apoyos aportados por quien lo reclama. Sin embargo, la aportación de tales indicios no puede ser exigida para los daños morales, y si estas bases o apoyos no son presentados en el juicio, tal omisión no puede conllevar que no se determine indemnización alguna, pues el daño, efectivamente, ha sido causado y debe compensarse, aunque para su cuantificación se aleguen unas cifras genéricas sin colegir del relato fáctico un «*sufrimiento personal, daño moral y en la personalidad del actor*»⁶, siendo en la práctica tan sólo suficiente la existencia de una vulneración de derechos fundamentales⁷.

Otra cuestión que ha sido tratada por la jurisprudencia es si toda vulneración de derechos fundamentales debe ser objeto de indemnización, aunque no provoque nulidad de la conducta empresarial por no fundamentarse dicha conducta en tal vulneración. En este sentido el Tribunal Constitucional⁸ viene a resolver de manera positiva que una vulneración de derechos fundamentales debe ser compensada cuando es efectivamente apreciada por los tribunales. La exigencia de indemnización adicional por una vulneración de derechos fundamentales es por tanto autónoma independientemente de si la vulneración irradia o no efectos de nulidad a las decisiones que pueda adoptar el empresario. Así, la vulneración debe entenderse por sí misma y siempre que esta exista nacerá un derecho a su indemnización.

Dentro de la autonomía de la indemnización, esta es también independiente de otras indemnizaciones previstas en la normativa laboral. El artículo 183 LRJS en su apartado 3 afirma que las demás indemnizaciones serán compatibles, pero matiza que lo serán *en su caso*. De esta forma, se ha considerado que las consecuencias de declaración de nulidad de un despido (art. 55.6 ET, reincorporación y salarios dejados de percibir) por trasgresión de la garantía de indemnidad suponían, por sí mismas, indemnización suficiente por el conjunto de daños y perjuicios sufridos por el trabajador, incluidos los daños morales. Se entendía que, dado que la vulneración del derecho a la indemnidad era precisamente la causa de la nulidad del despido y dado que la ley establecía ya una respuesta restaurativa e indemnizatoria, no procedía el reconocimiento de otra indemnización⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido rectificando estas interpretaciones,

⁶ STS de 5 de octubre de 2017 (Rº. 2497/2015, Sala de lo Social, FD. 1.6).

⁷ STS de 23 de febrero de 2022 (Rº. 4322/2019, Sala de lo Social).

⁸ STC de 15 de marzo de 2021, núm. 61/2021.

⁹ STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2019 (Rº. 608/2018).

al menos respecto de los “despidos-represalia”¹⁰, que debe hacerse extensiva a otras vulneraciones de derechos fundamentales. Establece la jurisprudencia que no puede ser entendida como compensada la vulneración del derecho fundamental simplemente como resultado de la aplicación de las medidas resarcitorias o indemnizatorias tasadas que reconoce la normativa laboral, aun cuando no se hayan podido demostrar daños mayores o la aplicación de estas indemnizaciones hayan restablecido al damnificado en su derecho. La indemnización adicional del art. 183 LRJS está implícitamente unida a la vulneración producida, no a las consecuencias que puedan derivarse de eventuales declaraciones de nulidad, es una indemnización especial y específica y sin el reconocimiento de dicha indemnización adicional la vulneración de derechos fundamentales «*quedaría vacía de suficiente protección y reparación, y desde luego, sin ese añadido valor disuasorio*»¹¹.

Así pues, no cabe subsumir completamente la indemnización por derechos fundamentales dentro de las otras indemnizaciones que recogen las normas laborales, pues estas no compensan el daño moral implícitamente unido e indisociable a una vulneración de un derecho fundamental, ni tienen la capacidad disuasoria que exige el artículo 183 LRJS. Lo que pretende la indemnización es compensar el daño moral que indefectiblemente ha producido la vulneración, aunque no sea posible demostrar dicho daño como un sufrimiento concreto, y disuadir de realizar tales comportamientos en un futuro.

Otra cuestión a plantear es en qué medida puede considerarse de aplicación el principio dispositivo a la concesión de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, es decir, si basta con alegar la infracción de un derecho fundamental para que sea concedida la indemnización del artículo 183 LRJS o es necesario peticionar expresamente tal indemnización.

El Tribunal Supremo ha resuelto que se produce incongruencia por omisión cuando, apreciada la lesión de derechos fundamentales no se resuelve sobre la indemnización, aunque este punto no haya sido expresamente pedido por el demandante, y lo hace en un caso de recurso en el que el demandante en la instancia sí solicitó la indemnización, pero prescinde de tal petición en suplicación¹². Para esto el tribunal Supremo alega que la indemnización del artículo 183 LRJS es accesoria a la petición principal y debe operar de la misma forma que operaría el derecho de opción reconocido en el Convenio de aplicación a favor del trabajador ante un despido improcedente, o la consideración de una prestación como pensión por acto terrorista si es concedida a consecuencia de un acto de tal naturaleza. Por tanto, debe resolverse sobre la indemnización siempre que se constate vulnerado un derecho fundamental, dado que su eficacia y aplicación no puede ser discutida cuando la pretensión principal es estimada (López Bermejo, 2023). Lo que está diciendo el tribunal es que la solicitud de parte respecto de resolver sobre una vulneración de derechos fundamentales lleva implícita la petición de reparar dicho daño, y en consecuencia debe apreciarse automáticamente la indemnización sin necesidad de pedirla. Ciertamente el caso resuelve un supuesto en el que, al menos en un primer mo-

¹⁰ STS de 9 de marzo de 2022 (Rº. 2269/2019).

¹¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2018 (Rº. 1825/2017, F.J. 3).

¹² STS de 10 de enero de 2023 (Rº. 2582/2020, Sala de lo Social).

mento, sí se realiza petición expresa en primera instancia. Sin embargo, en mi opinión, nada obsta para que este planteamiento de accesoriedad y automaticidad sea entendido desde un primer momento.

2. Los problemas de monetizar el daño moral

Que el daño moral, entendido como sufrimientos, padecimientos y menoscabos, es, por su naturaleza, objeto de imposible valoración económica directa, supone un lugar común que ha venido siempre apuntándose en la doctrina y en la jurisprudencia, y está en la base de los reparos históricos a la hora de entender este tipo de daño como algo indemnizable.

Superada en un primer momento la idea de que tales daños no podían de ninguna forma ser indemnizados, surgió la cuestión de cómo proceder a su reparación, desplegando toda una problemática al respecto de la naturaleza del indemnizable. Para empezar, la indemnización por daños morales no puede ser comparable a la de los daños patrimoniales, ya que ambas atienden a dos pérdidas de utilidad diferentes, en los daños patrimoniales la disminución de la utilidad provocada por la lesión es perfectamente traducible a dinero o bienes, pues serán derechos sobre bienes y riqueza los que han sido lesionados. En los daños morales *«implica una reducción del nivel de utilidad (del derecho lesionado) que ni el dinero, ni los bienes intercambiables por este, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para compensar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente»* (Gómez Pomar, 2000, p. 1-2). Por tanto, la *restitutio in natura* o por equivalente es imposible cuando hablamos de daños morales. Sin embargo, una vez superada la ley del talión, la única vía humanamente posible para acercarnos a una “reparación” del daño moral es la económica, otorgando una cantidad concreta de riqueza material. Así, aunque el sufrimiento carezca de valor de mercado, si los daños morales son indemnizables, y tal indemnización será monetaria, es preciso calcular dicha indemnización.

Más allá de baremos concretos¹³ o directamente de porcentajes¹⁴, lo cierto es que la valoración de los daños morales en la legislación generalmente aporta criterios desdibujados, que dejan en última instancia el cálculo al aprecio subjetivo de quien juzga. Ante estas posturas (tabla, porcentaje, discrecionalidad...) también es importante apreciar que la limitación *a priori* del daño moral por lesión de derechos fundamentales no es posible si atendemos a la normativa europea (Gutiérrez Colominas, 2016, p. 11).

En nuestro caso, la norma que nos ocupa no otorga tampoco un criterio concreto, se limita a delegar la cuantificación a criterio del juzgador, quien deberá, según el artículo 183.2 LRJS *«determinar prudencialmente la cuantía cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa»*, algo que, al menos en la valoración de los daños morales, será prácticamente en la totalidad de los casos. Además, esta valoración tiene que

¹³ Como los baremos de daños causados en accidentes de tráfico de la Ley 35/2015, de 22 de diciembre.

¹⁴ En este sentido, la antigua pero vigente Ley de Expropiación Forzosa que en su art. 47 establece a modo de compensación moral o «premio de afección» un 5% del valor acordado del bien expropiado.

cumplir con los siguientes requisitos: resarcir a la víctima, restablecer su integridad en la situación anterior y contribuir a prevenir el daño.

3. Las dimensiones de la indemnización

3.1. Pretensión reparadora

Si atendemos que por su naturaleza el daño moral no puede ser reparado *in natura* y *ad integrum*, y que tampoco existe equivalencia entre menoscabo moral y aumento patrimonial, la conclusión lógica es que la indemnización económica por daños morales no está llamada a reparar el daño causado de la misma forma que en los daños patrimoniales. Si en los patrimoniales se sustituye una cosa por otra, a mayor pérdida económica, debe concederse mayor aumento patrimonial, con el fin de eliminar el daño y volver a equilibrar las cuentas; en los daños morales no es esto posible, y daño y reparación se sitúan en planos distintos (Arias Domínguez, 2023, p. 139), así, el daño ocasionado no puede nunca resarcirse por equivalente en la “cuenta de goces y padecimientos”, pero cabe preguntarse si se puede compensar, y siendo así, si esta sería la función de la indemnización.

Tradicionalmente se ha sostenido que el incremento en el patrimonio del damnificado como receptor de la indemnización tiene como objetivo procurar satisfacciones materiales, ya sea por la simple tenencia de riqueza, ya sea por la búsqueda de comodidades que dicha riqueza pueda aportar (Álvarez Vigaray, 1966, p. 92), con lo que el principio de *restitutio ad integrum* se traslada de una cosa sustituye a la otra, a una cosa compensa la otra. Y esto nos plantea al menos dos problemas: el primero es que parece indiscutido que el grado o alcance del sufrimiento deba determinar una mayor o menor indemnización (Arias Domínguez, 2023, p. 136), cómo podemos valorar el grado de sufrimiento resulta problemático; el segundo es que, si el daño debe compensarse, puede llegarse a entender que la cantidad indemnizatoria debe fijarse en relación con el sujeto, ya no porque los daños (el padecimiento sufrido) tengan una naturaleza subjetiva, sino porque los “goces procurados” con la indemnización también lo son, lo que supone que ante igual daño deba variarse la indemnización por diferencias de posición social del damnificado (Álvarez Vigaray, 1966, p. 92), pues la misma cantidad no compensaría de la misma forma a un sujeto o a otro.

Respecto del primer punto, la cantidad de la indemnización ligada a la cantidad de sufrimiento, nos damos nuevamente de bruces con la imposibilidad de medir el sufrimiento que queda inalcanzable en el foro más interno del sujeto. Ante esto actualmente acudimos a índices indirectos como la intensidad de la lesión, su gravedad, la posición de vulnerabilidad del ofendido, su duración, las exteriorizaciones psicossomáticas, etc., aunque en puridad, lo que estamos graduando en la mayoría de los casos es el acto y no la consecuencia.

Respecto del segundo, el valor compensatorio según cada sujeto, podríamos pensar, por ejemplo, que para quien se encuentra en una posición económica favorable la

indemnización debería ser mayor, pues de no serlo carecería de suficiente capacidad compensatoria, ya que el goce que le proporciona una cantidad determinada a este sujeto que todo lo tiene es inferior al goce que le proporciona la misma cantidad a quien dispone de medios más reducidos. Y esto bien podría extrapolarse a otras situaciones, no sólo a las diferencias de renta, sino también a formas dispares de valorar los bienes terrenales, a la edad y madurez del damnificado, etc. Sin embargo, no parece muy aceptable determinar que quien está en mejor posición económica, o en otras situaciones no relacionadas con el acto lesivo ni con el daño producido, deba recibir mayor indemnización por el hecho de que los goces que esta pueda proporcionarle tengan, subjetivamente, menor relevancia que para quien ostenta peor fortuna. Creo que debe aceptarse que el menor “valor” de la indemnización, que no cuantía, para un determinado sujeto en relación a otro es una consecuencia insuperable del quebranto del principio de equivalencia en la compensación de los daños morales, y no puede justificar, ante una misma vulneración y un mismo daño, indemnizaciones diferentes por apreciaciones subjetivas respecto del valor del dinero.

La función reparadora debe entenderse como compensatoria, siendo conscientes que será una compensación de carácter económico, la parte de la indemnización destinada a cubrir esta función deberá: 1) atender al “volumen” de sufrimiento causado y ante la imposibilidad de ello, aproximarse mediante indicios externos como la gravedad del acto y las circunstancias en que el acto incide; 2) prescindir de la valoración subjetiva que puedan tener los damnificados sobre la indemnización, utilizando planteamientos más objetivos y genéricos, como indicadores del coste de la vida o la renta mediana.

3.2. Pretensión restitutiva

La segunda pretensión que el art. 183.2 LRJS atribuye a la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales es «*restablecer [a la víctima] en la medida de lo posible en la integridad de su situación anterior*». Parece difícil, por lo ya expuesto, que una cantidad económica pueda llegar a cumplir tal cometido, y esto es así porque al fin y al cabo no es función de la indemnización económica ser restitutiva ante un daño moral, sino que esta función debe predicarse de la de la sentencia en su conjunto emitida por parte de los tribunales, que ante una vulneración de derechos fundamentales debería conducir a apreciar la nulidad y restablecimiento inmediato a la situación anterior, en la medida de lo posible. En efecto, el artículo 182.1 nos especifica que la sentencia de los actos que vulneren derechos fundamentales deberá declarar la nulidad de los mismos de forma radical (*ex tunc*), cesar de inmediato las actuaciones contrarias a los derechos fundamentales y proceder a «*el restablecimiento del demandante en la integridad en su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión*», y esto no será, en el caso de una vulneración de derechos fundamentales, por medio de la indemnización económica, que por su naturaleza tiene un carácter reparador-compensador de las consecuencias y no restaurador, sino por medio de las medidas concretas que el juzgador

estime oportuno aplicar, disponiendo de un amplio margen para ello, incluso con la imposición de determinados comportamientos materiales (Álvares Alonso, 2014, p. 1).

Ahora bien, si esta indemnización no puede ser restitutiva, ¿por qué el legislador dictamina claramente que debe ser así? Pues bien, cabe la posibilidad de interpretar que cuando el legislador nos habla de pretensión restitutiva, lo que en realidad nos está indicando es que, dada la dificultad de que efectivamente pueda llevarse a cabo el restablecimiento y la reposición mediante lo acordado por el juez, es decir, que sea imposible por las circunstancias, los tiempos o la naturaleza del derecho vulnerado cualquier tipo de restablecimiento a la situación anterior y al disfrute del derecho transgredido, deberá esto ser tenido en cuenta a la hora de determinar la indemnización. Por tanto, ya no es que la indemnización deba ser restitutiva, sino que deberá ser doblemente compensatoria, por un lado, debe compensar el daño causado, aunque este sea presunto, y por otro, compensar la imposibilidad de llevar a cabo la plena restitución y restablecimiento (Arias Domínguez, 2023, p. 138).

Por ejemplo, en el caso en que un trabajador fuere despedido como represalia por alertar a la inspección de trabajo de alguna irregularidad, la restauración en su puesto de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir, bien puede suponer una restauración completa de su derecho; sin embargo, si lo que se ha vulnerado es el derecho a la intimidad, difundiendo entre la plantilla información de carácter personal de un trabajador, la restitución a la situación anterior es imposible, pues la información ya es conocida por quien no debería haber accedido a la misma. Así, la indemnización deberá compensar el menoscabo o padecimiento que haya producido la vulneración del derecho fundamental (función reparadora), pero también deberá compensar ante una imposibilidad total o parcial de reinstaurar en el disfrute del derecho fundamental al damnificado (función restitutiva), lo que dependiendo del acto concreto y del derecho fundamental lesionado acontecerá con mayor o menor frecuencia, pensemos en la relativamente sencilla restauración del derecho a la indemnidad o tutela judicial y la prácticamente imposible restauración del derecho a la intimidad violado anteriormente citados. Por tanto, a la parte de la indemnización dedicada a la reparación del daño, se sumará otra parte destinada a la restauración del sujeto. Ambas tienen en esencia la misma función, compensar el daño, pero si la primera compensa el daño directamente causado por la vulneración, la segunda compensa la imposibilidad de restaurar plenamente al sujeto en su situación anterior.

3.3. Pretensión preventiva

Sin duda es la pretensión preventiva la más controvertida de las pretensiones que la ley atribuye a la indemnización adicional del art. 183 LRJS, pues si las dos anteriores se reconducen como finalidades propias en nuestro Derecho de cualquier indemnización, esta desdibuja la línea entre lo que son las indemnizaciones resarcitorias, y las punitivas, ajenas a nuestro sistema, en las que el daño pierde su centralidad a favor del acto lesivo y que tienen como objeto disuadir de efectuar el comportamiento lesivo en un futuro.

La referencia al carácter preventivo que debe tener la indemnización no es algo nuevo. Ya el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio, determina que la indemnización a causa de la discriminación por razón de sexo debe ser «disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido» y algunos autores defienden que el ordenamiento jurídico español en materia laboral ya contaba con instrumentos indemnizatorios híbridos de reparación/disuasión, como pudiera ser el recargo de prestaciones de la Seguridad Social del art. 164 del TRLGSS (anterior art. 123.1 de la LGSS), o la indemnización adicional de 15 días por año trabajado ante la negativa de readmisión, o readmisión irregular, del trabajador que recoge el art. 281 de la LRJS (Tebalán Palacios, 2019, p. 4).

Cabe preguntarse cuál es la dimensión de esta prevención. Desde luego toda indemnización, ya de por sí, comporta un cierto carácter preventivo, pues supone trasladar el daño (o su compensación) al responsable de su causación. Se comprende que este “mal reflejo” debe tener en quien realiza el acto cierta capacidad disuasoria, al ser consciente que no podrá quedar indemne de provocar un daño. Sin embargo, tal función preventiva no siempre se cumple, pues el precio del daño bien puede ser asumible e incluso barato para el responsable en atención al beneficio, ya sea económico o de cualquier otra índole, que pueda obtener con el acto lesivo. Así pues, si la capacidad preventiva depende no tanto del daño causado, sino de la significación del coste de la indemnización para el causante, aplicar plenamente esta funcionalidad a la indemnización implica no quedar limitados por el principio de *restitutio in integrum*, que en daños morales consiste en indemnizar tan sólo hasta el límite de compensar. Es decir, para poder cumplir con la función preventiva nos encontraremos que el cálculo de la indemnización dependerá más de las circunstancias del infractor que del daño causado, lo que significa que ante daños idénticos en circunstancias idénticas, las indemnizaciones podrán ser diferentes, porque en un caso el causante tiene, por ejemplo, una facturación de mil y en otro el causante tiene una facturación de cien. Es más, no solo se deberían tener en cuenta las circunstancias del infractor, sino también si hay reiteración en la conducta infractora, pues interesará en los casos de reincidencia, para poder cumplir con la función disuasoria, incrementar la indemnización ulterior. Así pues, bien podría darse el caso de que incluso dentro de la misma empresa, trabajadores en idénticas circunstancias ante la misma lesión, sean indemnizados de forma diferente por resultar los actos lesivos en momentos sucesivos.

La función preventiva no sólo es problemática porque suponga que ante idénticas lesiones con idénticos daños a idénticos sujetos se otorguen diferentes indemnizaciones, sino que, al adentrarnos en funciones más propias del régimen sancionador cabe preguntarse si no sería procedente aplicar las garantías que a dicho régimen le son propias, sobre todo en cuanto a legalidad y tipicidad. Pero también las incompatibilidades que podrían derivarse de una posible duplicidad de penas, de un lado la parte preventiva de la indemnización, de otro las posibles sanciones administrativas, y si esto no supondría una vulneración del principio de *ne bis in idem* (Álvarez Alonso, 2014). Si aceptamos que la indemnización cubre la prevención y no es incompatible con la sanción, entonces ¿qué función puede cumplir la sanción?, ¿una función solamente punitiva?, esto último no parece aceptable, al menos en nuestros sistemas democráticos de derecho.

Por otro lado, en nuestro sistema es comúnmente aceptado que no existen las llamadas indemnizaciones punitivas o *punitive damages*, y no puede confundirse una indemnización por daño moral con una indemnización de esta naturaleza¹⁵. Sí existen en nuestro Derecho las llamadas penas privadas o cláusulas penales, que nacidas de la autonomía de la voluntad permiten a los particulares comprometerse a establecer una serie de consecuencias negativas, generalmente el pago de una cantidad determinada, ante un proceder indeseado en la relación contractual. Ciertamente tales cláusulas responden a finalidades diferentes, siendo una de ellas la intención disuasoria (Feliu Rey, 2014, p. 176), pero su función principal está en garantizar el cumplimiento contractual y no en la protección de bienes jurídicos ante conductas intolerables, lo que distancia considerablemente este tipo de proceder de los entendidos como daños punitivos.

Por último, al aceptar que la indemnización no sólo ha de ser compensatoria, sino que debe ir más allá de la mera reparación del daño causado, cabe preguntarse si tal porción que excede la compensación, y que aumenta el patrimonio de la víctima, no es sino un enriquecimiento injusto, pues la causa de tal excedente no es reponer la situación, ni compensar el daño, sino que responde a una función social, no individual del damnificado, como es proteger posibles víctimas futuras previniendo acciones proscritas, y sin embargo, pasa a engrosar el patrimonio personal de la víctima.

4. El cálculo de la Indemnización

Vistos los problemas respecto de las pretensiones que busca cubrir la indemnización del artículo 183 de la LRJS, queda patente la gran dificultad que supone aplicar finalmente la norma, es decir, su transformación en una realidad económica, en un monto determinado. A esto además cabe añadir que en la mayoría de los casos los jueces encontrarán panoramas yermos de información que permitan cuantificar el daño a reparar y prevenir, sin que puedan obviar la obligación legal de determinar una cuantía exacta.

Realmente, esta tarea no es que sea difícil, sino directamente es imposible. Como ya se comentó, no es posible, ya no simplemente atribuir un valor económico al daño moral que realmente le sea equivalente, sino que este daño, además, es inmensurable, pues su medición queda vetada y sólo parece accesible desde indicios indirectos sin garantía de auténtica correspondencia. Pero esta cuestión no puede ser óbice para dar una solución compensatoria, que será económica, por tanto, se precisa establecer un sistema que permita resolver el problema de la mejor forma posible. Esta forma será aquella que menos se distancie de los objetivos compensatorios, para lo que tendrá que intentar acotar, al menos indiciariamente, el daño producido; y preventivos, que aún son más problemáticos que los primeros. En todo caso, no puede perderse de vista que la solución

¹⁵ «conviene adelantar que el daño moral no es, en absoluto, un daño punitivo, y que, en puridad, el “daño punitivo” no existe como tal, pues no hay tal daño, menoscabo o perjuicio, sino una pretensión disuasoria hacia el futuro. La indemnización por daño moral carece de esa dimensión punitiva, pues el propósito del resarcimiento por el daño moral consiste en la compensación por un daño efectivamente causado» (Rodríguez Cardo, 2014, p. 11).

que se aporte, sea cual sea, será siempre una solución de compromiso que nunca podrá satisfacer una utópica¹⁶ plena aplicación del artículo 183 de la LRJS.

4.1. *El uso de la LISOS*

Sin duda, las horquillas sancionadoras que presenta la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (R.D.Lvo. 5/2000, de 4 de agosto, en adelante LISOS) es el criterio al cual los tribunales acuden con mayor asiduidad. Para ello, se aplican generalmente los artículos 8.12º y 40.c de la mencionada ley. Mediante el primero se determina que la vulneración de un derecho fundamental debe ser tipificada como infracción muy grave, el segundo dispone de una serie de horquillas diferenciadas en tres grados donde se movería la sanción a aplicar.

Dos son las razones fundamentales por las que buena parte de la doctrina judicial acaba refiriéndose a la LISOS como elemento estructural sobre el que construir la cantidad indemnizatoria. La primera es que la doctrina jurisprudencial¹⁷, y remarcadamente la jurisprudencia constitucional¹⁸, avala este criterio. La segunda que con la aplicación de estos montantes se da cumplida forma no sólo a la vertiente compensatoria de la indemnización, sino también a la vertiente preventiva. Sin embargo, procede intentar ahondar más en estos planteamientos.

Sobre el primer punto, la doctrina asentada, reitera que la utilización de la LISOS ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en sentencia del 24 de julio de 2006 (247/2006). Sin embargo, haciendo una lectura de la sentencia se observa rápidamente que este refrendo a las cantidades de la LISOS lo es de forma tangencial. La sentencia no habla tanto sobre criterios concretos de cuantificación sino sobre la idea de la automaticidad del daño, y las bases y elementos claves que debe aportar el reclamante respecto de la indemnización solicitada. Ciertamente pueden entenderse que el tribunal realiza un refrendo al uso del criterio de cuantificación basado en la aplicación de las horquillas sancionadoras de la LISOS, pero esto lo hace cuando determina que su uso por parte del demandante es aceptable en el caso concreto, no podemos obviar que la cuantificación realizada en el caso responde también a aspectos propios de la conducta vulneradora (gravedad, continuidad, reiteración, etc.) y, sobre todo, que aquello que se exige del recurrente no es aportar una cifra concreta, sino las “bases y elementos” del daño moral producido, los cuales se desprenden principalmente del relato de los hechos probados y no de la cuantificación determinada. En otras palabras, de la sentencia no puede deducirse que por el mero recurso a las cantidades recogidas en la LISOS se dé cumplida

¹⁶ STS de 18 de julio de 2012 (Rº. 126/2011, Sala de lo Social).

¹⁷ SSTs de 15 de febrero de 2012 (Rº. 6701, Sala de lo Social); de 8 de julio de 2014 (Rº. 282/13, Sala de lo Social); de 2 de febrero de 2015 (Rº. 279/13, Sala de lo Social); de 19 de diciembre de 2017 (Rº 624/2016, Sala de lo Social) y de 13 de diciembre de 2018 (Rº. 3/2018, Sala de lo Social); entre muchas otras.

¹⁸ STC de 24 de julio de 2006, 247/2006.

observancia a la cuantificación de la indemnización, ni que este criterio sea ideal, tan sólo que, dado que guarda ciertos puntos de conexión, puede entenderse como aceptable su uso cuando es el único criterio en el que se basa el solicitante para aportar un número que determine la indemnización solicitada. Así pues, que el tribunal se limite a aplicar, o aceptar, una cantidad en base a la LISOS, como si lo que se estuviese calculando fuera aquella multa que en caso de seguir un procedimiento sancionador administrativo hubiese sido de aplicación, no puede ser admitido. Esta forma de llegar a una cifra no tiene cabida en la jurisprudencia del constitucional expuesta en esta sentencia, sino que el montante así obtenido es meramente orientativo y el cómputo final debe obtenerse atendiendo al alcance del daño producido, los hechos acreditados y los criterios judiciales a aplicar (Orzuna Samudio, 2019). En otras palabras, las cantidades de la LISOS sólo pueden ser orientativas y no son por ellas mismas suficientes, y sin embargo, es común que la indemnización se ajuste al céntimo con la cantidad mínima que para las infracciones graves prevé la LISOS, actualmente 7.501€, con anterioridad 6.251€.

Ahora bien, decíamos que se considera aceptable la aplicación de la LISOS para orientar el cálculo de la indemnización de daños morales por vulneración de derechos fundamentales porque presenta cierta conexión con el objeto indemnizable, pero esta conexión también ha de ser cuestionada para entender hasta qué punto dicha afirmación puede sostenerse. Que se opte por la LISOS atiende básicamente a que a la causa de la imposición de ambas cantidades responde a una misma conducta, el acto antijurídico que vulnera un derecho fundamental. Sin embargo, una sanción no es una indemnización, ni ambas responden a la misma finalidad, ni tienen el mismo destino y no puede eludirse que el legislador en el momento de aprobación de la LISOS no contemplaba para la misma una doble función como pena y como baremo de daños, tales cifras fueron pensadas únicamente para un procedimiento sancionador donde los principios de tipicidad, legalidad, culpabilidad etc. operan de forma y con garantías muy distintas. Aun así, su uso ha venido justificándose por entender que la LISOS ofrece una traducción aceptable del coste social que supone la infracción, y que dicho coste social puede ser equiparable al daño moral del individuo a resarcir (Ballester Pastor, 2015, p. 50). Pues bien, si la razón es que indemnización equivale a multa no podemos más que cuestionar este planteamiento.

El segundo punto que se alega para el uso de las cantidades previstas en la LISOS es que, precisamente, dado que la LISOS tasa cantidades con finalidades punitivas, y la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales necesariamente debe contar con un carácter preventivo, se produce un corolario por el cual dicho carácter preventivo es concedido a la indemnización porque la cantidad de la misma se encuentra en consonancia con la cantidad que hubiera alcanzado la sanción del acto que produce el daño¹⁹. Pero la indemnización pretende la reparación del daño, y esta reparación debería ser independiente de cualquier función preventiva, algo que en materia de daños patrimo-

¹⁹ STSJ G de 29 de mayo de 2017 (Rº. 885/2017); STS de 24 de octubre de 2019 (Rº. 12/2019, Sala de lo Social); STSJ PV de 10 de junio de 2020 (Rº. 527/2020); STS de 20 de abril de 2022 (Rº. 2391/2019, Sala de lo Social); STS de 17 de junio de 2022 (Rº. 417/2022, Sala de lo Social); entre otras.

niales parece bastante claro, por lo que cabría preguntarse si no sería conveniente establecer una diferencia que aclare qué parte de la indemnización concedida según el criterio de la LISOS corresponde a la compensación del daño y qué parte corresponde a la prevención. Por otro lado, si aceptamos la idea de que toda indemnización es por sí misma preventiva, pues la exigencia de responder por el daño causado se entiende ya disuasoria de producirlo, para lograr una capacidad preventiva suficiente, podríamos considerar que basta con garantizar que la indemnización alcance los umbrales que la normativa considera adecuados para la imposición de sanciones. Siguiendo esta línea de pensamiento, cabría entender que cuando el legislador indica que la indemnización debe tener una función preventiva, lo que nos está indicando es que, como mínimo, tenga la entidad de una sanción aplicable al caso. Así, la LISOS sólo podría funcionar como un suelo, por debajo del cual la función preventiva no se cumple. Sin embargo, este razonamiento no deja de ser conflictivo y, atendiendo a lo ya comentado en su momento sobre la función preventiva, volvemos nuevamente a equiparar sanción e indemnización, cuando son cosas muy diferentes.

Así pues, el uso de la LISOS resulta conveniente, pero no se asienta sobre un planteamiento resistente, aunque sea usado meramente como tabla o baremo orientativo. La LISOS se usa porque forma parte del sistema normativo social, aporta una cantidad objetiva y determinable que tiene una finalidad punitiva y que tiene relación con la vulneración de derechos fundamentales. Su uso no se hace porque sea realmente adecuado o idóneo o porque la LISOS responda a las necesidades de la indemnización del artículo 183 LRJS, se usa porque guarda cierta relación con la materia y permite dotar a la decisión judicial de un elemento de objetividad que exorcice cualquier sospecha de arbitrariedad. La alternativa, no existiendo una norma propiamente dicha que permita obtener una cifra objetiva que valore el daño moral, aboca a jueces y tribunales a tener que aplicar su prudente arbitrio, sin mayor asistencia que la simple apreciación de los aportes de parte, a menudo exigüos, lo que bien puede resultar en un incremento de las impugnaciones por falta de motivación suficiente, por no poder aportar criterios sólidos respecto de la cuantificación establecida (Ballester Pastor, 2015, p. 52). Por eso mismo, aunque el uso de la LISOS esté “permitido” dista mucho de ser ideal o simplemente correcto, y en ningún caso puede ser usada de la misma forma que cuando se acude a ella a la hora de imponer una sanción, sino siempre como mero criterio orientador cuyas cifras no pueden actuar como límites indemnizatorios, algo que también recuerda la jurisprudencia:

«Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización²⁰».

²⁰ STS de 20 de abril de 2022 (R. 2391/2019, Sala de lo Social, F.5.3).

4.2. *La Víctima, el acto, el infractor y sus circunstancias.*

Retomando el punto anterior donde lo habíamos dejado, este es sin duda el criterio fundamental sobre el cual debe basarse la cuantificación de la indemnización. Aunque en la actualidad se trata la cifra obtenida desde la LISOS como ancla de realidad sobre la que modelar la indemnización de acuerdo con las circunstancias de la agresión y de la víctima, no debemos dejar de tener en mente que son éstas y no la LISOS las que deben estructurar el monto de la indemnización si lo que pretendemos es cumplir con las funciones compensatoria, restitutiva y preventiva. Y esto es así porque son precisamente estas circunstancias las que nos revelan, aunque sea indirectamente, el daño, su entidad y la gravedad del acto a prevenir, no se puede por tanto prescindirse de ellas, aunque su prueba concreta no sea exigible (López Terrada, 2021, p. 37).

Al fin y al cabo, la indemnización debe calcularse caso por caso, en atención a las concretas circunstancias que concurren, no siendo posible establecer topes, ni abstracciones ajenas a la realidad concreta que se está valorando.

Sobre las circunstancias que determinen la cuantía podemos diferenciar de tres tipos, aquellas que tienen que ver con el propio sujeto víctima de vulneración de derechos fundamentales, aquellas que tienen que ver con el acto de vulneración en sí y aquellas que tienen que ver con el sujeto infractor. Las dos primeras nos intentan aproximar hacia el daño causado a resarcir, la última tiene más que ver con la pretensión preventiva.

El sujeto, salarios y antigüedad.

Entre las condiciones propias del sujeto, la jurisprudencia ha destacado principalmente el salario y la antigüedad de la relación laboral²¹, considerando que a mayor salario y antigüedad proceden mayores cuantías. Así se han alcanzado cuantías bastante abultadas por una antigüedad de 18 años²² y también se ha procedido a rebajar lo pedido al límite inferior que establece la LISOS para las sanciones muy graves cuando la antigüedad era escasa y los salarios percibidos de poca entidad²³. Pero la pregunta clave es si estos criterios pueden ser operativos para calcular una indemnización adicional derivada de una vulneración de derechos fundamentales.

Atendiendo a la función compensatoria de la indemnización, si usamos el salario y la antigüedad como criterios para incrementar o reducir la indemnización será porque de estos dos parámetros podemos deducir, indirectamente, que el daño causado es mayor o menor. Así pues, este daño puede ser mayor porque tales indicadores nos determinen que el acto tiene mayor gravedad, o bien porque su valoración suponga que, subjetiva-

²¹ STS de 23 de febrero de 2022 (Rº. 4322/2019, Sala de lo Social); STS de 9 de marzo de 2022 (Rº. 2269/2019, Sala de lo Social).

²² STS de 4 de abril de 2022 (Rº. 2391/2019, Sala de lo Social).

²³ STS de 9 de marzo de 2022 (Rº. 2269/2019, Sala de lo Social).

mente, la víctima padezca más, es decir, a mayor antigüedad y sueldo, más se padece con la vulneración o más grave ha sido esta.

Respecto de la gravedad del acto no parece aceptable entender que la vulneración del derecho fundamental de un individuo sea menos grave si este acaba de llegar a la empresa o si cobra el salario mínimo que cuando se vulnera el derecho fundamental de un encargado o de un veterano. Respecto del sufrimiento subjetivo, defender que quien se encuentra en mejor situación económica y de mayor estabilidad más padece, tampoco parecen tener una clara lógica. Ciertamente la indemnización del artículo 183 LRJS no es sólo por daños morales, sino que se extiende también a los perjuicios patrimoniales derivados de dicha vulneración. Tales daños patrimoniales, como puede ser el lucro cesante, serán mayores en quien tiene mayor salario, pero cuando el juzgador está aplicando estos criterios (antigüedad y salario) para configurar el quantum indemnizatorio por vulneración de un derecho fundamental, lo hace para determinar los daños morales de la vulneración, porque es para el cálculo de estos daños morales que la norma le permite mayor discrecionalidad (art. 179.3 y 183.2 LRJS), pues para determinar los daños patrimoniales, los criterios de cuantificación serán aportados por quien los reclama.

La antigüedad y el salario son los elementos del contrato que determinan, hoy en día, todas las indemnizaciones laborales. Tales indemnizaciones funcionan de forma tasada como una suerte de cantidad cierta que cubre en toda su extensión todo tipo de daño patrimonial (lucro cesante, daño emergente) o extrapatrimonial (moral) que pueda habersele causado al trabajador, por lo que se sabe de antemano el coste de la misma y el trabajador no puede reclamar mayor cuantía, aunque los daños sean mayores. Esta metodología mediante indemnizaciones tasadas impregna todo cálculo de cantidades que se realiza en sede social, pero no puede ser de aplicación precisamente en el caso de que exista una vulneración de derechos fundamentales²⁴, y esto porque la indemnización por vulneración de derechos fundamentales no es una indemnización de orden laboral ni tiene una naturaleza laboral, aunque se produzca en un contexto laboral (Arias Domínguez, 2023, p. 159). Se trata de una indemnización por daños que debe sujetarse a una lógica aplicable a cualquier orden, con las particularidades procesales que establece la norma adjetiva, pero huyendo de la aplicación de principios propios de las indemnizaciones laborales. Por tanto, los razonamientos que justifican el uso de la antigüedad y el salario para determinar una indemnización por despido no pueden trasladarse *mutatis mutandi* a la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales.

Además, hay que entender que la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales es compatible con cualquier indemnización laboral (art. 183.3 LRJS). En este sentido, la indemnización entra a compensar aquellos daños que no han sido compensados por la indemnización tasada y que sólo pueden ser reclamados precisamente porque existe una vulneración de un derecho fundamental. Respecto de los daños patrimoniales, en los que cobraría sentido el uso de los salarios y la antigüedad de la vícti-

²⁴ También en los casos que según apreciación judicial la cuantía no pueda mínimamente cumplir sus funciones compensatorias ni disuasorias, STSJ Catalunya de 30 de enero de 2023 (Rº. 6219/2022).

ma, serán sólo aquellos daños que no hayan sido contemplados por otras indemnizaciones o reparos, como la readmisión y el reconocimiento de los salarios de tramitación, los que entrarán a repararse mediante la indemnización del art. 183 LRJS. Dado que la mayoría de los daños patrimoniales ocasionados encontrarán resarcimiento en las indemnizaciones laborales tasadas, difícilmente el salario y la antigüedad podrán ser útiles para calcular otros daños patrimoniales derivados de la vulneración de derecho fundamentales.

En mi opinión, no es adecuado utilizar estos dos indicadores. Si se usan para calcular el daño patrimonial, primero, su cuantificación y prueba recaerá en la parte que lo alegue, por lo que no funcionarían como parámetro para el prudencial arbitrio del que nos habla el 183.2 LRJS; y segundo, cuando se conceda una indemnización laboral propiamente dicha, aquel perjuicio económico al que se encuentran unidos salarios y antigüedad generalmente ya habrá sido resarcido por esta. Si por el contrario se usan para determinar el daño moral, volvemos a la incongruencia anunciada al principio de este punto, aceptar que quien cobra más o posee mayor antigüedad, sufre más por la vulneración que quien cobra menos o que quien tenga una antigüedad menor, cuando lo lógico sería entender que precisamente quien se encuentra en peor situación, con mayor precariedad y estrechez económica, sufre con mayor intensidad una vulneración de sus derechos fundamentales que no hace sino agravar lo penoso de su situación.

Otras cuestiones relativas a la situación personal de la víctima, como una situación de embarazo, enfermedad, irregularidad administrativa o de penuria económica, o también por su pertenencia a un grupo social vulnerable sí guardan, en mi opinión, mayor relación como agravantes del sufrimiento padecido por el sujeto, y son estos los parámetros en los que debería fijarse el juzgador a la hora de modular la indemnización.

El acto vulnerador de derechos fundamentales

Más relevancia para poder vislumbrar el alcance del daño con visos de poder cuantificarlo nos lo ofrecen precisamente las características en la producción de la vulneración y la vulneración en sí misma, porque estas sí guardan mayor relación con el sufrimiento presuntamente causado que las anteriores. En este caso cobra vital importancia la actividad procesal del demandante, pues será del relato de los hechos desde donde se desprenderá que la vulneración ha sido más o menos potencialmente ofensiva o dañina y merecerá de una compensación acorde a ello.

Entre las características del acto, deben destacarse tres aspectos: la gravedad de la conducta, su duración o permanencia y las consecuencias del daño ocasionado (art. 179.3 LRJS).

Así, respecto a la gravedad de la conducta, esta puede suponer una gran diferencia en la cuantía finalmente obtenida, pues a mayor gravedad no solamente se presume mayor daño, sino que el interés de que la indemnización ejerza su función preventiva es mayor. La gravedad de la actuación puede deberse también a la pluriofensividad de la

misma, es decir, que un mismo acto suponga conjuntamente la vulneración de diversos derechos fundamentales al mismo tiempo. En este sentido las sentencias han sido dispares, desde las que han propuesto multiplicar la indemnización por el número de derechos fundamentales vulnerados²⁵, pasando por las que incrementaban la indemnización sin establecer expresamente en qué medida²⁶, como aquellas en que, aun reconociendo la existencia de una pluralidad de derechos fundamentales afectos, no parece que esto se traduzca en una mayor indemnización²⁷. La gravedad puede incrementarse también por el mayor reproche que pueda merecer la conducta del infractor, como por ejemplo dañar a quien cumple con su deber de prestar veraz testimonio en un juicio²⁸, o a quien se encuentra negociando un convenio colectivo²⁹ o se ha convertido en un referente para un colectivo de trabajadores, aunque no mediara representación sindical³⁰.

Con objeto de atender a las consecuencias derivadas del acto vulnerador de derechos fundamentales, estas también han sido apreciadas por los tribunales, tanto para justificar una indemnización mayor como para reducir la indemnización incluso por debajo del límite inferior que establece la LISOS para las sanciones muy graves³¹. Se entra a valorar, por ejemplo, si la conducta infractora produjo efectivamente un desprestigio de la víctima incrementado por la difusión de la información obtenida vulnerando su derecho a la intimidad³², o que si se llegaron a desencadenar patologías psiquiátricas en quien se ha visto sometido a acoso y conductas discriminatorias³³. Cabe ahora preguntarse respecto a cómo valorar aquellas intencionalidades que, no desplegando finalmente los efectos negativos que buscaban, estos eran pretendidos por quien vulnera el derecho fundamental. Desde un punto de vista compensatorio la intencionalidad de causar el daño no resulta muy relevante, pues, aunque se quisiese dañar, no causado el daño, no hay daño que compensar, pero desde un punto de vista preventivo sí debiera tenerse en cuenta, pues estamos ante un dolo que, si bien no ha desplegado consecuencias negativas mayores, como mínimo debe ser considerado agravante del comportamiento infractor. Por tanto, aunque pueda demostrarse que no se llegaron a manifestar las consecuencias potenciales de la lesión infringida, el hecho de que estas no se hayan producido finalmente, si había intencionalidad de causarlas, no puede suponer una rebaja en la indemnización, si se pretende mantener la función preventiva.

Por último, la norma también remite a la duración y reiteración de los efectos negativos de la conducta infractora para calcular la indemnización. Estos factores también

²⁵ STSJ de Catalunya de 1 de marzo de 2019 (Rº. 6644/2018).

²⁶ STSJ de Catalunya de 11 de abril de 2022 (Rº. 33/2022).

²⁷ SJS núm. 20 de Barcelona de 24 de abril de 2012.

²⁸ STS de 5 de octubre de 2017 (Rº. 2497/2015, Sala de lo Social).

²⁹ STSJ de Catalunya de 4 de octubre de 2017 (Rº. 4142/2017).

³⁰ SJS núm. 21 de Barcelona de 7 de septiembre de 2020.

³¹ STS de 24 de octubre de 2019 (Rº. 12/2019, Sala de lo Social); STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018 (Rº. 1028/2018).

³² STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2019 (Rº. 3101/2018).

³³ STSJ de la C. Valenciana de 5 de junio de 2018 (Rº. 1483/2018).

han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia para incrementar la indemnización a percibir³⁴.

No podemos dejar de ser conscientes que lo que aquí estamos valorando es el acto y no el sufrimiento que este produce, estamos valoramos la puñalada, pero no la herida. No quiero decir con esto que se deba prescindir de las características antes señaladas para aportar una cifra, todo lo contrario, pues son las que en mi opinión mayor relación guardan con un daño que, por encontrarse en la esfera más interna del sujeto, nos es inaccesible, sino que no podemos dejar de ser conscientes que no garantizan una exacta equivalencia con el sufrimiento efectivamente padecido.

4.3. El infractor y la capacidad disuasoria de la indemnización.

Las características del infractor también deben ser tenidas en cuenta para calcular la indemnización, principalmente para poder cumplir con la función preventiva.

En efecto, si realmente se desea que el quebranto económico que resulte de abonar la indemnización tenga tal envergadura que disuada de reiterar la conducta vulneradora de derechos fundamentales, entonces deberá estar en consonancia, al menos, con la capacidad económica del infractor. Como ya se comentó al hablar de la función preventiva de la indemnización, esta cuestión no está exenta de problemática, pero mientras se busque realmente que la indemnización pueda disuadir, la indemnización no puede entrar dentro de lo que sería un mero coste aceptable.

En este sentido, no está de más recordar, dado que la LISOS se utiliza usualmente para calcular la indemnización, que el artículo 39.2 de dicha ley se establece que para la graduación de las sanciones se tendrá en cuenta la cifra de negocios de la empresa.

También en este punto deberá valorarse la intencionalidad del infractor, pues si existe una clara consciencia de estar vulnerando un derecho fundamental, de tal forma que aun sabiéndolo e incluso siendo requerido para cesar en tal comportamiento, se continúa con la intención de causar el mayor daño posible, más sentido cobra la pretensión preventiva³⁵. Cabe esperar que en quien actúa de esta forma no surta efecto disuasorio cantidades limitadas a reparar el daño, dado que este tipo indemnización para el sujeto infractor se convierte en un precio asumido a cambio de poder vulnerar derechos libremente.

Aquí nuevamente debemos traer a colación la LISOS, que en su artículo 39.2 determina que el grado de negligencia y la intencionalidad deben ser contemplados para modular la sanción aplicable.

Por otro lado, el interés en prevenir una conducta será mayor si esta conducta es reiterada, más aún si con anterioridad se impuso por los mismos hechos una indemnización que se revela ahora incapaz de cumplir tal pretensión.

Todas estas consideraciones no guardan relación con el daño producido pero una prevención eficaz necesariamente deberá tenerlas en cuenta. Así, al incluirse esto en el

³⁴ STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2018 (Rº. 2243/2018).

³⁵ STSJ de Canarias de 22 de julio de 2022 (Rº. 846/2022).

cálculo de la indemnización, sucede la insólita situación de que siempre será más rentable para la víctima que sus derechos fundamentales los lesione una gran empresa a que los lesione un pequeño empresario, pues la indemnización, que acabará en su bolsillo, será presumiblemente mayor en el primer caso.

4.4. *El baremo de accidentes de tráfico*

Otro de los criterios que ha sido utilizado por los tribunales para determinar la cifra indemnizatoria ha sido el baremo fijado por la Ley 35/2015, de 22 de diciembre, que modifica el TRLRCSCVM³⁶. Este mecanismo supone la fijación de una serie de cantidades, recogidas mediante tablas, que se obtienen relacionando el daño causado contra la vida o la integridad física o psíquica de la persona y las propias condiciones personales del damnificado (edad e ingresos básicamente). Son daños calculados en un contexto de accidentes de tráfico rodado y de responsabilidad objetiva que corresponde a las aseguradoras de automóviles. Según nos dice el texto reformado, en su artículo 33.3, son principios de valoración tanto la reparación íntegra, que supone atender no sólo al daño corporal, sino incluir los daños morales o extrapatrimoniales en la reparación; como la vertebración, que implica valorar separadamente los daños patrimoniales de los extrapatrimoniales, y dentro de unos y otros los diversos conceptos perjudiciales.

Ahora bien, pese a la dicción de los principios del artículo 33, lo cierto es que la valoración objetiva que se hace en las tablas presupone una compensación del daño moral inherente al daño corporal, sin distinguir un daño moral propiamente dicho, al menos mientras la lesión no alcance cierta gravedad. Así, el artículo 104 del TRLRCSCVM establece que «*El régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2*», por lo que el daño moral se confunde y queda compensado con la compensación de los daños corporales. Mientras que los artículos posteriores sí nos hablan de unos daños morales cuantificados de forma separada, mediante la tabla 2.B, pero siempre que la lesión alcance suficiente gravedad.

Teniendo en cuenta esto, cabe ahora preguntarse cómo acomodar el uso de este baremo para calcular una indemnización adicional derivada de una vulneración de derechos fundamentales en ámbito laboral. La primera cuestión es que, dado el concreto objeto de estas tablas, su aplicación será posible cuando estemos ante una vulneración de un derecho fundamental que se haya traducido en una lesión psicofísica, en una incapacidad, una enfermedad profesional, un accidente laboral, etc. más allá de estos casos parece complicado que pudiera utilizarse el baremo, ni siquiera cuando la vulneración del derecho fundamental potencialmente, pero no efectivamente, pudiese causar tales efectos³⁷. Por su parte, el uso del baremo en sede social ha venido utilizándose para calcu-

³⁶ Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el R.D.Lvo 8/2004, de 29 de octubre.

³⁷ STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2020 (Rº. 537/2020). En este caso, ante el reiterado incumpli-

lar indemnizaciones por responsabilidad civil en un contexto laboral, práctica refrendada por la jurisprudencia, pero matizada, pues no es trasladable miméticamente el uso del baremo desde el cálculo de una responsabilidad objetiva por accidente de tráfico a un accidente de trabajo, donde debe existir culpabilidad, aunque las exigencias de la prueba se hayan atenuado³⁸. Pues bien, la pregunta es si estas indemnizaciones de carácter civil³⁹ en las cuales se usa el baremo de accidentes de tráfico son o no son compatibles con la indemnización adicional del artículo 183 LRJS. Difícilmente se producirá una lesión física o psíquica de forma culposa sin que se haya producido una vulneración del derecho fundamental del artículo 15 CE, por lo que dándose los elementos para otorgar una indemnización de responsabilidad civil por daños (esto es, culpa y daño), tendremos también una vulneración de un derecho fundamental.

Por tanto, que ambas indemnizaciones puedan darse al mismo tiempo, o que la indemnización del 183 LRJS quede completamente subsumida en la indemnización por daños calculada de acuerdo con el baremo de la ley de accidentes dependerá pues de si entendemos que el daño moral producido por la vulneración del derecho fundamental queda recogido o no por la aplicación del baremo. Y el problema que aquí nos encontramos es la indefinición de lo que entendemos por los daños morales causados por una vulneración de derechos fundamentales. Si entendemos que estos daños son meramente los sufrimientos o padecimientos ocasionados, y que tales daños están contemplados ya en el baremo, su aplicación satisface plenamente aquellos intereses protegidos por la indemnización del 183 LRJS que queda vacía de contenido. Si por el contrario defendemos que la vulneración de derechos fundamentales supone un plus de lesividad que se traduce, bien en un padecimiento mayor o bien en un menoscabo de la dignidad personal, parecería lógico que la indemnización obtenida de un baremo de responsabilidad objetiva debiera incrementarse. Es más, si la indemnización debe cumplir con una finalidad preventiva que desaliente futuras actuaciones contrarias a derechos fundamentales, esta función no queda recogida por el baremo de accidentes de tráfico (Todolí Signes, 2012, p. 1724). Por tanto, lo que la aplicación del baremo permite es compensar los daños patrimoniales y los morales estrictos, pero no un daño moral específico derivado de una vulneración de un derecho fundamental, siempre que entendamos que tal daño exista.

miento de las medidas de seguridad por parte de la empresa, se considera vulnerado el derecho a la i³⁷ d física aún sin que llegase a producirse lesión alguna, *«ya que el derecho constitucional de referencia no se vulnera solo cuando se produce un daño cierto, sino también cuando la vida y la integridad física se ponen en riesgo por acciones y/u omisiones de quien tiene, como la empresa demandada, la obligación de velar por ello»* (FJ. 2).

³⁸ STS de 17 de julio de 2007 (R°. 513/2007, Sala de lo Social).

³⁹ El carácter civil de la misma, en base a los art. 1902 y 1903 del CC no era discutido, sí existió gran controversia sobre qué orden, si el civil o el social, era competente para conocer sobre las mismas y hasta qué punto lo dictaminado al respecto en un tribunal producía efectos de cosa juzgada en los tribunales de otro orden hasta la STS de 15 de enero de 2008 (R°. 2374/2000, Sala de lo Civil), que entendió competentes a los tribunales de lo social.

5. Conclusiones

Sobre qué daño moral hay que indemnizar

Partiendo de las características ya comentadas de automaticidad, autonomía e indisponibilidad del daño moral producido por una lesión de derechos fundamentales, planteo si no sería preferible separar entre un daño moral ligado a esta vulneración y un daño moral que responda al sufrimiento que padece el damnificado. Si bien ambos daños son compatibles, al separarlos, el primero tendría su justificación en la lesión producida a un pilar de la dignidad jurídica de la persona, objeto de especial protección constitucional, y no necesita desplegar un sufrimiento constatable para que nazca obligación de reparar.

Por tanto, a la hora de valorar aquellos daños morales que se indemnizan como consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales, se deberá tener en cuenta la existencia de dos tipos de daños. Un daño automático producido precisamente por la mera vulneración de derechos, que no es necesario probar *per se*, pues acaecida la vulneración, necesariamente se produce el daño, y cuya medida está contenida en la gravedad del acto infractor. Y otros daños, que generalmente le acompañarán, que corresponden con los que hemos denominado morales puros o estrictos: el sufrimiento, angustia, zozobra, etc. que son propios al sujeto, de forma que cada cual los experimentará de manera diversa, y diversa será la merma que estos le ocasionen. Su apreciación deberá realizarse, aunque sea indiciariamente, de modo que al menos queden reflejados en los hechos probados.

Así, mientras el daño entendido como menoscabo a la dignidad será automático, autónomo e indisponible, el daño moral se añadirá a éste en tanto en cuanto sea peticionado y traído al relato fáctico por quien lo solicita. El primero atenderá a la vulneración, el segundo al sufriente.

Sobre las finalidades de la indemnización.

Atendiendo ahora a las funciones que la ley encomienda a la indemnización, debemos reconducir las funciones reparadora y restitutiva hacia la compensación. Esta compensación deberá atender al daño causado a la dignidad, a los sufrimientos efectivamente padecidos y a la imposibilidad de restaurar plenamente a la víctima en el derecho transgredido.

Con relación a la función preventiva que debe cumplir la indemnización, se concluye que conculca un buen número de principios jurídicos. Comprometerse con una función preventiva de la indemnización debería suponer poder darle una solución legítima a dicha función. Si la necesidad de prevención hace que la indemnización aumente por encima de su función compensatoria nos acercamos a un modelo muy parecido a los *punitive damages*, y este tipo de daños presentan una gran problemática en nuestro sistema. Ciertamente este plus indemnizatorio puede suponer un acicate para la víctima a la hora de denunciar la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales porque sabe que no solamente obtendrá una reparación, sino también un beneficio, lo que en aras de

impedir las impunidades resulta muy atractivo, pero por otro lado desvirtúa completamente el principio de *restitutio ad integrum* y puede conllevar un incremento contraproducente de la litigación (Méndez-Monasterio Sivela, 2016, p. 62). Además, al tratarse este “extra” preventivo de una cantidad que no responde a reparación alguna y supone producir un daño patrimonial a quien ha trasgredido la norma, no parece aceptable que un tribunal desconozca que estas son características propias del acto sancionador, y que nos encontramos ante una “no-pena” que sortea los principios de tipicidad y legalidad, lo que a la postre vulnera los derechos fundamentales del condenado al pago de la indemnización, es decir, protegiendo unos derechos, vulneramos otros. Además, el destino mismo de esta cantidad es un patrimonio privativo, el de la víctima, que se beneficia sin causa de esta cantidad, cuando en mi opinión sería más adecuado que una cantidad cuya finalidad es preventiva, tenga un destino que repercuta en beneficio de toda la sociedad.

Como respuesta a estos problemas, planteo dos posibles alternativas. Trasladar esta función a la aplicación de cláusulas penales derivadas de la negociación colectiva que penalicen la vulneración de derechos fundamentales; o directamente trasladar dicho efecto al proceso sancionador y eliminar esta función de la indemnización.

Aunque las cláusulas penales no son comunes en el Derecho del Trabajo, no le son desconocidas, si bien se encuentran muy limitadas y existen sólo a favor del empleador, en pactos de permanencia o de no concurrencia. Una posible opción para dar cumplimiento a la función preventiva de la indemnización sería la inclusión de estas penas privativas o cláusulas penales, ahora sí en contra del empresario, para casos de vulneración de derechos fundamentales. Estas cláusulas de normativa convencional otorgarían al juzgador un asidero para incrementar la indemnización y cumplir con la prevención, sin trasgredir principios propios del derecho sancionador, sin desnaturalizar la indemnización ni producir enriquecimientos injustos. La regulación social no impide que este tipo de negocios y pactos se lleven a cabo, sin embargo, tampoco se ha regulado extensamente en este sentido. Actualmente no parece encontrar un correcto encaje en nuestro derecho de daños, pero una legislación que interese la función preventiva como materia de negociación colectiva, esto es, como cláusulas penales dentro del propio convenio por ejemplo, no nos parece tan descabellada. Sería necesario tanto la inclusión de éstas como materia a negociar *ex lege*, como también una regulación propia en sede social del tratamiento, limitaciones y características necesarias de estas cláusulas. Desde luego, nos encontramos ante la cuestión no menor de que los derechos fundamentales no son objetos negociables ni disponibles, y por ello no pueden dar lugar a regateos sobre cuánto puede costar su incumplimiento. Hay que entender que esta penalización opera paralela y de forma diferente a la sanción que cabría imponer en su caso, y sólo busca dar cabida a la función preventiva de la indemnización. En todo caso, que la indemnización efectivamente cumpla con su función preventiva deberá ser atendido por el tribunal, que si estima insuficiente la penalización realizada por convenio, no debería verse limitado a la misma.

Otra posible solución sería, simplemente, prescindir del carácter preventivo de la indemnización y trasladar dicha función a la aplicación de sanciones, es decir, una vez constatada la vulneración, proceder a sancionar el acto de acuerdo con su tipo, ahora sí,

aplicando para ello la LISOS, sin perjuicio de reconocer el derecho de la víctima a ser indemnizada por el daño moral derivado de la vulneración. Esto despejaría las dudas sobre la naturaleza misma de la indemnización y eliminaría cualquier sospecha de anti-juricidad en su concesión. Sin embargo, la ley es meridianamente clara en este aspecto, y exige que la indemnización cumpla su función preventiva, senda por la que también parece transitar el derecho europeo.

Sobre el cálculo de la indemnización.

La tendencia actual en el cálculo de las indemnizaciones se puede resumir de la siguiente forma: i) primero los tribunales establecen qué reproche sancionatorio produciría el acto mediante la LISOS; ii) a partir de esta horquilla, seleccionan un marco, en atención a la remuneración y antigüedad de la víctima; iii) por último, desde este marco acaban determinando la cuantía de acuerdo a la efectiva gravedad de la lesión y las características en que se ha producido el acto concreto.

En mi opinión, tal forma de calcular la indemnización no resulta acertada por carecer de un sólido argumentario que la justifique. En primer lugar, la LISOS no está pensada para valorar daños morales, sino sanciones, y por tanto sus cantidades responden a finalidades distintas a la reparación de daños. En segundo lugar, los parámetros clásicos de las indemnizaciones laborales, como son el salario y la antigüedad, no pueden ser usados de la misma forma respecto de la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, porque esta indemnización, aun existiendo en un contexto laboral, no responde a la misma naturaleza. Por último, las circunstancias en torno al acto y los elementos subjetivos que agraven o atenúen el sufrimiento experimentado, son la estructura básica sobre la que debe asentarse la indemnización, y esto es así porque son los únicos elementos de los que disponemos para poder aproximarnos al daño efectivamente causado.

Ahora bien, como hemos apuntado, si abogamos por la existencia de un daño moral, entendido como menoscabo de la dignidad del sujeto, sin perjuicio de otros daños morales estrictos que respondan a un sufrimiento o padecimiento efectivamente soportados, para la indemnización de este menoscabo lo que nos interesan serán las circunstancias del acto. Que el menoscabo sea mayor o menor dependerá directamente de la mayor o menor potencialidad lesiva de la vulneración. Y dado que no podemos defender la existencia de dignidades de primera y dignidades de segunda, todo sujeto, independientemente de su condición, verá vulnerada su dignidad de la misma forma y en el mismo grado, ante el mismo acto. Así, para este daño a la dignidad, el componente subjetivo será indiferente, y sólo la agresión en sí determinará su cuantía.

Respecto de los daños morales estrictos, los sufrimientos o padecimientos subjetivos, estos no quedan expulsados, sino que son diferenciados de ese daño extrapatrimonial a la dignidad. Tales padecimientos ya no pueden considerarse automáticos a la vulneración, y necesitarán de actividad procesal por parte de quien los reclame. En este caso, para cuantificar los sufrimientos sí tendremos que acudir a las circunstancias subjetivas de quien los padece.

La pregunta siguiente es cómo valoramos la dignidad para darle un precio acorde a la gravedad de la vulneración. Obviamente esta no puede valorarse económicamente, pero al igual que pasa con el sufrimiento, será necesario tener algo con lo que determinar una cifra, pues aún con todo, la indemnización económica es el medio que resulta más adecuado. En mi opinión, la forma más apropiada sería estableciendo baremos o índices que permitan determinar una cantidad de acuerdo con la gravedad de la infracción a través de un corpus de leyes orgánicas. Actualmente existen unas quince leyes orgánicas que desarrollan derechos fundamentales, pero tan sólo tres de ellas⁴⁰ hacen referencia a aspectos relacionados con las consecuencias de la vulneración del derecho fundamental, y no necesariamente de cuestiones indemnizatorias. Esta legislación no tendría por qué establecer cifras cerradas, de hecho, dado su carácter de ley orgánica sería poco recomendable atendiendo a la dificultad de adaptar las cifras a las nuevas realidades socioeconómicas de cada momento, pero sí permitirían aportar a los tribunales unos criterios objetivos de cálculo legitimados esta vez por los debidos instrumentos normativos, siempre sin establecer límites superiores *a priori*.

Respecto a qué cuantificados deberían operar como medida de referencia, en mi opinión, las normas para el cálculo de la indemnización deben alejarse de las cantidades establecidas para las sanciones y acercarse más a aquellas cantidades que en una sociedad expresan con mejor acierto el valor que la sociedad misma otorga a la dignidad humana. Actualmente los indicadores económicos cuyo cálculo guarda mayor relación con lo que socialmente podemos entender como el precio de la dignidad humana son, entre otros, el salario mínimo interprofesional, el ingreso mínimo vital o las pensiones no contributivas. Establecer una relación entre la indemnización por vulneración de derechos fundamentales y estos parámetros parece mucho más coherente que hacerlo con baremos aislados o tablas de sanciones. Que estos parámetros sean o no suficiente dependerá realmente de lo comprometida que esté una democracia con la protección de la dignidad.

6. Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ ALONSO, Diego. La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”. *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Wolters Kluwer, 9, 2014, pp. 89-107.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. La responsabilidad por daño moral. *Anuario de Derecho Civil*. AEBOE, 1, 1966, pp. 81-116.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel. *La cuantificación de la indemnización por daño moral por la trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*. Madrid, AEBOE, 2023.

⁴⁰ LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- BALLESTER PASTOR, María Amparo. El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, 69, 2015, pp. 31-55.
- FELIU REY, Jorge. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fascículo 1, AEBOE 2014, pp. 169-218.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. Daño Moral. *InDret: revista para el análisis del Derecho*, UPF, 1, 2000, pp. 1-2.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, David. La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género: reflexiones a propósito de la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria. *IUS Labor*, UPF, 2016, pp. 1-20.
- LÓPEZ BERMEJO, Óscar. Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales. *Revista de jurisprudencia laboral*. AEBOE, 3, 2023.
- LÓPEZ TERRADA, Eva. La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2021, pp. 2-39.
- MÉNDEZ-MONASTERIO SIVELA, Pablo. *Daños punitivos, el "patito feo" de la responsabilidad civil*. Madrid, Fe d'erratas, 2016.
- ORZUNA SAMUDIO, Mauricio Javier. *La cuantificación del daño en la vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona, La Jurídica, 2019.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 169, 2014.
- TEBALÁN PALACIOS, Herberth Isamar. La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales laborales. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. Wolters Kluwe, 49, 2019, pp. 77-88.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. Glosa Judicial. La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales. (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 2011). *Actualidad Laboral*. 2012-2(15), 2012, pp. 1718-1728.

DEBATES

La “obsolescencia legalmente programada” del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada

The “legally programmed obsolescence” of unfair dismissal in Spain. Why and how to correct it under of the Revised European Social Charter

Cristóbal Molina Navarrete

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

ORCID ID: 0000-0001-8830-6941

doi: 10.20318/labos.2023.8257

“El régimen jurídico del despido en España es un ejemplo clamoroso... de una ineficacia de las normas programada por el propio Derecho que parece sometido a un trastorno bipolar: máxima protección para unos trabajadores y protección mínima o nula para otros”.

AURELIO DESDENTADO BONETE*.

Resumen: Este estudio aborda dos cuestiones jurídicas relevantes. De un lado, expone las razones por las cuales entiende que la regulación del despido improcedente en España no solo está en disconformidad con la Carta Social Europea Revisada, sino que es ineficaz e inequitativa (genera brechas resarcitorias regresivas), incapaz de cumplir adecuadamente con su función constitucional. De otro, expone las diversas opciones existentes para la debida reforma legislativa, que ya ha comprometido el nuevo Gobierno en el pacto entre PSOE y Sumar, pronunciándose por la que considera más adecuada y razonable.

Palabras clave: Despido improcedente, indemnización tasada, Carta Social Europea Revisada, Comité Europeo de Derechos Sociales, derecho a una reparación adecuada

Abstract: This study addresses two relevant legal questions. On the one hand, it explains the reasons why it understands that the regulation of unfair dismissal in Spain is not only in disagreement with the Revised European Social Charter but is also ineffective and inequitable (it generates regressive compensation gaps), unable

*AAVV. (Dir. ID-Coord.: De La Puebla Pinilla, A.). Despido y crisis económica. *Los despidos económicos tras la reforma laboral*. Un análisis desde el Derecho y la Economía, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 31.

to adequately comply with its constitutional function. On the other hand, it exposes the various existing options for due legislative reform, which the new Government has already committed to in the pact between PSOE and Sumar, deciding on the one it considers most appropriate and reasonable.

Keywords: Unfair dismissal, assessed compensation, Revised European Social Charter, European Committee of Social Rights, right to adequate compensation.

I. Introducción. El desplazamiento, no solo político, sino jurídico, del centro del debate sobre la indemnización por despido improcedente

Mientras que las personas que nos dedicamos a cultivar el Derecho del Trabajo, sea desde eso que se conoce (a veces con cierta carga peyorativa, evocando cierta esterilidad del entretenimiento especulativo teórico) como el mundo de la “disquisición académica” o sea de lo que se define (a veces más valorado por su –dicen– mayor practicidad) como la “experiencia forense” (práctica profesional –abogacía, graduación social, judicatura–), seguimos enzarzados (quizás ya algo inútilmente) en el debate en torno a si la actual regulación española del despido improcedente (art. 56 ET) se adecúa o no al art. 24 de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en el mundo de la política ya se ha superado y se ha dado un paso más. Como es bien conocido, en el pacto alcanzado entre el PSOE y Sumar para reeditar un Gobierno de coalición, inicialmente apoyado en la investidura por el heterogéneo arco de grupos parlamentarios “independentistas” (no solo nacionalistas), se contempla el siguiente compromiso, relativo a la culminación (tantas veces invocada) del “Estatuto del Trabajo del siglo XXI”:

“ (...). El Estatuto también incorporará, entre otros, los siguientes contenidos imprescindibles:

– (...)

– **Establecer garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y reforzando la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral**¹

En suma, el Gobierno recientemente constituido, y de suerte especialmente incierta por el difícil equilibrio de la mayoría forjada, asume que la regulación española actual estatutaria (y procesal) es inadecuada al sistema de la Carta Social Europea y propone su reforma, para adecuarse a lo que requiere el art. 24 CSER, conforme a la doctrina de su órgano máximo de garantías de cumplimiento e interpretación auténtica, el –tan poco valorado– Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). El eje pasa ahora, pues, de la adecuación o no, pues se da por hecha la disconformidad y, por tanto, la condena futura inmediata del CEDS, ante sendas reclamaciones sindicales planteadas en Estrasburgo, al del contenido concreto de la reforma legislativa debida para adecuarse a sus imperativos. De este modo, pese a que el Gobierno precedente contestó a la reclamación colectiva de UGT ante el CEDS afirmando que nuestro sistema jurídico cumple

¹ Acuerdo de Gobierno intitulado: “España Avanza. Una nueva Coalición de Gobierno progresista”, octubre 2023, página. 11. <https://static.eldiario.es/eldiario/public/content/file/original/2023/1024/11/acuerdo-gobierno-coalicion-2023-def-pdf.pdf>

con la CSER, parece que el nuevo asume lo contrario y, por tanto, propone una reforma legislativa para cumplir

Ciertamente, no es ningún dechado de concreción ni precisión del texto. En realidad, genera más incertidumbres de las muchas existentes. Y ello porque apunta a una apertura en canal de toda la regulación del despido. En efecto, en su lacónica, pero enigmática, formulación, no solo afectaría al despido sin causa justa (despido arbitrario), que es el “melón abierto” ante el CEDS, sino que sugiere abrir otro(s), el (los) de la causalidad de toda extinción laboral. Por tanto, del despido objetivo procedente (sin duda por causas económicas, pero quizás también por ineptitud sobrevenida) y ¿el del periodo de prueba?

A la luz de otros documentos del Grupo Parlamentario que ha puesto toda “la carne en el asador” de este tema, Sumar, la ambición de la reforma del despido va mucho más allá de la cuestión que ahora centra el debate en nuestro país sobre la materia. Otra cosa bien distinta será la posibilidad real de que salga adelante, dada la conjunción de intereses muy contrapuestos en la nueva mayoría parlamentaria conformada, por cuanto en ella se dan cita “partidos más progresistas” y otros “partidos más conservador-liberales”, que ya se opusieron, en el proceso-debate sobre la reforma laboral de 2021, a ir más allá en este aspecto, dando por buena la regulación actual. Ni tan siquiera aceptaron la más mínima reforma, que era volver a la indemnización de 45 días por año de servicio.

Ni que decir tiene que no pretendo entrar aquí en tan compleja e incierta cuestión, que requiere un análisis mucho más detenido del que es recomendable realizar en este estudio. Tiempo habrá para ello, pues será inexorable entrar en profundidad en tan enigmática, pero determinante, propuesta de reforma legislativa futura del Estatuto. En este momento pretendo centrarme en una cuestión más concreta, aunque no puntual ni episódica, sino nodal, de este debate. Particularmente, partiendo de que el sistema legal de indemnización tasada y topada por despido improcedente (eufemismo español para el despido sin causa justificada –incluso sin causa– o despido arbitrario) es inequívocamente disconforme con el exigido por el art. 24 CSER, en la doctrina legal (eludo deliberadamente el término “jurisprudencial”, por ser discutido y discutible) constante del CEDS, trataré de afrontar, siquiera sucintamente, en este estudio me aventuraré sobre cuáles deberían ser, a mi juicio, los mínimos exigibles en la reforma legal (entiendo que por Ley, no por Real Decreto-ley² tras el necesario periodo de diálogo social –de acuerdo aquí complejo por la oposición empresarial férrea a debatir este tema–) auspiciada para cumplir con el sistema de reparación adecuada de la CSER.

² La creciente generosidad (lamentablemente en función del origen político-partidista de la mayoría forjada) del TC con las razones de urgencia del –abusado– Real Decreto-ley (vid. últimamente la sentencia del TC, dictada en el mes de octubre de 2023, que ha rechazado, por mayoría –de 6 a 4, y una abstención–, el recurso del PP contra RDL 9/2021, por el que se modificó el ET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales “–ley rider”–.), no creo que un aspecto tan significativo como el de la reforma del despido pueda hacerse con el recurso a tal técnica. En última instancia, tampoco sería un buen cauce para superar el plus de dificultades de la aritmética parlamentaria, pues 20 días después habría que pasar el trámite de convalidación.

Soy consciente de que el debate relativo a la adecuación o cumplimiento de la CSER plantea, al menos, dos frentes. Uno, el de la indemnización adecuada, otro el relativo a la readmisión obligatoria (y la facultad de opción general dada a quien ejerce con amplia arbitrariedad la decisión extintiva, en vez de concedérsela a quien la sufre —en línea con lo que se reconoce para la representación laboral y para personas trabajadoras cubiertas por convenios que así lo determinan—). El primero ha centrado la reclamación de UGT, mientras que el segundo se ha incorporado también a la reclamación de CCOO. En este estudio me centraré solamente en el primero, por varios motivos, que podría resumir en tres. A saber: su mayor concreción jurídica, la más elevada atención en el debate público y, honestamente, su mayor certidumbre jurídica (la posición personal de cada cual es libre y respetable, por supuesto), porque, a diferencia de la cuestión relativa a la readmisión, donde la doctrina es más modulada (ej. Decisión sobre el fondo del CEDS, de 5 de julio de 2022, *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse* contra Francia, reclamación 175/2019), es de evidencia que una indemnización tasada es disconforme con la CSE.

Pero el enfoque de este estudio no se centrará en un análisis y valoración puramente normativos (juicio de validez jurídica y propuesta de reforma legislativa) de esta cuestión del derecho a un resarcimiento económico adecuado, con el doble efecto de reparación íntegra y efecto disuasorio eficaz, en situaciones de despido sin causa justificada (el coste o precio del despido arbitrario), sino que pretende ir más allá. Si, como ilustra la cita de autoridad que se ha elegido para encabezar este estudio, hace más de una década que se sabe que nuestro sistema indemnizatorio tasado y topado tiene inculcado un “programa” (un “troyano”, diríamos hoy) que aboca a su “obsolescencia” (programación del fin de la vida útil, primando la función de garantía de rentabilidad económica frente a la de calidad) o “ineficacia programada”, hoy ya disponemos de los datos estadísticos contundentes que hace de esa observación una evidencia, alejándose de los meros augurios o profecías. Pese a que, una vez más, en la opinión publicada se puede leer que “España tiene al despido más caro de toda la Unión Europea”³, un análisis realista de las normas vigentes pone de relieve lo contrario, lo que explicaría que, al tiempo, España sea uno de los países de la Unión que más despidos individuales realiza, batiendo récords año tras año, pulverizados en 2023⁴, pese a las reformas orientadas a priorizar la flexibilidad interna sobre la externa. Entonces, si tan caros fuesen ¿por qué son masivos los decididos y mayoría conciliados, sea extrajudicial sea judicialmente, asumiendo de buena gana “tan alto precio”?

No se trata solo de una evidente ineficacia de la regulación actual del derecho a un resarcimiento adecuado frente al despido improcedente (sin justa causa o arbitrario), que

³ ESTEBAN, J. (2023). “España tiene el despido más caro de la Unión Europea” <https://www.economista.es/economia/noticias/12477124/10/23/espana-tiene-el-despido-mas-carro-de-la-union-europea.html#:~:text=>

⁴ España pulveriza los registros de despidos: superan los 476.000 en la primera mitad de 2023. <https://www.economista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html>

hace que la disconformidad al art. 24 CSER no lo sea solo en el plano normativo, sino también en el de su aplicación práctica más frecuente, no solo media⁵. El problema de inadecuación es aún mayor, porque incide de manera notablemente desigual en las diversas personas trabajadoras, de modo que desprotege más a quienes tienen una mayor vulnerabilidad en sus posiciones contractuales de mercado (ej. temporalidad, parcialidad, fijeza discontinua, personas con menores tasas de empleabilidad, etc.), favoreciendo en cambio a las personas trabajadoras con mejor posición contractual de mercado (ej. a las personas con salarios más elevados y amplia antigüedad). Por lo tanto, lejos de cumplir una función de asignación justa de los costes de despido arbitrario (dimensión social o de “desmercantilización”⁶) las normas provocan resultados de regresividad e insolidaridad, lo que no puede estar más distante de identificar un sistema de protección resarcitoria frente al despido sin causa justa socioeconómicamente adecuado o apropiado, no solo normativamente, se insiste.

II. “Si las barbas del vecino veas cortar...”: Razones de invalidez, ineficacia e inequidad de un sistema de indemnización tasada por despido arbitrario

1. Juicio de (in)validez: La inequívoca razón jurídica de la disconformidad del sistema de indemnización tasada y topada con la doctrina del CEDS

1.1. La interpretación de la ley nacional conforme a la internacional, prevalente, no puede prescindir de la realizada por su órgano máximo de garantías, aunque no se trate de un tribunal ni dice sentencias

Creo no ser ningún inconsciente hacer una afirmación tan rotunda (hay quien la tendrá por osada, incluso excesivamente confiada) como la apenas realizada: si una cuestión jurídica hay cierta en todo este marasmo en torno a la valoración y, en su caso, necesidad de reforma legislativa, de la regulación del despido sin causa justa en España, es la de la evidente o manifiesta disconformidad de nuestro “moderno” (el “antiguo” o “viejo” era otro diferente y opuesto, como se recordará brevemente) modelo resarcitorio, basado en una indemnización tasada y topada por despido improcedente, al art. 24 CSER. ¿Muestro desconocimiento o infravaloro la legión de opiniones jurídicas de ilustres juristas que se muestran en sentido radicalmente contrario⁷, así como la práctica totalidad de la doc-

⁵ A favor de esta visión de ineficacia vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor* 1/2023, pp. 10 y ss.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos*, vol. 2, nº 2, 2021, p. 61.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., MUROS POLO, A. “La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 117, septiembre 2023

⁷ Cfr. LAHERA FORTEZA, J. “Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Briefs AEDTSS*, 41, 2023. <https://www.aedtss.com/adequacion-juridica-internacional-y-defensa-de-la-indemnizacion-tasada-en-el-despido-improcedente/>

trina judicial que se ha pronunciado en materia, con la excepción de la posición crítica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –TSJC–?

No, por supuesto. Lo que sí pretendo expresar es que ese debate es hoy más interesante que interesante, porque no se fundamenta sobre un procedimiento hermenéutico normal, sino artificial y anómalo respecto de los cánones ordinarios y consolidados en la cultura jurídico-social actual. Trato de explicarme mejor con las debidas razones jurídicas, según exige toda construcción argumental seria del Derecho (Social del Trabajo)⁸.

Quienes asumen la conformidad argumentan básicamente sobre un triple –errado, a mi entender– argumento. El primero (veremos los otros dos –carácter no vinculante de la doctrina del CEDS y riesgo de inseguridad jurídica de la superación del sistema de la indemnización tasada– en apartados posteriores) afirma que la norma nacional –resultante de un enfoque liberal y economicista de la regulación del despido sin causa justa, e incluso sin causa– es conforme con la –social y garantista– europea si nos mantenemos en la (pobre e indeterminada) literalidad del art. 24 CSER. Ahora bien, si en vez de escudarse en la letra de la norma internacional, se recurre, como es obligado ex art. 96 en relación con el art. 10.2 de la CE, siguiendo consolidada doctrina del TC (también orillada en el debate actual), a la doctrina interpretativa de ese precepto, la doctrina fijada constantemente, sin cambios ni equívocos, por su órgano máximo de garantías (intérprete máximo, que no único), el CEDS la cuestión cambia notablemente, evidenciándose la disconformidad⁹.

Recordemos brevemente el valor jurídico-interpretativo de esta doctrina, según la doctrina constitucional, pues es el verdadero punto doliente, el nudo gordiano, de la cuestión. Así se reafirmaría en el debate análogo existente en otras experiencias jurídicas próximas a la nuestra. Sería el caso de la italiana, cuya Corte Constitucional no le atribuye valor de una doctrina jurisprudencial vinculante, a diferencia de la jurisprudencia del TEDH, pero sí le da un importante valor interpretativo a la hora de determinar la inconstitucionalidad de las leyes que fijan indemnizaciones tasadas y topadas. O de la francesa, cuya Corte de Casación se rebela expresamente contra la doctrina del CEDS, que no acepta atender, pese a las reiteradas condenas contra el Estado francés del CEDS, porque ni el art. 24 CSER sería una norma directamente aplicable, sino un mero progra-

⁸ Como forma de integrar las tres visiones clásicas de Teoría del Derecho (normativismo, realismo jurídico, e iusnaturalismo) ha venido adquiriendo fortuna, sobre todo en los Estados Constitucionales, la visión (más integral y pragmática) del Derecho como un sistema de argumentación. ATIENZA, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, (21), 37-47. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>

⁹ Así lo vengo defendiendo desde hace 3 años. MOLINA NAVARRETE, C., «Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea : nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT», en Salcedo Beltrán, C. (dir.): *La Carta Social Europea Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 145-196; ID. «Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo , y 270/2022, de 29 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 469, 2022. En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor 1/2023*, versión digital.

ma de desarrollo legislativo nacional, ni la doctrina del CEDS crearía doctrina jurisprudencial que haya que seguir necesariamente por el TS nacional.

¿Qué dice el TC español a estos efectos, al menos en un plano general de dogmática jurídica-constitucional en esta materia, sin desconocer que luego su práctica constitucional se muestra más equívoca y errática? Su posición normativo-interpretativa no es ambigua, sino muy contundente en el sentido de afirmar que:

“Ahora bien, el que los *Dictámenes del Comité* (en el caso relativo a los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del TEHD, *no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción* de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, ...no sólo forma parte de nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE), sino que además, y por lo que aquí interesa (conforme al art. 10.2 CE, la interpretación de las normas internas relativas a la norma internacional de aplicación) *no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados...*internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)” (STC 116/2006, 24 de abril, FJ 5, párrafo primero)

A mi entender, esta rotunda doctrina constitucional zanja el debate, algo estéril, en torno a si la doctrina constante del CEDS es o no jurisprudencia. Las leyes no se pueden interpretar por los Tribunales nacionales sin las normas internacionales, en este caso la CSER, y estas no se pueden comprender sin la interpretación de sus órganos de garantía, al margen de la forma jurídica que en su formulación adopten, conforme a las normas internacionales que la regula. El TC vuelve a incidir en ello, por si hubiese alguna duda:

“Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España..., habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto...forma el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español” (STC 116/2006, 28 de abril, FJ5, párrafo segundo)

Ante la contundencia y rotundidad de esta doctrina no alcanzamos a entender cómo se sigue poniendo en duda el valor jurídico-interpretativo de la doctrina del CEDS (un caso fragante fue, hasta hace poco, la aceptación resignada del valor puramente político de la doctrina del CEDS sobre el SMI, cuando era, y es, más que evidente que el art. 27 ET no es conforme al art. 4 de la CSE en su interpretación por el CEDS –que exige incluir como garantía objetivada del derecho a un salario suficiente un SMI de al menos el 60 por cien de la retribución bruta media del país, no siendo, pues, una cuestión de decisión política o reglamentaria, sino una exigencia jurídica ineludible¹⁰). Seguir resistiéndose a su valor jurídico, como se hace por insignes juristas del trabajo,

¹⁰ No lo asume así, optando por dar preferencia a la norma comunitaria, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados”, Foro de Labos, 16/2/2023, <https://www.elforodelabos.es/2023/02/el-smi-aprobado-y-la-conformidad-con-la-directiva-de-salarios-minimos-ade cuados/>

parece más propio de un pasado melancólico de nostalgias perdidas que de la debida comprensión multinivel del sistema contemporáneo de garantías sociales. Su virtualidad no es elegible en el proceso interpretativo, sino debida, por más que sea criticable y modulable, por supuesto.

1.2. ¿Quién es responsable del actual estado conflictual, no dialógico, entre el CEDS y los Altos Tribunales nacionales?: La deconstrucción del proceso interpretativo del art. 24 CSER contraria la Constitución y la hermenéutica jurídica moderna

Constitucional y culturalmente, pues, es difícil de entender cómo se ha llegado a este gran “diálogo de sordos”¹¹. Un desencuentro o relación conflictual que no es inocente ni se explica en realidad por una eventual complejidad técnico-jurídica de la cuestión, sino por motivos estrictamente de política jurisdiccional del Derecho en esta cuestión. En virtud de la cual los Tribunales nacionales, sobre todo los de más alto nivel, se resisten (ahora que se han resignado a la primacía del TJUE, y del TEDH¹², también en materia sociolaboral, pese a ser un tribunal de derechos civiles), a edificar un nuevo nivel jurídico al que tener que plegar sus doctrinas jurisprudenciales más consolidadas y pacificadas. Y ello es así máxime ante la convicción (en parte real –en otra no tanto–) de que el CEDS atiende a un canon hermenéutico que contrasta con el típico continental, al ser especialmente creativo, más propio de una jurisdicción anglosajona, y de máxima intensidad garantista social (garantismo jurídico-social máximo), incluyendo niveles objetivos de intensidad protectora (canon objetivo de control del ajuste que recorta la discrecionalidad, incluso económica, legal nacional, aún con su margen de apreciación), mientras desatiende la ponderación de las razones económicas de los ordenamientos nacionales, especialmente presentes en ellos tras los procesos últimos de flexibilización y liberalidad en la gestión del factor trabajo por parte de las empresas (protegidas por la libertad de empresa ex art. 38 CE y art. 16 CDFUE).

Este activismo jurídico de cuño garantista social puede gustar más o menos, o no gustar en absoluto. Además, la función del jurista, cualquiera que sea su naturaleza y función (académica o doctrinal, jurisdiccional o aplicativa), debe incorporar la facultad de criticar las construcciones del CEDS, al igual que se hace con el resto de Altos órganos de garantía jurisdiccional, sin que el CEDS esté blindado a tal fin como intérprete único de la CSER (como a veces defienden, con exceso, quienes se enrocan en su naturaleza de “jurisprudencia vinculante”). Ahora bien, lo que no está permitido a la interpretación es

¹¹ VIVERO, J. “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, En la *Colección de Briefs* n. 48, año 2023, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/anatomia-de-una-valoracion-critica-la-doctrina-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-injustificado/>

¹² Para la creciente influencia de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito sociolaboral vid. PRECIADO DOMENECH, C.H. *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete, 2023.

deconstruir el proceso hermenéutico normativamente asentado tras el positivismo más formal e irrealista, de modo que se vuelva al texto literal, desnudo de interpretación auténtica, para comprender el mandato del art. 24 CSER. Esto es, no es admisible que, sobre la crítica, legítima, de eventuales excesos creativos o de innovación interpretativa del CEDS, se predique una interpretación literal y simplificada del art. 24 CSER (y su Anexo con valor normativo), como si no contara con un cuerpo doctrinal constante que le da sentido a la norma, leyendo lo que en la letra de la ley no está, como la readmisión obligatoria (que, como se dijo, el CEDS no interpreta de forma radical, como muestra el rechazo de la reclamación sindical francesa en tal sentido en la citada Decisión de Fondo de 5 de julio de 2022).

Parece claro que cuestionar su valor jurídico interpretativo sobre la crítica global de “iusnaturalismo” de esta doctrina legal internacional social (o “neo-institucionalismo”¹³ del Derecho Internacional de los derechos humanos, civiles y/o sociales), a la que siempre se le reprocha desviarse del principio de legalidad formal, incitar a la arbitrariedad judicial y diluir la seguridad jurídica, resulta exorbitante respecto del proceder jurídico debido, en virtud del funcionamiento del juicio de convencionalidad ex art. 96 CE y de su dinámica conforme a la propia doctrina constitucional. Que el origen de la doctrina legal del CEDS sobre el art. 24 CSER se remonte en el tiempo (principios de este siglo) y que primero se articulara en torno al sistema de Conclusiones sobre Informes nacionales respecto de unos países de cuestionados Estados Democráticos de Derecho (ej. Bulgaria, Turquía, Chipre, Albania), banalizando este procedimiento por no responder al principio contradictorio al que sí sirve el de reclamación colectiva, manteniéndola después de forma reiterada en sus múltiples decisiones de Fondo, más obedece a la coherencia jurídica del CEDS, que no se comporta argumentalmente de un modo para las Conclusiones y de otro cuando tiene que afrontar Decisiones de Fondo, que a la pretendida arbitrariedad argumental del CEDS, desautorizado como pura envoltura jurídica formal de lo que sería solo fruto de una pretendida decisión política, producto del voluntarismo “del intérprete... creador más que de la ardua tarea de argumentación jurídica...”¹⁴. Asimismo, que la ley reguladora de la jurisdicción española no le otorgue a su doctrina valor jurídico para fundamentar ni un recurso de casación para la unificación de doctrina ni de revisión de sentencias firmes, a diferencia de lo que sí se prevé para la jurisprudencia del TEDH (el “hermano rico”) no conlleva, conforme a la doctrina constitucional, negar su valor interpretativo.

No es ni racional ni coherente constitucional y hermenéuticamente desplazar el contenido jurídico atribuido por el órgano de garantías instaurado en el sistema de la CSE al art. 24 CSER, por el propio de los Tribunales nacionales, o del intérprete nacional en sede académica, solo porque parece excesivo y de máximos exorbitantes. Se

¹³ Como se ha evidenciado, el neoinstitucionalismo, aunque mantiene su anclaje con el principio de positividad jurídica propio de la Ciencia del Derecho, frente a la sociología, ofrece una comprensión “más abierta” del ordenamiento jurídico y trata de “superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas”. Vid. SUÁREZ LLANOS, M. Leonor, “El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista”, *Anuario de filosofía del derecho*, N. 22, 2005, p. 334.

¹⁴ Cf. VIVERO RIVERO, J. “Anatomía de una valoración crítica...”. Ob. cit.

trata únicamente de establecer un sistema de estabilidad obligacional (no impone el real, como parece entender la reclamación colectiva de CCOO, pero el propio CEDS, ese que parece tan extremadamente progresista, ha rechazado en la Decisión de Fondo 5 de julio de 2022) que no resulta arbitrario, pues solo recuerda que los daños derivados del despido deberían ser reparados íntegramente y tener un efecto disuasorio de la arbitrariedad. ¿Qué tiene de imposibilidad jurídica esta interpretación, fuera de la decisión política de favorecer leyes más liberales y flexibles que sociales y tuitivas de estabilidad? Se podrá estar o no de acuerdo, pero parece evidente que no se le puede negar al CEDS la función para la que está creado en la norma internacional y resulta vinculante, no elegible, para todo Tribunal y para toda interpretación nacional de una ley que venga condicionada por el art. 24 CSER y cuyo contenido, por determinación de su órgano de garantías, acoge en parte, y difiere en otra, del art. 10 del Convenio 158 OIT (cierto, uno de los menos ratificados) y de la interpretación de este por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR).

Una doctrina del órgano de garantías de cumplimiento convencional de la OIT, por cierto, citada en más de una ocasión por el CEDS, que apela a la misma, así como a una interpretación sistemática, para incluir también, como derecho a la reparación apropiada la readmisión obligatoria, pero no como regla general. Al igual que también dialoga con las Cortes Constitucionales, como la italiana, y las de Casación, como la francesa, que tiende a mencionar. Naturalmente, lo que no puede pedírsele es que se pliegue, sin más, a la embestida de algunas de ellas, como la francesa, no así la Corte Constitucional italiana, que le niega normatividad a la CSE y valor jurídico alguno a su doctrina. Sostener algo así es como demandarle que renuncie a su función para no molestar a los Tribunales nacionales, acomodándose a sus posiciones, cuando su razón de ser es la contraria, la de hacer ver a los órganos nacionales cuál es la comprensión práctica de una norma social internacional, exigiéndoles, en su caso, la revisión de las doctrinas contrarias. Al igual que se predica del TEDH y del TJUE, aunque, como dice el TC, no se trata de sentencias ni de jurisprudencia, pero sí de una doctrina legal interpretativa determinante, o relevante en todo caso, en el proceso interpretativo de una ley nacional.

En consecuencia, al margen del juicio crítico que haya que hacer a su doctrina, si parece excesiva, lo que no es asumible técnicamente, so pena de desconocer el principio de legalidad internacional es leer en la ley internacional lo que leen los órganos judiciales en la nacional, pues es el órgano internacional de garantías el que tiene la función de darle contenido práctico a los conceptos indeterminados como el de “indemnización adecuada” o “reparación apropiada”. No se puede confundir la normatividad con la inefectividad de una ley¹⁵, en este caso internacional social europea. Que los países la cumplan más o menos no puede negar su valor normativo directo, según su órgano de garantía, ni convalida los incumplimientos nacionales, solo pone de relieve la debilidad de sus garantías jurídicas.

Justamente, el nuevo Gobierno español se ha comprometido ahora a reforzarlas, no a hacer “oídos sordos”, siguiendo la estela del SMI y, de futuro, respecto de otros te-

¹⁵ Vid. FERRAJOLI, L. Derecho y garantías. La Ley del más débil. Trotta. Madrid, 2004.

mas de disconformidad (pensiones mínimas, subsidios asistenciales de desempleo, etc.). Pero ¿qué significa exactamente cumplir con la CSER a efectos de indemnización adecuada ex art. 24 CSER en relación con el art. 10 Convenio 158 OIT?

1.3. El derecho a una indemnización adecuada por el despido sin causa justificada ex art. 24 CSER se opone a toda reparación tasada y topada, si no permite, de forma general, no excepcional, resarcir los daños reales ni tener efecto disuasorio

Sentada la normatividad inmediatamente vinculante del art. 24 CSER y afirmado el valor interpretativo, aunque no sea jurisprudencia, del criterio constante establecido por la doctrina (legal internacional) del CEDS¹⁶, es el momento de recordar cuál es esa doctrina del CEDS, a menudo obviada por quienes critican el cuestionamiento del sistema de indemnización tasada y topada por despido sin causa justificada. Un silenciamiento de la doctrina legal auténtica que sorprende en el quehacer jurídico ordinario (seguramente por el prejuicio de que el CEDS solo dicta –lo que es incorrecto e injusto– decisiones de naturaleza política y maximalista). Nadie haría un estudio jurídico ni daría un discurso sobre temas jurídicos sin citar ni una sola decisión jurisdiccional, en un sentido u otro y, sin embargo, yo he asistido a más de una lectura y más de una conferencia crítica sobre esta cuestión donde no se ha traído ni un solo precedente, siquiera para desmontarlo, del CEDS. Pero su doctrina a tal fin existe y es reiterada y cristalina como un mar de coral.

En este sentido, como sintetiza la última Decisión de Fondo dictada, la reiterada aquí de 5 de julio de 2022, reclamación colectiva 175/2019:

“83. Se considera que los sistemas de compensación se ajustan a la Carta cuando cumplen las siguientes condiciones:

- a. Disponer el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión el órgano de apelación (resarcimiento del daño emergente)*
- b. Prever la posibilidad de reincorporación del trabajador; y/o*
- c. Disponer una compensación de un nivel lo suficientemente alto para disuadir al empleador y reparar el daño sufrido por la víctima...”*

¹⁶ Una línea afirmada, con algún matiz, por la STS, 4ª, 268/2022, 28 de marzo, en relación con el derecho a un periodo de preaviso en el periodo de prueba del extinto contrato de apoyo a emprendedores, con referencias a las –al parecer tan ampliamente denostadas académica y judicialmente–. Conclusiones respecto de España en la materia. Más matizada se presenta la posición defendida en la STS, 4ª, 270/2023, 29 de marzo (revoca la doctrina de suplicación que se había anticipado a declarar la inaplicación del despido por absentismo laboral antes de su derogación legislativa, por contrariar, entre otras normas internacionales, la CSE), según la cual: “El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”. Una crítica, que no compartimos, en GOERLICH PESET, J.M. “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo”. El Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>

Aunque en una materia bien diferente, pero evidenciando el poder de la legislación internacional sobre despido para propiciar una evolución jurisprudencial, junto a la clave constitucional, interesante es la STS, 4ª, 566/2023, 19 de septiembre, que reconoce el derecho a los salarios de tramitación como indemnización adecuada para el despido invalidado de una persona reclusa.

En relación con el alcance de la indemnización adecuada precisa:

“83. c. (...). La indemnización por despido improcedente (sin causa justificada) debe ser proporcional a la pérdida sufrida por la víctima y suficientemente disuasoria para los empleadores (Conclusiones de 2016, Macedonia del Norte). Cualquier tope de la compensación que pueda impedir que los daños [cumplan esa doble función] son, en principio, contrarios al art. 24 CSER (Sociedad Finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, reclamación 106/2014). Si existe tal tope para la indemnización por daño material, la víctima debe poder reclamar la indemnización por daño inmaterial a través de otras vías legales y los tribunales competentes para otorgar la indemnización por daño material e inmaterial (daños morales¹⁷) deben decidir dentro de un plazo razonable (Conclusiones 2012, Eslovenia; Conclusiones 2012, Finlandia)”

Sobre estos precedentes reiterados, el CEDS vuelve a pronunciarse sobre el ajuste o la conformidad de la normativa (Baremo tarifario Macron) francesa al art. 24 CSER, sea en lo que concierne a la readmisión obligatoria sea respecto de la indemnización adecuada o apropiada. Si respecto de la primera, como se dijo, entiende que hay ajuste de la norma francesa a la europea social (lo que confirma que su canon de enjuiciamiento no se rige por el estándar máximo de protección en todo caso, imponiendo la estabilidad real)¹⁸. En cambio, en relación con la medida de la compensación adecuada, el CEDS se remite a su precedente sobre el mismo asunto, pero diferente reclamación sindical (Decisión sobre el Fondo de 22 de marzo de 2022, reclamación 171/2018), donde ya consideró que existía una disconformidad. El CEDS recuerda (apartado 85) que ya sostuvo:

“que los límites máximos establecidos por el artículo L. 1235-3¹⁹ del Código de Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y ser disuasorios para el empleador. Además, los tribunales tienen un estrecho margen de maniobra para decidir el caso sobre las circunstancias de mérito (del caso concreto)”.

No se quedará aquí el CEDS, pues dedicará dos largos apartados a tomar nota (aviso a navegantes para los que dicen que no dialoga con los Tribunales nacionales) de la nada disimulada rebeldía de la Casación francesa a su doctrina o pronunciamientos al respecto. En el apartado 90 nos informa de la sentencia del Tribunal de Casación, Sala

¹⁷ Para los daños morales de interés las Conclusiones 2020 para Turquía –que establece una indemnización entre 4 meses y 8 de salario en caso de que la empresa no reintegre a la persona trabajadora, sin hacer referencia alguna al daño moral por vía alternativa alguna–.

¹⁸ El CEDS recuerda que el silencio del art. 24 CSER debe tenerse como una laguna jurídica, no como una decisión excluyente, por lo que ha de integrarse (una función típica de cualquier órgano de garantías, desde luego de los jurisdiccionales) con la previsión al respecto en la cláusula general relativa a “otra reparación adecuada”, así como en virtud de una interpretación sistemática de la CSER (lectura del art. 24 CSER en relación con otros preceptos de la Carta). Para el CEDS, “en tanto exista la posibilidad de que los trabajadores despedidos sin causa real y grave sean readmitidos en el mismo puesto o en uno similar, la situación es compatible con el artículo 24. B de la Carta al respecto” (apartado 87).

¹⁹ Este precepto prevé que, si hay un despido sin causa real y grave, el juez puede proponer la readmisión. Pero si cualquiera de las partes lo rechaza, se concede una indemnización cuya cuantía tiene un límite mínimo y otro máximo según la antigüedad (un mes como mínimo, si carece de antigüedad inferior a un año, 3 meses si es superior a 2 años; el máximo es 20 meses para quienes tienen 30 o más años)

Social, de Francia, de 11 de mayo de 2022, en la que se rechaza la pretensión de la demandante de una indemnización por encima del límite legal aplicando el art. 24 CSER. Las razones del rechazo serían:

“que la Carta se basa en una “lógica programática” y que su artículo 24 no tiene efecto directo en la ley francesa. Además, consideró que las decisiones del CEDS no tienen carácter judicial y, por lo tanto, no son vinculantes para los Estados parte. Todo esto lleva al Tribunal de Casación a concluir que los trabajadores o los empleadores no pueden invocar el art. 28 de la Carta en los litigios ante el tribunal”

Como es lógico, el CEDS está en radical desacuerdo con el TS francés y le recuerda –como afirma con rotundidad el sistema normativo de la Carta–:

“que la Carta establece obligaciones de derecho internacional que son jurídicamente vinculantes para los Estados... y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones jurídicas sobre si las disposiciones de la Carta se han aplicado satisfactoriamente”.

Sobre tan claro posicionamiento hermenéutico, absolutamente correcto atendiendo a las previsiones de la Carta Social Europea, cuya normatividad es manifiesta (en España el TS, el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia ya han reflejado en más de una de sus decisiones la vinculatoriedad de al CSE²⁰), otra cosa es la necesidad de identificar los mandatos más directamente aplicables respecto de los que no lo serían tanto, como también afirma en España la STS 268/2022, de 28 de marzo, aun en atención a lo que interpreta el propio CEDS, no libremente los tribunales nacionales, como si fuesen soberanos a tal fin, el CEDS le precisa a la Casación francesa:

“...corresponde a las jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la cuestión... a la luz de los principios que ha establecido al respecto o, en su caso, corresponde al legislador francés proporcionar a las jurisdicciones nacionales los medios para aplicar las consecuencias apropiadas en cuanto a la conformidad con la Carta de las disposiciones interna en cuestión (véase, *mutatis mutandi*, Decisión sobre el fondo de 22 de mayo de 2003, Confederación de Empresas suecas c. Suecia, reclamación n. 12/2002)”.

En suma, la falta de aplicación directa del art. 24 CSER en el ordenamiento francés determina su disconformidad. Los límites actuales son insuficientes para satisfacer la función reparadora y del efecto suficientemente disuasorio (apartado 92).

2. Juicio de (in)eficacia: La probada ineficacia del derecho resarcitorio fijado como precio (coste) del ejercicio arbitrario de la facultad de despido

No hay que ser especialista en Derecho del Trabajo comparado para comprobar que nuestro sistema legal tasado, que, además, carece de unos límites mínimos (como sí tiene

²⁰ Vid. SALCEDO BELTRÁN, C., “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2019, n. 434, pp. 153-188.

el francés y tuvo la legislación preestatutaria) y sus topes máximos son análogos a los del modelo francés, no está en mejores condiciones para superar la exigente prueba (test o escrutinio –juicio de convencionalidad ex art. 96 CE -STC 140/2018–) de la conformidad con el art. 24 CSER. Por lo tanto, el desajuste es manifiesto y solo cabe ya esperar a que el CEDS dicte su “sentencia”, con la más que probable condena. Ahora bien, antes de apuntar por donde pueden (debiera) ir el cumplimiento, queda hacer dos juicios más que, en un plano realista, no solo normativo, evidencian la inadecuación española.

En efecto, en lo que hace al juicio de eficacia real de la indemnización prevista en las normas españolas (art. 56 ET) para cumplir esa doble función de resarcimiento adecuado ante decisiones de despido sin causa justificada, cuya exigencia tiene una clara dimensión constitucional igualmente, hay que tener en cuenta la involución de nuestro Derecho. Al respecto, es una lección de experiencia, difícilmente contestable, que el Derecho Laboral español ha venido experimentando una progresiva, gradual, pero intensa, devaluación legal, al menos desde 1994 hasta el año 2021, del régimen de estabilidad obligacional como respuesta más “normalizada” frente al despido arbitrario o sin justa causa. No por casualidad España es el segundo país de la UE que más ha debilitado la protección frente al despido individual (el primero ha sido Portugal, pero se mantiene por encima del 3 como IPE). Hasta el punto de haber pasado de un indicador de protección del empleo (IPE) de 3,55 (muy por encima de la media de la OCDE) a otro de apenas un 2 (por debajo de la media de la OCDE), si bien estuvo en 1,96 desde 2014 a 2018 (elevó levemente el IPE al derogar el contrato de apoyo a emprendedores²¹).

Ante este proceso continuado de reducción garantista, no sorprenderá que, cuando las normas se plasman en prácticas, la indemnización por despido media y, sobre todo, la indemnización más frecuente resulte de una reducida cuantía, insuficiente, en la mayor parte de los casos, para cubrir su función de reparación adecuada. En los últimos años, desde 2015, el Ministerio viene aportando estudios estadísticos muy relevantes,

Gráfico 1. Estadística de despidos y su coste. Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social (El coste del despido).²²

DESP-R2. DESPIDOS, CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA Y CANTIDAD MEDIA DE FOGASA CORRESPONDIENTE A OTROS PAGOS, SEGÚN TIPO DE DESPIDO.

Año 2021 (*)

	DESPIDOS		CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA (2)		CANTIDAD MEDIA FOGASA (Otros pagos)	
	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior
TOTAL DESPIDOS (1)	447.705	-9.613	11.416,7	2.510,0	0,1	-0,2
TIPO DE DESPIDO						
Despido disciplinario individual	118.373	8.027	9.512,3	372,2	0,0	0,0
Despido causas obj empresa	231.136	-46.648	9.310,3	1.821,4	0,0	-0,1
Despido causas obj trabajador	22.321	1.812	8.656,6	514,4	-	-
Despido colectivo	75.328	27.181	21.754,9	4.810,6	-	-1,0

(*) Datos provisionales. No incluyen los despidos cuya indemnización tribute en las haciendas forales de País Vasco

(1) En el TOTAL se incluyen los datos de despidos no clasificados por tipo por no disponer de esa información. Los despidos no clasificados por tipo suponen un 0,1%.

(2) La cantidad media indemnizada por despido se calcula para las indemnizaciones exentas de tributación. Incluye los pagos directos a Fogasa.

²¹ La información: <https://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>

²² https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm

que dejan en evidencia las escasas cuantías resarcitorias, que se situarían en torno a los 9500 € (la media de los despidos individuales, la indemnización más frecuente sería inferior, dada la dispersión estadística, aunque no se ofrece. Ciertamente, las informaciones publicadas tienden a manejar datos muy diferentes, por cuanto heterogéneas son las “cosas medidas” o cuantificadas. Sin duda, la información más difundida es la relativa al coste medio de los despidos al margen de su calificación jurídica (Gráfico 1).

Si de los datos de la TGSS y el FOGASA pasamos a los despidos propiamente improcedentes, conforme a las estadísticas judiciales, veremos que la variación de medias no es muy significativa. Así, según el CGPJ, la indemnización media por los despidos de carácter individual declarados improcedentes sería de unos 10.600 €, reduciéndose muy notablemente cuando se trata de conciliación judicial (no alcanza los 8.000 €).

Gráfico 2. **Número de asuntos judiciales por despido que terminan con sentencia o con conciliación judicial.**
Fuente: CGPJ.

Año 2021								
DESPIDOS								
Trabajadores despedidos (1)			Cantidades acordadas Miles de euros			Cuantías medias Euros		
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación
102.996	36.405	66.591	914.812,4	387.840,2	526.972,2	8.882,0	10.653,5	7.913,6

Cierto, cuando se analizan las estadísticas de conciliaciones extrajudiciales sobre despidos, evidenciando que la mayoría terminan con avenencia, las cuantías medias son mayores, elevándose más de un 80 por cien respecto de la media por sentencia. Ahora bien, si se analiza la evolución de estas cuantías, encontramos una notable reducción de esas cuantías, pues si en el año 2020 se situaba en más de 22.000 €, en el año 2022 está poco por encima de los 17.000 €, por lo tanto, la reducción en 3 años asciende a más del 30 por cien (Gráfico 3). En cambio, la indemnización media por despido improcedente en sentencia judicial habría ascendido en el año 2022 a una cuantía en torno a los 11.500 €, por lo que la diferencia entre el coste medio del despido improcedente por sentencia y por conciliación extrajudicial se habría enjugado significativamente, si

Gráfico 3. **Número de demandas por despido, porcentaje de resueltos en conciliación extrajudicial con avenencia y sin avenencia.** Fuente: Estadística CGPJ conciliaciones.

Otras	42.000
Sin avenencia	41.968
Cantidades acordadas-...	19.780 € media
Con avenencia	108.442
TOTAL	192.410

tuándose ahora ya en torno al 50 por cien. En todo caso, parece claro que el predicamento de la conciliación extrajudicial en nuestro sistema viene a confirmar lo extendido de la práctica de despedir sin una causa justificada, a menudo incluso sin causa²³.

3. Juicio de (in)equidad: la evidencia estadística de la regresividad (brechas de protección) de la justicia resarcitoria por despido sin causa justa

Con ser estos datos estadísticos reveladores de que la eficacia resarcitoria, desde luego la disuasoria, brillan por su ausencia, lo más inquietante es la enorme desigualdad que se constata en las indemnizaciones atendiendo a las condiciones contractuales reales de un buen número de personas trabajadoras. En un país que todavía tiene peores salarios que la media europea y una alta temporalidad laboral, aunque con una notable reducción tras la reforma laboral, sobre todo en el empleo privado (somos el tercer país de la UE con más temporalidad), que presenta una tasa relevante de parcialidad, en especial en mujeres (22,6%) y jóvenes, menos en hombres (6,6%) y en la que crece la discontinuidad del empleo, aún fijo, la modalidad más auspiciada por la reforma (la cuantía del despido se viene fijando atendiendo al tiempo efectivamente trabajado, no a la duración entera del vínculo), es manifiesto que un significativo número de personas empleadas tendrán una escasa protección frente al despido sin causa justificada, pues su coste será muy reducido. Así se revela de forma indubitada cualquiera que sea la estadística que se maneje, hasta el punto de que la diferencia de indemnización puede ser de más de 100 a 1

La indemnización promedio por despido (recuérdese que se incluyen todos, al margen de la causa y calificación) presenta importantes “brechas indemnizatorias por razón de las condiciones contractuales”. Así:

- La indemnización promedio no es la más frecuente, dada la gran disparidad, porque los sectores que más despiden son también los de menor reparación
- las personas indefinidas y a tiempo completo tienen una indemnización promedio de unos **18.000 €**, las temporales **1.500 € (12 veces menos)**.
- Si cuando la relación laboral indefinida extinta es a tiempo parcial reduce la indemnización promedio a unos **4.600 €**, cuando es temporal apenas supera los 600 € (casi 8 veces menos).
- En caso de las personas fijas discontinuas apenas alcanzan los **5.000 € (350% menos que la persona indefinida a tiempo completo)**.

Las brechas indemnizatorias de las situaciones más frecuentes son mayores que las promedio y, en consecuencia, se agudiza el carácter regresivo de la normativa en su aplicación práctica: quienes tienen más factores de debilidad o vulnerabilidad en el mercado

²³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 2(3), 60-76. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6487>

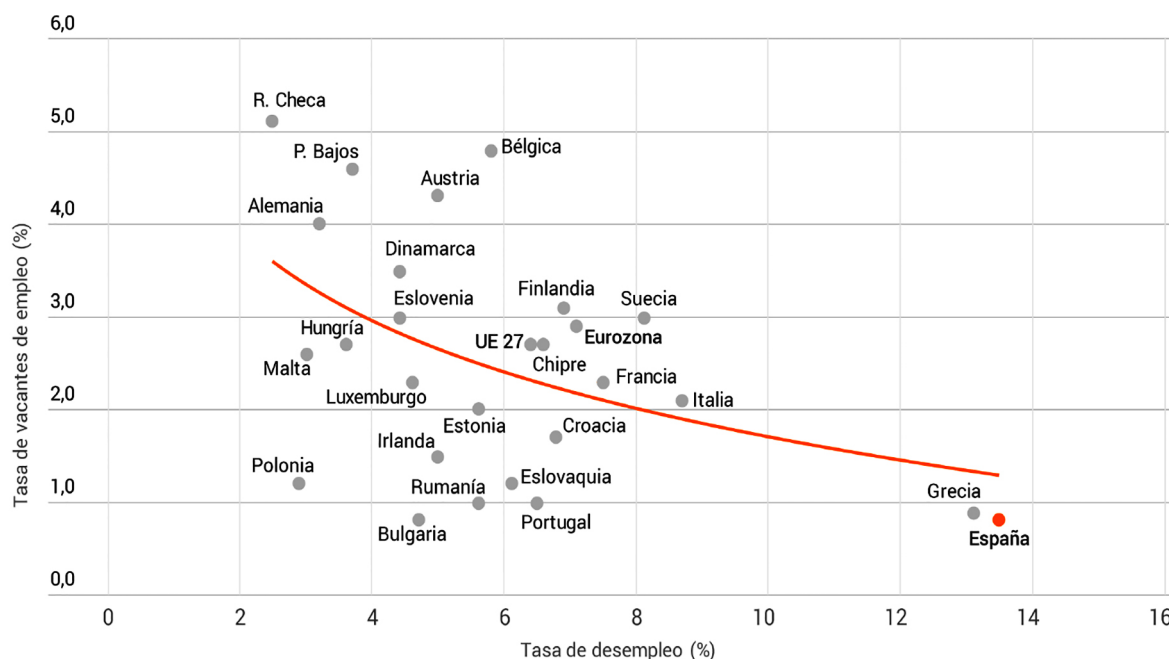
de trabajo terminan con una desprotección aún mayor, respecto de los que tienen una posición contractual mejor. Por tanto, las brechas indemnizatorias por el despido recogen todas las brechas laborales más relevantes y, en consecuencia, ofrece una situación muy preocupante, que una indemnización tasada y topada, con factores automáticos de cálculo, no solo no corrige, sino que perpetúa y agudiza. Si de los datos –siempre fríos, aunque reveladores– estadísticos pasamos al registro de casos, a partir de repaso a una muestra amplia de los repertorios judiciales, podemos encontrar una clara verificación de lo afirmado. Así, lo ilustraría, por poner un ejemplo reciente, la STSJ País Vasco 1878/2023, 26 de julio: una limpiadora a tiempo parcial reclama por el despido que ha sufrido mientras está en IT (de ahí que se intentara la calificación como nulo, siguiendo la oportunidad abierta por el art. 2 de la Ley 15/2012, aunque no se aceptó), logrando una sentencia de improcedencia e indemnización de 899 €

Como podemos comprobar, la cuantía real percibida está:

- Casi un 60% por debajo del promedio de la indemnización de este colectivo (temporal a tiempo completo), situada para el año 2021 en 1.476 €.
- Casi un 50 por cien por debajo de la media en el caso de mujeres con tal contrato y jornada (1.395 €).
- Mayo, pero no mucho, al promedio indemnizatorio de la relación temporal a tiempo parcial (617 €).

A todo ello hay que sumar que las oportunidades de un nuevo empleo son también muy dispares, tanto atendiendo a factores típicos sociodemográficos (edad y sexo) como territoriales (mercados locales de empleo). Si con carácter general España aparece en úl-

Gráfico 4. Tasa de paro y vacantes. Puntos Beveridge en la Unión Europea. Fuente: EUROSTAT. *El Economista*.



timo lugar en torno a las oportunidades que ofrece su mercado de trabajo para hallar un nuevo empleo (la menor tasa de vacantes de la zona euro: 0,9), *la pérdida de oportunidad a tal fin es muy dispar* según características personales y territoriales, como se dice, lo que incide también en la diferencia de daños que provoca un despido sin causa. Por tanto, una visión más realista de las reglas normativizadas evidenciaría cómo hay un gran elenco de factores que inciden en la diversificación del daño por despido y que, sin embargo, no se pueden atender por el automatismo existente en el sistema español que, además, está basado en parámetros muy dispares a lo largo y ancho de nuestro mercado de trabajo. Por lo que la aplicación automatizada de la norma legal lleva a situaciones prácticas no solo ineficaces para la protección frente al despido sin causa justificada, incluso cuando carece de causa seria o real (arbitrariedad extrema), sino que tiene efectos regresivos, al no tener en cuenta la especial vulnerabilidad contractual y socioeconómica en cada persona

III. Vías de corrección del desajuste de la indemnización del art. 56 ET con la debida ex art. 24 CSER: salarios de tramite e indemnización adicional para reparar el daño real y desplegar un efecto disuasorio

1. Descifrando el enigmático compromiso del nuevo Gobierno con la reforma del despido conforme a la CSER: ¿hay margen de apreciación nacional?

Ni desde un plano estrictamente normativo (disconformidad del art. 56 ET con el art. 24 CSER, conforme a la interpretación constante de la doctrina legal fijada por el CEDS a la hora de darle un contenido concreto y operativo en la práctica) ni realista (ineficacia de la doble función resarcitoria y disuasoria, programada en el sistema por la devaluación progresiva del Índice de Protección, así como por las características de las retribuciones y duración de los contratos de trabajo en España). No queda otra, pues, que su reforma.

Pero ¿cómo? El compromiso del nuevo Gobierno en la materia, como se indicó, no ayuda muchos. Solo nos dice que hay que mejorar las garantías de protección frente al despido a fin de dar cumplimiento a la Carta Social Europea (Revisada, se entiende, y de conformidad con la doctrina del CEDS que la interpreta, en particular su art. 24 b)), si bien añade que también habrá que “reforzar la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”. Aunque, como ya expliqué al inicio, en este estudio me centro solo en la cuestión del deber del Estado español de adecuarse, porque hoy no se adecuaría, al imperativo de una indemnización adecuada, en términos de proporcionalidad reparadora del daño por despido sin causa justificada y suficiencia disuasoria (del riesgo de sufrir tal conducta arbitraria), no regatearé una mínima mención a la cuestión de la causalidad. Y ello en la medida en que la letra a del art. 24 CSER establece el derecho de todas las personas trabajadoras a no ser despedidas:

“sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o del servicio”.

Aunque, ciertamente, respecto de las causas disciplinarias (relacionadas con la conducta) u objetivas (relacionadas con sus aptitudes) la adecuación de nuestra normativa parece clara, más comentario tendría la exigencia relativa a los despidos económicos o por razones de empresa. El motivo de esta anotación reside en que la norma europea social demanda expresamente que se trate de “necesidades de funcionamiento de la empresa”, una exigencia que, como se recordará, estaba en la regulación previa a la reforma laboral de 2012 (la letra c) exigía la necesidad de amortizar un puesto de trabajo), pero que, según también se conoce, desapareció, estableciéndose una regulación más flexible, que deja algo más de margen a la decisión discrecional por parte de la empresa²⁴. Ésta no debe probar la necesidad de acudir al despido, bastando con probar alguno de los presupuestos que se contemplan en el art. 52 c), remisorio al art. 51 ET.

Cierto, la liberación de probanza de una estricta necesidad, así como la inexistencia de un derecho a la recolocación en otro puesto de trabajo de la misma empresa (o grupo empresarial), no llega a tanto como para identificarlo solo con la mera conveniencia u oportunidad empresarial de un despido. Pero no es menos cierto que abre (por eso fue dejada fuera de la fórmula normativa con la reforma de 2012) un margen de decisión mayor a las empresas que si hubiera que probar, como antaño, la necesidad de la medida de regulación individual o plural de empleo para que la empresa funcione rentablemente.

Tampoco parece haber desajuste alguno con la CSER en torno a los despidos que han de ser calificados como nulos por carecer de una razón válida, no ya solo injustificada (de conformidad con una distinción que sí se establece en el Anexo normativo de la CSER en relación con el art. 24 CSER, en su apartado 3, y que procede del Convenio 158 OIT). Si se analiza en detalle el largo listado se verá que están todos los que hoy se declaran nulos en nuestro Derecho, incluida la vulneración de la garantía de indemnidad (vinculada no solo a procedimientos judiciales sino administrativos y, en general, a cualquier situación en la que medie una reclamación de la persona trabajadora contra la empresa y por la que sufriría represalia). Más repercusión hubiera tenido el supuesto previsto en la letra f) del apartado 3 del Anexo, en el que se califica como inválido (prohibido) todo despido basado en la “ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión”, de no derogarse por ley el despido por absentismo laboral.

No obstante, quedaría igualmente abierta una vía de interés de esta previsión internacional en relación a los despidos en situación de baja, en la medida en que, como vemos, la doctrina judicial discrepa, en ausencia de unificación de doctrina, por el momento, en torno a cómo entender la causa discriminatoria del art. 2 de la Ley 15/2022, 12 de julio en relación a las situaciones de IT (si es discriminatorio el despido en situa-

²⁴ La STS, 4ª, 732/2023, 10 de octubre, revocando la sentencia de suplicación recurrida, recuerda que en el despido por causas económicas cabe las decisiones de “reorganización de recursos humanos” situadas “en el ámbito de actuación de la libertad del empresario en la ordenación de los recursos humanos en la empresa”. En consecuencia, la regulación individual o plural (se vieron afectados 9 personas trabajadoras) de empleo no requiere que sea estrictamente necesaria para el funcionamiento rentable o competitivo de la empresa, bastando su razonabilidad dentro de ese marco de libertad de gestión.

ción de IT, por sí misma, o solo si se basa en la enfermedad que subyace a la situación de IT). En lo que hace al refuerzo de la causalidad de los despidos sin causa o con causa irreal o inventada mediante su calificación como nulos, nada se dice expresamente en la CSER al respecto. Aunque, como es obvio, en virtud de la llamada que se hace en el art. 24 CSER a “otra reparación apropiada”, cláusula general o concepto jurídico indeterminado en el que el CEDS ha incluido, como se vio, la readmisión obligatoria, bien podría plantearse el futuro legislador recuperar la nulidad en tales casos, estableciendo salarios de trámite y readmisión obligatoria, como la solución más apropiada cuando se constate en juicio que no hay causa real y seria

Pero hechos estos breves apuntes sobre cómo entender la incierta referencia del pacto político gubernamental a reforzar la causalidad (entiendo que también cabría afectar aquí al periodo de prueba, contemplado en el Anexo normativo de la Carta Social Europea respecto de su art. 24 de la CSER²⁵) volvamos a nuestro tema, a la indemnización adecuada. ¿Qué puede entenderse como tal? ¿Hay margen de decisión para el Estado a la hora de implementar esta obligación social internacional europea? ¿Es una competencia únicamente de la ley nacional?

Las preguntas son pertinentes porque, en ausencia de una propuesta que dé desarrollo a la poco elocuente y precisa formulación del pacto de Gobierno en este tema, ya son diversas las propuestas que se sugieren desde diversos sectores para darle viabilidad. En consecuencia, y siempre dentro del respeto al Diálogo Social, que deberá tener un protagonismo significativo en este ámbito, sin duda, es oportuno plantear, no exhaustiva, sino orientativamente, algunas opciones viables y, en lo posible, lo más ajustadas que se pueda a la exigencia europea pero, por supuesto, sin perder ni la idiosincrasia laboralista (la solución ni necesita ni conviene que sea civil) ni las razones de equilibrio justo que anidan en las normas laborales contemporáneas.

Al respecto, es interesante traer a colación que el Anexo con valor normativo respecto del art. 24 CSER, en su apartado 4, establece que: “Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas *deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales*”.

El sistema de la CSE confirma, pues, lo que ya sabemos y se asume también, por lo general, en el sistema de fuentes internacionales, también de la OIT, que la ley no tiene el monopolio de la regulación sociolaboral. De ahí la apertura al convenio colectivo para desarrollar los compromisos internacionales adquiridos por España. Pero también existe, como se ha evidenciado *ut supra*, el deber de ser realistas y parece evidente que a través de la negociación colectiva poco se podrá avanzar en esta dirección de cambio del sistema de indemnización tasada por despido sin causa, porque a la férrea resistencia empresarial (la norma colectiva implica una autorregulación de dos partes que deben lograr acuerdos

²⁵ Según el apartado 2 del Anexo, “una Parte puede excluir **total o parcialmente de su protección** a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena: (...) b. los trabajadores que estén en periodo de prueba o que no hayan cumplido un periodo de antigüedad exigido, siempre que dicho periodo se fije por anticipado y tenga una duración razonable”.

en una materia donde su posición es radicalmente enfrentada), se sumaría la disparidad tan enorme que habría entre unos sectores y empresas y otros u otras. Buena prueba de ello es la escasa frecuencia con que los convenios colectivos invierten la opción legal en materia de despido improcedente, concediéndosela a la persona trabajadora, en vez de a la empresa, como hace el ET (salvo que se trate de una persona representante laboral)²⁶.

Por supuesto, mucho más recorrido, al menos teórico, tiene la remisión realizada al desarrollo del derecho a una indemnización adecuada, u “cualquier otra reparación apropiada”, a través de la jurisprudencia, atribuyéndole a esta la calificación legalmente prevista de “otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”. En este sentido, la adecuación del procedimiento jurisdiccional vendría de la mano del obligado juicio de convencionalidad que se debe realizar ex art. 96 CE. Justamente, la citada STS, 4ª, 268/2023, de 28 de marzo otorga tal calificación al referido juicio para integrar en nuestro sistema el derecho a una indemnización por el periodo de preaviso de 15 días no respetado por no previsto en el extinto contrato de apoyo a emprendedores.

Precisamente, esta es la posición defendida, ante la reclamación de la UGT en sede del CEDS, por el Gobierno español precedente. En su réplica a las alegaciones en el procedimiento contradictorio entablado para enjuiciar la reclamación colectiva sindical, se pone de manifiesto que España ya cumpliría con la CSER porque los tribunales sociales españoles sí que prevén una indemnización adecuada, abierta al daño real producido por el despido improcedente y un eventual efecto disuasorio, siempre que se pruebe ese daño adicional al reparado por la indemnización legal tasada. Y para ello se cita la doctrina del TSJ Cataluña que así lo prevé, mencionando el único caso hasta el momento en que así se ha concretado (STSJ Cataluña 469/2023, 30 de enero).

Bien sabido es que esta situación en modo alguno es conforme con la CSER y la doctrina establecida por el CEDS, porque este requiere que esa posibilidad se prevea, y se ejercite, de un modo normalizado en la práctica, y el propio TSJ Cataluña restringe su doctrina a situaciones “excepcionales”. Tan excepcionales que en dos años que lleva con ella tan solo la ha aplicado esa vez, mostrándose la inmensa mayor parte de las doctrinas de suplicación radicalmente cerradas a esta opción, por lo que solo excepcionalmente se puede producir en Cataluña, excluyéndose del resto de España, lo que, obvio es, en forma alguna puede entenderse satisfecha la exigencia de la doctrina del CEDS. Cierto, podría ser que, habiendo contradicción doctrinal en torno a si es posible o no esta indemnización adicional por daños reales probados (sin tener en cuenta los daños morales y si prueba más difícil, lo que ya es una deficiencia notable de esta doctrina judicial, que

²⁶ Para esta problemática, recientemente vid. STS, 4ª, 726/2023, 10 de octubre, revocatoria de la sentencia de suplicación social recurrida y que sí había otorgado el derecho de opción a la persona trabajadora despedida improcedentemente, en aplicación de una norma convencional (Grupo Aena), mal interpretada, a juicio de la sala de casación. A juicio de la Sala IV: “El ámbito electivo que regula esa Disposición Adicional se circunscribe a los casos de extinción –por causas no imputables al trabajador– en los que, previamente al ejercicio de una acción de despido, el afectado puede poner de manifiesto al empleador su voluntad conforme con el cese (indemnizado) o la de ser trasladado a un puesto de trabajo en otro Centro del Grupo Aena, a designar por el órgano competente del Grupo Aena, manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente si optara por el traslado”.

la aleja de las exigencias de la doctrina legal del CEDS y, por tanto, de la CSER), el TS asumiera en breve que la doctrina correcta es la catalana. Algo que también aventura el Gobierno en su réplica a UGT ante la reclamación colectiva.

Ahora bien, además de que esta posición hermenéutica casacional es un futurible, pues no se ha producido todavía, y no hay ninguna garantía de que así suceda antes de que España sea condenada por el Consejo de Europa, a través de la decisión de fondo de disconformidad por parte del CEDS, estaríamos más en el terreno de las profecías que de las realidades jurídicas. La realidad actualmente es que la posibilidad de obtener en casos de despido sin causa justificada se haya intentado o sea meramente inventada, irreal, se acceda a una indemnización razonable o a una pírrica, lo que sucede más frecuentemente, una indemnización adicional es rara avis, sino misión (cuasi) imposible, por lo que queda clara la disconformidad o desajuste de nuestro sistema de indemnización legal tasada y topada. Por lo tanto, no puede ampararse el Gobierno en esta situación tan excepcional, e incierta, para entender que ya cumple, por lo que no bastará para dar cumplimiento a la CSER con una reforma legislativa de mínimos que dijera algo así:

“sin perjuicio de la indemnización prevista, con carácter general en el art. 56 ET, “tasada y topada”, la persona trabajadora despedida improcedentemente podrá obtener una indemnización adicional, por los daños y perjuicios realmente producidos, cuando, excepcionalmente, la indemnización resultante sea de escasa cuantía, por no disfrutar de suficiente antigüedad, y pruebe fehacientemente en juicio unos daños superiores a los que resarce la indemnización legal tasada y topada”.

¿Y si se eliminara la exigencia –judicial– de excepcionalidad? A mi juicio tampoco, por lo dicho. ¿Y si se suprimiera también la referida condición de cuantía resarcitoria ínfima o pírrica, esto es, manifiestamente insuficiente? A mi entender, tampoco.

Pero, entonces: ¿no tiene margen de apreciación alguno la ley para establecer un modelo más equilibrado, típicamente laboral, sin desconocer la exigencia de apertura del CEDS? Sí, sí que lo tiene, pero debe canalizarlo de forma adecuada.

2. La recuperación de los salarios de tramitación (daño patrimonial emergente): una condición sine qua non para el cumplimiento con la CSER

Es manifiesto que, ahora ya situado el centro del debate políticamente donde debe estar también jurídicamente, una vez superada la cuestión de si es o no conforme nuestro sistema indemnizatorio (basado en automatismos legales aplicativos ajenos al daño real y su eficacia resarcitoria, y al eventual efecto disuasorio) por despido sin causa justificada, pues el desajuste es evidente, se abrirá un amplio abanico de posibilidades. Las propuestas serán muchas y muy variadas. Irán desde las mínimas a las máximas, pasando por más de una posición intermedia, a fin de lograr el mayor consenso posible en una materia tan delicada y compleja como la regulación del despido antijurídico en general, y la fijación de una indemnización adecuada como remedio apropiado en los casos de despido sin una causa justificada y no lesiva de derechos fundamentales. No será fácil

lograr consensos aquí, por la radicalidad de los puntos de partida sindical y empresarial, aunque tampoco hay que descartarlos, porque sí que hay margen de negociación. La posición empresarial seguro se sumará al proceso negociador una vez haya una propuesta gubernamental más concreta encima de la Mesa de Diálogo Social, por cuanto saben bien que siempre tendrán una solución más razonable si es paccionada, como sucedió con la reforma laboral de 2021 que si se cierran en banda con este tema y lo consideran una línea roja intocable. En ese caso corren el riesgo de que la reforma sea más gravosa para las empresas que lo que podría resultar de una negociación inteligente.

Sin poder entrar, ni siquiera enunciativamente en todas las posibilidades, sí que se debe aquí esbozar algunos aspectos más ciertos, por inexorables o debidos en esa futura reforma. Así, de un lado, una vez descartadas, por insuficientes e inadecuadas al sistema de la CSER²⁷, las propuestas que se limiten a establecer la recuperación de los precedentes parámetros y límites (45 días de salario, en vez de los 33 actuales –u otra cantidad entre aquella y ésta–, 42 mensualidades como tope –u otro límite máximo entre aquél y las 24 actuales–), en la medida en que sigue respondiendo a un sistema tasado, asentado en el juego de automatismos, aunque mejore la eficacia resarcitoria promedio, sin ninguna duda, sí que hay una medida de recuperación de regulaciones perdidas que resultará, en todo caso, ineludible: la recuperación de los salarios de tramitación. Como ya se ha visto, el CEDS exige como primera condición para satisfacer los compromisos del art. 24 CSER resarcir el daño emergente que se produce con el despido sin causa. Y, dado que nuestro Derecho se basa en la ejecutividad inmediata del despido, sin perjuicio de su impugnación judicial, es manifiesto que reconocer los salarios de tramitación solo en los casos en que hay readmisión, bien obligatoria, por nulidad, bien voluntaria, por decisión empresarial, deja a un buen número de situaciones de despido injusto sin resarcir este daño emergente. En consecuencia, se trata de una componente de la indemnización adecuada que no puede ser elegible para la ley, debe recuperarse, sí o sí. Su eficacia es manifiesta, sobre todo en los casos en que las personas despedidas tienen poca antigüedad (efecto de progresividad)

Cierto, en este caso, más ante la insoportable dilación de la justicia social en estos días, se abre un problema importante y que debe afrontarse, sin que recaiga toda la carga sobre las empresas: ¿qué sucede cuando se dilata el juicio más allá de lo razonable? ¿Debe asumir únicamente la empresa el sobrecoste de mora judicial, que ha creado la situación antijurídica, que podría evitar, al menos en los despidos objetivos, manteniendo en su puesto a la persona trabajadora despedida pretendidamente por causas objetivas? ¿Puede asumirse razonablemente que el Gobierno va a proponer una reforma legislativa para que, al final, termine pagando el Estado una parte importante del coste resarcitorio por despido sin causa, en virtud de la obligación de pago de los salarios de tramitación que excedan de los 90 días ex art. 56⁵ ET? Es obvio que ni la empresa puede verse abocada a pagar salarios de tramitación dilatados por la inaceptable lentitud de la justicia social (por

²⁷ Para un repaso a las diferentes posibilidades vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor* 1/2023, pp. 31 y ss.

lo que deberían ponerse medios para reducirla, en todo caso), ni tampoco el Estado puede ser el pagador de una situación que crea la empresa que toma decisiones arbitrarias y eso le conduce, en un contexto de saturación de la justicia social, a sobrecostes por despido.

En todo caso, hay aquí un problema que requiere respuesta en la reforma legal y en los términos de mayor justicia y equilibrio posibles. Pero algo es seguro jurídicamente, a mi juicio: sin recuperar los salarios de tramitación no se cumple con la CSER, en la exigente doctrina del CEDS, que ha desagregado ambos conceptos indemnizatorios o reparadores, la indemnización por daño emergente y la indemnización adecuada por los demás daños patrimoniales y morales.

3. La necesidad de una indemnización adicional por daños reales probados (y/o estimados), sin perjuicio de la legitimidad, incluso la conveniencia, de recuperar los límites mínimos e, incluso, mantener límites máximos

Sin duda, el aspecto más importante, y complejo, también incierto, es cómo establecer un sistema indemnizatorio por daño de despido sin causa justificada que responda a las exigencias de la CSER, por lo tanto socialmente justo, al ser proporcionalmente reparador del daño y suficientemente disuasorio, y, al tiempo, sea capaz de mantener la idiosincrasia o especialidad de lo laboral, si la deriva estrictamente civilista (de suerte esquivada e incierta sea para la persona trabajadora, sea para la empresa) y su juego de equilibrios, siempre desde la priorización de la función de garantía de la estabilidad obligacional del empleo, que es su razón de ser prevalente. También aquí las opciones pueden ser diversas, desde las más rupturistas de la regulación precedente (un modelo estrictamente civil), nada aconsejable, hasta las más continuistas. Si las primeras tienen el riesgo de desnaturalizar la regulación típicamente laboralista, retornando a un modelo civilista que puede ser poco práctico sea para la persona trabajadora sea para la empresa, incluso podrían llegar a un cambio de todo para que, al final, nada sustancial cambie, las segundas corren el riesgo de seguir desajustadas al imperativo de la CSER. Dos grandes líneas de reforma se abren.

A) Los modelos de resarcimiento por daños derivados del despido sin causa justa más próximos a la órbita civil

En hipótesis, podrían pensarse en un sistema estrictamente civil, de modo que se opte por remitir la indemnización de despido sin causa justificada a la cuantía fijada en juicio de conformidad con los daños que pudieran probarse de forma fehaciente. Para la empresa tendría la ventaja de cargar sobre la persona trabajadora la prueba del perjuicio, lo que no será fácil en la mayor parte de los casos, desnaturalizando, al tiempo el juicio social.

El inconveniente es que la indemnización quedaría completamente abierta y, por lo tanto, la disparidad indemnizatoria podría ser extrema. Peor podría ser para la perso-

na empleada. En efecto, del deslumbramiento de la posibilidad de una indemnización judicialmente abierta puede ocultar no solo la dificultad de la carga probatoria, sino que los resultados puedan ser peores que los del sistema actual. Evidentemente, esta vedada una reforma del sistema indemnizatorio que tenga una incidencia en la persona trabajadora peyorativa en relación con la situación precedente, por lo que este modelo completamente abierto a un modelo civil no amerita ni augurarse ni promoverse ni tendría legitimidad social.

Una variante más asumible sería, aún modulada, la que apunta el art. 15 del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Como se recordará, en él se prevé, para los casos de despido improcedente sin readmisión, el derecho del deportista profesional a una

“indemnización que, a falta de pacto, se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio. Para su fijación se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada de su contrato”.

De este modo, el órgano judicial, que también tiene reconocida la posibilidad de prever una indemnización de daños a favor del club deportivo si el despido se debe a incumplimientos que dañen sus intereses, dispone de gran libertad de determinación de la cuantía indemnizatoria, salvo que medie pacto (poco probable para la mayor parte de los casos en las relaciones de trabajo ordinarias, ni siquiera colectivamente), siempre por encima de un mínimo legalmente establecido y con establecimientos de algunos factores o criterios objetivos de orientación del quehacer judicial para acotar su prudente arbitrio. En consecuencia, un modelo posible con carácter general sería el de proponer un derecho resarcitorio *con un mínimo legal* (dadas las circunstancias ordinarias de las personas que prestan servicios de forma ordinaria, con menores salarios, por lo común) *que podría bien situarse en torno a los 6 meses* (recuérdese que hay que sumarle los salarios de trámite), dejando el quantum final a la determinación judicial sobre la base de la prueba de los daños realmente producidos por el despido sin causa justificada, con unos criterios que le sirvan de orientación para su determinación cuantitativa (edad, pérdida de oportunidades de empleo, incidencia en el proyecto de vida por la ruptura arbitraria, antigüedad, etc.).

B) Modelos de resarcimiento más próximos a los paradigmas laboristas, pero con los ajustes debidos a los imperativos de la CSER

La propia introducción de este elemento de una indemnización mínima, como se prevé en el modelo francés y ha sido tradicional en la legislación anterior al ET, evidencia ya la conveniencia de una regulación que no abandone las pautas más propias de la norma laboral y sus especialidades, siempre que se ajuste, por supuesto, a los imperativos que

en sustancia requiere el CEDS para la satisfacción del derecho a una justicia resarcitoria adecuada. *A tal fin, entiendo que lo más razonable sería establecer un sistema de doble indemnización resarcitoria por despido arbitrario.*

Esta posibilidad está contemplada en la doctrinan del CEDS. La Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019 (Italia) admite la legalidad de una indemnización legalmente predeterminada, siempre que se prevea la existencia de recursos legales alternativos como recurso normalizado. Entre esos recursos están:

- a) **La indemnización básica por despido calificado como improcedente**, con los criterios o parámetros cuantitativos actuales (33 días de salario/año de servicio, con máximo de 24 mensuales), sin prueba del daño, *a la que podría añadirse un límite mínimo* (ej. 6 mensualidades), para cubrir las situaciones en las que se constata una menor antigüedad de servicio y salarios más bajos. Por supuesto, ya se dijo que esta cuantía es sumatoria a la indemnización por el daño emergente que supone la ejecutividad inmediata del despido y que, según se recordó, supone recuperar los salarios de tramitación.
- b) **Una indemnización adicional** para la reparación del daño real sufrido por el despido sin causa justificada, y probado convenientemente. Ahora bien, a fin de reducir en lo posible la disparidad de criterios jurisdiccionales y darle la mayor certeza razonable, habría que introducir algunos parámetros correctores de esta libre determinación, a favor de la persona trabajadora y también de la persona empleadora. Así:

- Sería necesario establecer igualmente unos mínimos cuantitativos para estos daños adicionales, que podrían situarse en 3-6 mensualidades (a negociar).
- Asimismo, es necesario fijar un listado de criterios orientadores del quehacer judicial, en línea con lo que más arriba se sugirió. A falta de un baremo social de daños (idea establecida en la LRJS y nunca desarrollada para los daños de índole profesional), un catálogo de criterios orientadores de la cuantía sería muy deseable. En todo caso, los daños personales deberían beneficiarse de la facilidad probatoria que prevé el art. 183 LRJS.
- Finalmente, y a fin de evitar una excesiva disparidad de criterios e inseguridad descontrolada, habría que establecer un tope máximo para los daños morales o de índole personal, no así para los patrimoniales, que deben fijarse según la prueba de daños, dada la mayor certeza. Por ejemplo, podría establecerse ese límite en los 6-9 meses (a negociar socialmente).

Recuérdese que esta idea de discrecionalidad judicial dentro de un límite mínimo y un límite máximo está prevista en otros preceptos laborales, como el art. 281. 2 b) LRJS, si bien sobre parámetros cuantitativos diferentes a los aquí sugeridos a título de ejemplo. Ciertamente, podría cuestionarse el sentido de establecer límites mínimos

y máximos, cuando el CEDS fija una doctrina que parece arrumbarlos por completo. Ahora bien, no es así, como se evidenció, si se analiza seria y profundamente. Primero, estos límites no se fijan en daños económicos añadidos, donde queda a prueba de la persona trabajadora, sino que lo son para los personales, más difíciles de fijar. Por lo tanto, sí se abre el sistema a valoración de daños personales y daños morales.

Eso sí, en segundo lugar, se establecen límites a los mismos a fin de otorgar mayor seguridad jurídica para las empresas, sin que el efecto disuasorio se vea perjudicado, porque ni conocerán de antemano el quantum total (la diferencia es muy notable entre el mínimo y máximo) ni la indemnización carece de componentes disuasorias específicas.

4. ¿Y del efecto disuasorio qué?: Algunas experiencias en el ámbito del Derecho de daños profesionales

Ciertamente, a la luz de las reflexiones realizadas en las páginas precedentes cabría pensar en que en todo este recorrido parece haber un “olvido” jurídico; ¿qué fue del efecto disuasorio? Ciertamente, como ha entendido el TJUE, al negar virtualidad normativa en el Derecho de la UE a los daños punitivo (STJUE 7 de diciembre de 2015, asunto Arjona Camacho), el efecto disuasorio de una indemnización por daños podría venir si ésta se entiende realmente reparadora y se determina de forma adecuada su cuantía. Ahora bien, parece claro que habrá más de una ocasión, atendiendo a diferentes circunstancias, que esa determinación del daño de forma proporcional, sin perjuicio de los límites mínimos y máximos, en los términos anteriormente apuntados, en la que no sea suficiente para que el efecto disuasorio sea real, razonablemente eficaz. Y es en estos casos, como los que suponen una máxima arbitrariedad en la decisión extintiva (no concurre causa alguna), se ocasionan perjuicios especialmente significativos, se hace en empresas con reincidencia, etc., se hará preciso que la indemnización contemple también elementos disuasorios.

Este efecto disuasorio-preventivo de situaciones de despido arbitrario podría tomar como referencia algunas decisiones, cierto que escasas y no siempre bien orientadas en su cuantía, como las dictadas, sobre todo en el ámbito de la jurisdicción social vasca, en relación con la disuasión frente a incumplimientos especialmente relevantes, y/o reiterados, de las normas preventivas (ej. reciente la SJS *n. 2 Vitoria, 154/2023, de 17 de agosto*²⁸). Una vez más, a fin de dotar de la mayor certidumbre posible esta decisión es conveniente no solo ofrecer, por parte de la ley, una serie de criterios a ponderar, sino también unos límites mínimos y máximos, a fin de que se conjugue la eficacia con una mínima certeza jurídica, de modo que la disuasión de la medida no se va mermada por la previsibilidad de una indemnización topada, pero tampoco signifique un riesgo de elevada inseguridad y disparidad de criterios. De ahí que un límite mínimo de este efecto o plus disuasorio podría situarse en los 3 meses de indemnización sin concurre un factor

²⁸ <https://normacef.es/buscaResult/shDocumento.aspx?id=NSJ065701&tkId=9cbe2e3e-0724-4a7a-9d3c-78c12ff3e09c&cop=rtss>

de los previstos en el catálogo legal, como mínimo, y un máximo de 6 meses añadidos, según el número de factores de agravación concurrentes.

IV. Una reflexión final: ¿Un sistema indemnizatorio por despido injusto sin los automatismos sería una fuente de inseguridad jurídica inasumible?

Es hora de terminar estas reflexiones, que deben tenerse como apuntes orientados a abrir y propiciar un debate que como propuestas o fórmulas cerradas, algo imposible hoy no solo por la novedad de la regulación augurada sino también por que deberán ser fruto del mayor consenso posible, tanto científica como, sobre todo, socialmente. No obstante, queda, sin duda una cuestión por tratar, siquiera brevemente, que resurgirá de inmediato si se compara el art. 56 ET actual con el que se propone, incluso en su versión más simple.

En efecto, como se ha podido comprobar, en todo el análisis conducido en las páginas precedentes, junto a la triple preocupación prioritaria por evidenciar la insatisfacción del actual sistema de indemnización tasada y topada por despido improcedente (sin causa justificada, incluso sin causa real y seria o grave), en la medida en que ni cumple con el art. 24 CSER (juicio de invalidez jurídica o disconformidad con una norma superior), ni es idóneo para resarcir adecuadamente el daño sufrido por un despido arbitrario (juicio de ineficacia resarcitoria) ni protege más a quien más vulnerable se muestra frente a este riesgo de despido arbitrario (juicio de inequidad), ha estado muy presente la preocupación porque la regulación mantengan, en todo momento, el nivel de seguridad jurídica exigible ex art. 9.3 CE. La justicia social resarcitoria en materia de despido sin causa justificada es un imperativo derivado del art. 24 CSER en relación con al art. 35 CE pero que, como es lógico, se debe conseguir sin un sacrificio desproporcionado de la seguridad jurídica. Si bien es oportuno recordar que es igualmente cierto lo contrario, esto es, la defensa de la seguridad jurídica, sobre todo para las empresas, no puede convertirse en un dique de contención de la justicia social resarcitoria por despidos arbitrarios cuya indemnización se asume mayoritariamente que nuestro actual sistema no da satisfacción mínimamente adecuada. Un conflicto entre seguridad jurídica y justicia social (resarcitoria) que viene siendo recurrente en toda la historia jurídica contemporánea y cuya solución en el plano constitucional pasa siempre por su ponderación equilibrada, no por el sacrificio de un valor por el otro, normalmente el de la justicia social en el altar de la seguridad jurídica

Ahora bien, si se compara la extrema simplicidad y máximo automatismo (lo que no impide que se hayan venido planteando miles de pleitos en torno a la fijación de la cuantía del despido porque ni es cierto el salario ni es cierta la antigüedad en el servicio) de la regulación actual y se contempla la complejidad que presentaría la futura, incluso en las versiones más simplificadas o de mínimos, la diferencia es notable, no puede negarse. De ahí que, como se advirtiera en la introducción, junto a la defensa de la conformidad del art. 56 ET a la letra del art. 24 CSER y la desautorización del valor de la doctrina del CEDS, la tercera argumentación, y la más intensa sin duda, que se despliega por quienes cuestionan la necesidad, mucho más las pretendidas virtudes o bondades, de un nuevo

modelo más abierto de indemnización, apelen una y otra vez a la seguridad jurídica que se perdería, defendiéndola a ultranza. Hay desplegado, así, todo un movimiento crítico contra el camino sobre la creación de una extremada alarma en torno a la inseguridad que crearía el nuevo modelo, potenciadora de la conflictividad jurisdiccional y, por lo tanto, fuente de nuevos retrasos en una, de por sí ya muy demorada, justicia social, con lo que de perjudicial tendría esta situación para las empresas, para las personas trabajadoras y para la economía y la sociedad en su conjunto. En consecuencia, al margen del juicio de conformidad, el argumento termina centrándose en esta derivada resultadista o práctica: al margen de que sea o no justo resarcitoriamente, al margen de que sea o no adecuado al art. 24 CSER, lo cierto es que resulta más seguro jurídicamente y, por tanto, tendría muchas más virtudes que defectos.

No infravaloro la parte de verdad que puede tener esta crítica. Pero no comparto ni la solvencia del argumento como ariete contra la obligación de cumplimiento de una norma internacional vinculante ni tampoco la excesiva alarma social creada, interesadamente, por supuesto. En primer lugar, es obvio que la mayor complejidad y el más amplio margen de valoración interpretativa que pueda tener una regulación jurídica no justifica una regla sencilla si resulta contraria a una norma internacional

En segundo lugar, es igualmente manifiesto que el sistema actual es más seguro para las empresas, pero no para las personas trabajadoras, en la medida en que para éstas, las facilidades de despido que concede el sistema supone una notable mayor inseguridad en el plano contractual de sus empleos, sin que tengan garantías de una protección adecuada, de ahí la tendencia de unos y otros a la conciliación extrajudicial. Por lo tanto, la seguridad jurídico-económica para la empresa de un sistema basado en automatismos no puede ser tenido como reflejo de seguridad jurídica para las personas trabajadoras, pues ésta vendría identificada con la mayor protección posible, dentro de un nivel razonable, de su derecho de seguridad contractual o de estabilidad, sino real (cumplimiento in natura, a través de la readmisión obligatoria de despidos sin causa justificada), al menos sí obligacional (la garantía de una reparación adecuada).

En tercer lugar, sorprende que se proyecte una imagen tan simplificada de la situación actual de la experiencia jurídica española en materia de indemnización por despidos sin causa válida. Y ello por dos razones al menos. La primera porque, como se vio, el Derecho del Trabajo español ya contempla situaciones en las que la jurisdicción social tiene en su quehacer concedida cierta discrecionalidad o prudente arbitrio para fijar indemnizaciones, como sucede en la relación laboral especial del deporte profesional o en el art. 282 LRJS. La segunda, y más determinante, porque es bien conocido que, en el caso del despido por violación de derechos fundamentales, la jurisdicción tiene reconocido un margen amplio de fijación de la indemnización adicional. Una vez asumido –costó– el automatismo de su procedencia, acreditada la violación del derecho fundamental (ha negado recientemente este automatismo, en caso de negación sin negociación del derecho social fundamental a la conciliación de la vida laboral y familiar, en el caso ex art. 37.7 del ET la STS, 4ª, 379/2023, 25 de mayo), quedará al –siempre inquietante, sino tiene parámetros objetivos– prudente arbitrio judicial su fijación.

Por eso, un “análogo” despido nulo por violación de derechos fundamentales puede indemnizarse en unos tribunales con apenas 7500 € y en otros casos con 25.000 € o más. ¿Dónde está la diferencia si usan el mismo criterio valorativo, el tan célebre como cómodo baremo social sancionador? Lógicamente en las circunstancias del caso y en la valoración que sus señorías realizan de aquéllas. Frente a las iniciales resistencias a esta cuestión, en sede de la abogacía, inicialmente, por falta de cultura resarcitoria y práctica a tal fin, y luego en sede jurisdiccional, con derivas muy erráticas, hoy se ha normalizado este tipo de tutela indemnizatoria adicional, cada vez más vertebrada y articulada ex art. 183 LRJS, así como más orientada por criterios objetivados, frente al puro arbitrio judicial (ej. STS 214/2022, de 9 de marzo –que sigue y refuerza la doctrina fijada en la STS 179/2022, de 23 de febrero–).

En consecuencia, la clave jurídica, una vez más, no puede ser resistirse a una inexorable evolución jurídica (función conservadora), que viene exigida por razones normativas y por razones de justicia social resarcitoria, sino la de aportar el mayor rigor jurídico posible para que el juicio valorativo responda a las exigencias de coherencia, de igualdad y de razonable certeza (previsibilidad de la decisión) debidas en un Estado de Derecho, bajo los principios democrático y social. Por eso la ley debe esmerarse en una regulación de calidad técnica encomiable, algo de lo que ha venido adoleciendo, todo sea dicho, para que la interpretación, cuya dimensión valorativa es inherente a todo el proceso hermenéutico, como evidencia la experiencia, tenga las pautas más seguras posibles.

Además, ha de tenerse en cuenta que una regulación adecuada de un problema complejo puede suponer también mucha más eficacia en su regulación, incluso eficiencia. Y ello en la medida en que, una vez se tenga conciencia adecuada del “precio de la arbitrariedad” en el ejercicio del despido, muchas pueden ser las empresas que se vean disuadidas a su ejercicio, reduciendo el voluminoso número de despidos en España y los centenares de miles de asuntos de despido en nuestros tribunales, aunque hoy se concilien extrajudicialmente más de la mitad. Una profunda anomalía jurídica que refleja la idea ya apuntada de que, a menudo, se sabe fehacientemente que no se tiene causa cierta, no solo que merece más la pena “un mal acuerdo” que ir a un juicio social donde los costes pueden ser mayores, por el riesgo a una imprevisible decisión de nulidad. Como ha demostrado la azarosa historia del SMI, adecuarse a la CSER (aunque siga habiendo elementos en el art. 27 ET que se muestran disconformes con la doctrina del CEDS), subir el salario no ha supuesto la temida pérdida de empleo vaticinada. Como la elevación del coste, esto es, del precio, de la arbitrariedad extintiva tampoco tiene porque afectar al mercado laboral, salvo para mejorar su calidad y otorgar más seguridad jurídico-contractual, en todo caso más seguridad jurídico-económica, así como, en el fondo, más racionalidad económica, en la medida en que la arbitrariedad en la decisión empresarial también perjudica de forma clara la racionalidad de la decisión de gestión y asignación de “recursos”.

¿Las indemnizaciones adicionales en los casos de extinción del contrato de trabajo a las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son válidas?

Are additional compensations in cases of termination of the employment contract to those regulated in the Workers' Statute legal?

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Barcelona

ORCID ID: 0000-0001-9827-8200

doi: 10.20318/labos.2023.8258

Resumen: En las normas laborales hay diversos supuestos en los que el empresario debe pagar determinadas indemnizaciones por sus conductas, especialmente en casos de extinción del contrato de trabajo donde, desde 1980, existe una regulación fundamentada en un baremo objetivo y predeterminado, según el salario y la antigüedad del trabajador.

A partir de la pandemia y fruto de la regulación específica dictada en aquel período, diversos tribunales se han planteado la posibilidad de conceder una indemnización adicional entendiendo que la cuantía legal tasada no es suficientemente disuasoria.

Los tribunales, fundamentándose en el control de convencionalidad, han entendido aplicable el art. 24 de la Carta Social Europea (revisada), así como la interpretación que ha realizado en diversas decisiones el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. Sin embargo, sólo una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2023 ha concedido una indemnización adicional

Palabras clave: Despido, indemnización.

Abstract: In labor regulations there are various cases in which the employer must pay certain compensation for his or her conduct, especially in cases of termination of the employment contract where since 1980 there has been a regulation based on an objective and predetermined scale, according to the salary and seniority of the employee.

Since the pandemic and because of the specific regulation, various courts have considered the possibility of granting additional compensation, understanding that the legal compensation assessed is not sufficiently dissuasive.

The courts, based on conventionality control, have applied the art. 24 of the European Social Charter (revised), as well as the interpretation by the European Committee of Social Rights of the Council of Europe. However, only a

ruling by the Superior Court of Justice of Catalonia dated January 30, 2023,
has granted additional compensation.

Keywords: Dismissal, redundancy payment.

1. Cuestiones generales

El derecho de daños se encuentra en el origen de la articulación del Derecho y es tan antiguo como la propia sociedad. Desde antiguo, los legisladores se han preocupado de determinar regulaciones que permitan a las personas que sufren perjuicios por actuaciones de otros tener mecanismos jurídicos.

Estos mecanismos tienen como objeto eliminar los sistemas de auto reclamación, normalmente con violencia, y poder estructurar jurídicamente el derecho, facilitando la actuación de los perjudicados.

Esta realidad se puede ver en la gran regulación del derecho de daños en todos los ámbitos y periodos del Derecho Civil, así como en las diferentes normas civiles en España, finalizando con la regulación actual del Código Civil.

Igualmente puede observarse esta característica en las primeras normas laborales, concretamente, en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900.

En esta materia no se puede olvidar que lo que se ha venido a denominar estructura clásica del derecho de daños está compuesta por los siguientes tres elementos:

- Acción u omisión que suponga un incumplimiento de las obligaciones, por parte de una persona que ha realizado una conducta y que tenía un cierto deber.
- Culpa o negligencia, en cuanto ha de haber algún tipo de conducta por parte de esta persona, teniendo en cuenta que no tiene el mismo valor según las circunstancias de cada caso
- Relación de causalidad entre la conducta desarrollada y el daño causado, este es posiblemente el elemento de mayor relevancia, ya que sólo cuando existe esta conexión se genera el derecho al resarcimiento.

En el ámbito laboral son diversos los supuestos de daños que se pueden encontrar en el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, en cuanto a la responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cabe citar los supuestos en los que se aplica el recargo de prestaciones regulado en el art. 164 LGSS. Si bien es cierto que esta figura jurídica es autónoma, en la práctica suele ir asociada a la solicitud por parte de los damnificados de una indemnización adicional por el daño sufrido.

En este caso, para calcular la cuantía de la indemnización se utiliza el baremo de daños y perjuicios causados en accidente de circulación, en la actualidad regulado en la Resolución de 12 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Respecto a esta cohabitación, hay diversos interrogantes que no han sido resueltos, aunque existe opinión de los tribunales, ya se refiera a si se pueden solicitar diferentes indemnizaciones o qué relación existe entre las indemnizaciones y las prestaciones de la Seguridad Social, en cuanto que se puedan compensar con el lucro cesante o mejoras voluntarias, pero no con los daños morales.

En segundo lugar, existen las situaciones en las que se pueden apreciar lesiones de derechos fundamentales o libertades públicas, aunque hay que tener en cuenta, a los efectos de este trabajo que se refiere a supuestos extintivos, que cuando se plantean determinadas demandas, conforme al art. 184 LRJS, no se utiliza la modalidad de “Tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, sino que se utiliza la modalidad procesal específica a la que se acumula esta modalidad, según el art. 26.2 LRJS, entre ellas “despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo”.

Entre las principales características de este mecanismo cabe citar la competencia del orden social, la demanda ha de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción concreta (art. 179.2 LRJS y art. 59 ET), su carácter urgente, siendo preferente (art. 179 LRJS), no es necesaria la conciliación, ni el agotamiento de la vía administrativa (art. 64.1 y 70.1 LRJS), ha de citarse al Ministerio Fiscal (art. 177.3 LRJS), en la demanda se ha de expresar con claridad “los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”, se invierte la carga de la prueba (art. 181.2 LRJS) y siempre hay acceso al recurso de suplicación y gozan de ejecutividad inmediata (art. 303.1 LRJS).

Concretamente, respecto a la indemnización, el art. 183 LRJS regula que la cuantía está en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados; el juez se pronunciará sobre la cuantía del daño, “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño¹”, siendo esta indemnización compatible con cualquier otra.

Además, y esta es una de las principales cuestiones que se incorporó a la doctrina de los tribunales hace unos años y que en la actualidad se ha “automatizado” su aplicación, se admite para el cálculo de las indemnizaciones los importes de las sanciones administrativas reguladas en la LISOS².

¹ Sobre esta cuestión véase la STS 8 de mayo de 2019 (R., Sala de lo Social).

² STS 2 de diciembre de 2020 (R., Sala de lo Social).

Finalmente, aunque no existe una relación concreta en las normas laborales de supuestos, en aplicación de la doctrina jurídica general, se pueden citar todos los supuestos en los que, en caso de incumplimiento, normalmente del empresario, el trabajador puede exigir una indemnización por los perjuicios causados.

Al no presentar ningún tipo de regulación en el Estatuto de los Trabajadores, tanto el derecho a la solicitud, como el régimen jurídico de su aplicación deriva del art. 1101 Código Civil

Además, en el ámbito laboral hay dos casos claros en los que está regulada una determinada obligación de conceder al trabajador una determinada indemnización tasada cuando existe un ejercicio del derecho de actuación del empresario de manera legal, como son el traslado, en los casos de movilidad geográfica y los supuestos de modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo, concretamente respecto a tiempo de trabajo, sistema de remuneración, cuantía salarial y funciones.

Sin embargo, el supuesto más clásico de otorgamiento de una indemnización a favor del trabajador se da en los casos de extinción del contrato de trabajo, aunque no todos.

Respecto a esta cuestión, a los efectos de este trabajo, la jurisprudencia ha entendido que "(...) el ordenamiento laboral, en su regulación del despido (...) se aparta de lo establecido por los artículos 1106 y siguientes del Código Civil, y consagra un régimen específico de resarcimiento", consistente en fijar el alcance del mismo "de manera objetiva y tasada, sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños o perjuicios causados"

Este régimen "puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por una parte se halla liberado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción iuris et de iure, y de otra queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración establecidas en la ley".

De manera que un incumplimiento del empresario "no puede generar una doble indemnización, una en la esfera del derecho civil y otra en la particular y especial del derecho del trabajo", salvo en los casos de extinción adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas, sino concurre la obligación de readmisión³.

Igualmente, existen dos supuestos en los que existen, por diversos motivos, incrementos de indemnización.

En primer lugar, en todos los supuestos de extinción del contrato de trabajo, normalmente en aquellos en los que el Estatuto de los Trabajadores ya regula el derecho a una indemnización legalmente tasada, es posible que se pacten indemnizaciones superiores a las reguladas, incluso en alguna relación laboral de carácter especial, habitual.

Sin perjuicio de polémicas que han existido, existe una total unanimidad del Tribunal Supremo de determinar que las indemnizaciones derivadas de los supuestos de extinción del contrato de trabajo reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son derecho

³ Esta es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, entre otras, STS 23 de octubre de 1990 (R. 527/1990), STS 3 de abril de 1997 (R. 3455/1996), STS 31 de mayo de 2006 (R. 5310/2004), STS 7 de febrero de 2007 (R. 1867/2007) y STS 20 de septiembre de 2007 (R. 3326/2006).

necesario relativo, por lo que pueden ser mejorables por convenio o acuerdo, colectivo o individual⁴.

En cuanto a esta posibilidad, los principales conflictos jurídicos derivan de la regulación específica existente para estas indemnizaciones adicionales en materia de IRPF, ya que se considera renta exenta siempre que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente, según el art. 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, con el límite de los 180.000 euros, exigiendo un período de desvinculación de 3 años, conforme el art. 1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo⁵. Además, el resto puede ser considerado, en su caso, como renta irregular, reducción del 30 % cuando el trabajador tenga una antigüedad superior a 2 años, conforme al art. 18.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Igualmente, hay que tener en cuenta que se excluyen de la base de cotización la cuantía establecida con carácter obligatorio en la normativa, según el art. 147.2.c LGSS y en caso de superación, esta cuantía debe ser prorrateada durante los 12 meses anteriores, conforme al art. 23.2 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

En segundo lugar, existen una serie de supuestos en los que la indemnización es superior por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar y que se encuentran regulados en la DA 19 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones será el que hubiera correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido.

2. Regulación de la indemnización en caso de despido/extinción declarado improcedente

En esta cuestión, antes de analizar la evolución histórica del régimen jurídico de la indemnización en las normas laborales, hay que tener en cuenta que existe una regulación en el Código Civil, aunque no se aplique, a estos efectos, a los contratos de trabajo.

Concretamente, en el capítulo III titulado “Del arrendamiento de obras y servicios”, en la sección 1.^a Del servicio de criados y trabajadores asalariados, se regula que puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo (art. 1583 Cc).

En cuanto a la posibilidad de “despedir” a estos trabajadores, establece un diferente régimen jurídico según se refiera al criado doméstico o al resto de personas, aunque también regula unas reglas para todos los colectivos.

Concretamente, en relación con el criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser des-

⁴ Entre otras, véase STS 19 de noviembre de 2001 (R.3083/2000) y STS 11 de marzo de 2013 (R. 712/2012).

⁵ Existe una nueva interpretación de estos criterios iniciada por la STS 20 de octubre de 2022 (R. 5731/2020, Sala contencioso-administrativa).

pedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más (art. 1584 Cc).

Mientras que, en el caso de los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa (art. 1586 Cc).

Respecto a la regla general, el art. 1587 Cc regula que la despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados, a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo.

La evolución de esta cuestión en las normas laborales a lo largo de los años ha supuesto diferentes regulaciones, de las que se puede destacar las siguientes cuestiones.

En la Ley Tribunales industriales (1908) se regula la opción de determinar una indemnización de daños y perjuicios “*cuando el hecho fuese personalísimo*”, así como la posibilidad de imponer una multa del 10 por ciento del interés del asunto si se declarase “*la malicia o temeridad de alguno de los colitigantes*”.

En el Decreto de comités paritarios (1928) se establecía una especie de obligación de readmisión del trabajador despedido con el abono de los “salarios de tramitación” y en caso de que no fuera readmitido se condenaba al empresario a pagar una indemnización de entre 15 días y 3 meses de salario.

En la Ley de jurados mixtos del trabajo (1931) se regula la opción del patrono de readmisión o abono de indemnización “*que haya fijado el Presidente haciendo uso del arbitrio que la ley le concede sobre la cuantía de la indemnización*” y, concretamente, regula que esta indemnización “*podrá variar entre el importe de quince días y seis meses de jornal*”.

En la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, Decreto de 26 de enero de 1944, igual que en la que la Ley de contrato de trabajo de 1931, confiaba al juez la fijación, a su prudente arbitrio, de la indemnización, atendiendo a una serie de circunstancias (facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicios a la empresa, etcétera), sin que pudiese superar un año de sueldo o jornal.

En la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, se regulaba la obligación del empresario de la readmisión del trabajador como regla general, permitiendo que, bien por acuerdo de las partes o porque el juez “*atendiendo a circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral, resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica*”.

Esta compensación no podía ser “inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicio, sin que la cantidad resultante pueda exceder de doce anualidades”, teniendo en cuenta que cuando se trate de trabajadores titulares de familias numerosas, mayores de 45 años o minusválidos, “dichos mínimos se multiplicarán por uno coma cinco, si es de primera categoría, y por dos, en los demás casos”.

En el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, se apostaba también por la readmisión del trabajador, pero si ésta no era cumplida “*el Magistrado de Trabajo sustituirá la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral*”.

La indemnización por resarcimiento de perjuicios “será fijada por el Magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la Empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido. La cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades”.

Finalmente se establecía que en los casos de empresas que ocupen menos de 25 trabajadores fijos, “el Magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, podrá rebajar el tope mínimo establecido en el párrafo anterior en razón a las circunstancias concurrentes”.

En el Estatuto de los Trabajadores de 1980 se suprimió el arbitrio judicial en la fijación de la indemnización por despido improcedente y estableció un baremo objetivo, predeterminado, que cuantifica, en función de criterios objetivos, el perjuicio derivado de la ruptura del contrato de trabajo.

Esta regulación fue alterada por la reforma laboral de 2012 que supuso pasar del cómputo de los 45 días de salario por año de servicio a 33 días, teniendo en cuenta la aplicación transitoria de esta reducción, la desaparición de los salarios de tramitación, con determinadas excepciones y la configuración del denominado “despido expreso”.

Como se puede comprobar en estos más de cien años de historia ha habido diferentes regímenes jurídicos, con diversas posibilidades de actuación por parte de los magistrados y varias opciones en cuanto a la cuantía de la indemnización.

Sin embargo, el régimen de cuantificación legal establecido en 1980 es el que más ha perdurado en el tiempo, porque en la actualidad se sigue utilizando, ya que la regulación no ha sido modificada en esta cuestión.

Además, el Tribunal Supremo durante todo este período ha venido defendiendo que no cabía la inaplicación del sistema indemnizatorio establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y, por tanto, no cabía conceder indemnizaciones adicionales, ya que se trata de una regulación especial, frente a la normativa general de daños y perjuicios⁶.

3. Inicio o revitalización de la controversia

Aunque pudiera parecer que no existe ningún tipo de relación entre la cuantificación de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, ya que durante muchos años fue una regulación pacífica, el inicio o revitalización de esta controversia se puede ubicar en el período de la pandemia del Covid-19.

Según el art. 2 de la Ley 3/2021, de 12 de abril, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podían entender como justificativas de la

⁶ Entre otras, véase STS 23 de octubre de 1990 (R. 527/1990, Sala de lo social), STS 7 de febrero de 1991 (R. 917/1990, Sala de lo social) y STS 11 de marzo de 2004 (R. 3994/2002, Sala de lo Social).

extinción del contrato de trabajo ni del despido. Esta medida estuvo vigente hasta 28 de febrero de 2022.

Como se puede observar, la mala redacción jurídica de este precepto inducía a preguntarse qué consecuencia jurídica se derivaba de la extinción del contrato de trabajo, que debía incluirse, en todo caso, en las 3 categorías existentes: procedente, improcedente o nulo.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022 puso fin a la polémica declarando que la solución a este conflicto jurídico era la declaración de improcedencia y aporta diversos argumentos para defender esta posición.

Antes de esta sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo fueron diversas las sentencias, tanto de juzgados de lo social, como de salas de lo social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que concluyeron, según los casos, que la calificación era la nulidad o la improcedencia.

La mayoría de las sentencias declararon la improcedencia, excepto la línea seguida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sin introducir ningún elemento más a esta calificación, en base a la regulación existente.

Sin embargo, hubo dos sentencias que, habiendo declarado la improcedencia del despido, establecieron una indemnización adicional a la legamente establecida.

- SJS número 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 (Recurso número 170/2020). Declara la improcedencia y concede una indemnización adicional (60.000 euros) ya que entiende que la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria, en base al Convenio número 158 OIT.
- SJS número 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 (Recurso número 174/2020). Declara la improcedencia y concede una indemnización adicional de 49.000 euros, con los mismos argumentos.

4. Doctrina en las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

La lista de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se han pronunciado sobre esta cuestión es larga y, en general, han utilizado argumentos similares que pueden agruparse en dos grupos: las que, sin conceder una indemnización adicional han considerado que podría ser posible si se dieran determinadas circunstancias y las que han rechazado totalmente esta posibilidad.

El análisis cronológico de las sentencias es el siguiente.

STSJ Galicia 23 de enero de 2021 (Recurso número 1507/2017)

No cabe en el ordenamiento jurídico que cada juez o tribunal pueda imponer la indem-

nización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente.

STSJ Castilla y León/Valladolid 1 de marzo de 2021 (Recurso número 103/2021)

Recoge la doctrina de las dos sentencias del JS de Barcelona, diciendo que es posible, pero no la concede porque no existe fraude de ley y porque no se ha cuantificado el daño.

STSJ Madrid 1 de marzo de 2021 (Recurso número 596/2020)

“La legislación española no ha incluido ninguna indemnización especial o singular para el despido carente de causa ni ha distinguido diferentes clases de despido improcedente, calificación que se aplica siempre que el despido no quede justificado por las causas previstas en la ley, a menos que incurra en alguno de los supuestos de nulidad. No cabe en el ordenamiento jurídico español que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente. Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio, sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios”.

STSJ Madrid 18 de marzo de 2021 (Recurso número 136/2021)

Reitera doctrina (en contra)

STSJ Galicia 23 de marzo de 2021 (Recurso número 360/2021)

Reitera doctrina (en contra)

STSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (Recurso número 5233/2020)

Desestima la petición de indemnización adicional, pero entiende que esta petición es perfectamente factible conforme a lo dispuesto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT y en el art. 24 de la Carta Social Europea, pero siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos:

- La notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua.

- Que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.

Si se dan estas circunstancias, para evitar “*posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas*”, podría reconocerse también la indemnización prevista en el art. 281.2 b) LRJS, que hay que recordar corresponde a 15 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades.

No obstante, también admite que la “*indemnización adecuada*” pueda integrar también otros conceptos resarcitorios “*cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC –en relación al 1101 del mismo cuerpo legal– lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial*”

Razona la sentencia que si el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios (en el caso concreto, la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado) y éstos se hubiesen acreditado, como esto no ha sido así y la solución al conflicto “*no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad, el recurso de la empresa habrá de acogerse fijando el quantum indemnizatorio por la indemnización por despido en exclusiva*”.

STSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (Recurso número 826/2021)

En primera instancia, el JS 26 de Barcelona (31 de julio de 2020) falló a favor de conceder una indemnización adicional disuasoria.

Recurren tanto el trabajador (pedía la nulidad) como la empresa. Se estima el recurso de la empresa en lo tocante a la indemnización disuasoria, aunque el Tribunal deja claro que es posible pedirla, entiende que no se cumplen los requisitos para poder concederla.

Además de los requisitos anteriores, señala que “(...) cuando la indemnización legal y tasada resulte notoriamente insuficiente, podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar para eliminar así del mundo jurídico sus totales perniciosos efectos”.

Pero en todo caso, “para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concrete los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum”.

STSJ Cataluña 20 de mayo de 2021 (Recurso número 5234/2020)

Reitera doctrina

STSJ Navarra 24 de junio de 2021 (Recurso número 198/2021)

Posibilidad excepcional de conceder la indemnización adicional, pero no la concede.

STSJ Cataluña de 14 de julio de 2021 (Recurso número 1811/2021)

En primera instancia, el JS declaró el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización adicional disuasoria.

Recorre la empresa y se revoca parcialmente el fallo en lo que se refiere al importe de la indemnización, que fija en la indemnización legal tasada.

Razona el Tribunal, en línea con los pronunciamientos de 23 de abril de 2021, que no se han cumplido los requisitos necesarios para poder solicitar la indemnización disuasoria, ya que no aprecia relevancia de daños y perjuicios que la justifique. Además, entiende que la renuncia a un empleo anterior es un daño que queda compensado por la cuantía legal.

STSJ Cataluña 13 de mayo de 2022 (Recurso número 500/2022)

Reitera doctrina.

STSJ Galicia 27 de mayo de 2022 (Recurso número 1631/2022)

Reitera doctrina.

STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2022 (Recurso número 538/2022)

Rechaza, corrigiendo el criterio de la instancia, que para el cálculo de la indemnización complementaria a la legal tasada pueda emplearse como parámetro de cálculo los salarios de tramitación e insiste que lo más correcto hubiere sido “*acudir a la institución que por semejanza regula el art. 281.2.b) de la LRJS, siempre claro está, que se acredite la concurrencia de determinadas circunstancias y los perjuicios que el trabajador/la ha sufrido como consecuencia del despido*”.

STSJ Cataluña 4 de julio de 2022 (Recurso número 792/2022)

Reitera doctrina

STSJ Cataluña 4 de julio de 2022 (Recurso número 2350/2022)

Reitera doctrina

STSJ Cataluña 16 de septiembre de 2022 (Recurso número 1959/2022)

Reitera doctrina

STSJ Galicia 21 de octubre de 2022 (Recurso número 3571/2022)

Se pronuncia a favor de la posibilidad de poder pedir una indemnización disuasoria, pero en supuestos muy concretos.

Deja claro que habrá que analizar caso a caso y seguramente en muchos casos la indemnización calculada conforme al artículo 56.1 ET, tanto la anterior como la actual, va a ser una indemnización adecuada en los términos del artículo 24 de la Carta Social Europea.

De ahí la necesidad de individualizar aquellos casos en que la indemnización sea de una cuantía manifiestamente exigua en relación con los perjuicios causados al trabajador por el despido abusivo, o no resulte disuasoria atendiendo a las circunstancias, lo que se debe conectar, entre otras circunstancias, con la existencia de un ejercicio fraudulento o abusivo en la decisión empresarial de extinción del contrato, aparte de que todo ello debe ser alegado y probado.

STSJ Cataluña 11 de noviembre de 2022 (Recurso número 3368/2022)

Aunque admite la posibilidad de solicitar una indemnización adicional, la rechaza por falta de acreditación de *“circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento”*.

STSJ Andalucía/Sevilla 14 de diciembre de 2022 (Recurso número 745/2021)

Aunque admite que en circunstancias excepcionales cabría solicitar una indemnización disuasoria, entiende que se trata de *“una posibilidad inusual que ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas”*.

STSJ Aragón 23 de diciembre de 2022 (Recurso número 935/2022)

Descarta que pueda pedirse sin más una indemnización disuasoria ya que, en caso de despido injustificado “*la indemnización tasada, a cuyo pago condena la sentencia recurrida, es la legalmente debida, dado el salario y periodo de prestación de servicios, sin que sea posible reconocer una indemnización adicional, en cuanto no se acredita ni una infracción de derechos fundamentales, ni la existencia de perjuicio superior al derivado de la pérdida del empleo*”.

STSJ Cataluña 10 de febrero de 2023 (Recurso número 6061/2022)

Rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por falta de acreditación de “*circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento*” y critica la sentencia que sí la concede de 30 de enero de 2023.

STSJ Castilla La Mancha 10 de febrero de 2023 (Recurso número 2158/2022)

Rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por no ser aplicable la normativa internacional.

STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 1 de marzo de 2023 (Recurso número 426/2022)

Rechaza la indemnización porque la Carta Social Europea revisada no había entrado en vigor cuando se produjo el despido.

STSJ Cataluña 29 de marzo de 2023 (Recurso número 5335/2022)

Rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por falta de acreditación de “*circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento*”.

STSJ Baleares 26 de junio de 2023 (Recuso número 564/2022)

El procedimiento para solicitar una indemnización adicional a la establecida en la norma ha de ser la acción impugnatoria del despido causante de los perjuicios invocados y no mediante una ulterior reclamación de cantidad.

STSJ Galicia 26 de septiembre de 2023 (Recurso número 2317/2023)

Rechaza la solicitud de indemnización adicional en base a que el carácter tasado de la indemnización no resulta arbitraria ni discriminación, además de encontrarse racionalmente justificada.

En conclusión, son diversas las sentencias que se han planteado esta posibilidad, muchas han admitido que, en determinadas circunstancias, podría ser concedida una indemnización adicional, pero en ningún caso, la han otorgado.

5. Control de convencionalidad

La Constitución regula que se deben interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2), así como la superioridad de los tratados internacionales sobre las normas internas en caso de conflicto entre ellas (art. 96.1).

En este tema, la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, establece que “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable”.

De esta manera, la cuestión en estudio es si, en virtud de este principio, cabe la aplicación directa de las normas internacionales o si la regulación del Estatuto de los Trabajadores es correcta.

En primer lugar, el art. 24 de la Carta Social Europea, regula una obligación para los estados firmantes en la que, para “garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido” se comprometen a reconocer, además de una regulación fundamentada en determinadas causas, “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”

Como se puede observar, este precepto regula, además de la posibilidad de acudir a un organismo imparcial, en el caso español, los juzgados de lo social, el derecho del trabajador despedido a percibir, o bien una indemnización “adecuada” o una “reparación apropiada”.

Es evidente que este precepto no valora el concepto de adecuación de la indemnización, ya que, en su caso, cabría una triple opción: los estados cuando regulan su normativa, los tribunales nacionales o el órgano que interprete la Carta, en este caso, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

En segundo lugar, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respecto a la protección en caso de despido injustificado, regula que:

“todo trabajador tiene derecho a la protección contra el despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y las leyes y prácticas nacionales. Con miras a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de protección de los trabajadores en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a. el derecho de todos los trabajadores a no que se ponga fin a su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o sobre la base de los requisitos operativos de la empresa, establecimiento o servicio; b. el derecho de los trabajadores cuyo empleo se rescinda sin una razón válida para una compensación adecuada u otra reparación apropiada”.

Como se puede apreciar, en una línea similar a la Carta Social Europea, esta Carta se refiere a “una compensación adecuada”, además de la otra opción por la “reparación apropiada”.

En este caso, el cambio de cambio de indemnización por compensación no puede hacer variar la cuestión relativa al órgano que ha de valorar esta adecuación, teniendo en cuenta que, respecto a un hipotético ente europeo que pueda enjuiciar esta situación, en su caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es diferente al que podría analizar esta circunstancia en el caso de la Carta Social Europea.

En tercer lugar, el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1982, regula la necesidad de la existencia de una causa justificada para el despido en el art. 4.

Además, contiene el art. 10, con el siguiente contenido:

“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Este precepto se refiere, en el caso de España, a la opción que tienen los juzgados de lo social de, en caso de despido considerado injustificado, pero sin que quepa la calificación de nulidad, en cuyo caso, la consecuencia jurídica ha de ser readmisión, de condenar a la empresa al pago de una “*indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”.

En este caso, la regulación es clara en cuanto a la actuación del juez respecto a la concesión de la indemnización, pero no se aclara si el concepto de “adecuación” deriva de la regulación establecida en el Estatuto de los Trabajadores, en la actualidad con un sistema tasado, o es facultad del propio juez.

En estos tres casos, esta situación de incertidumbre es la que se ha producido durante muchos años en España y que no ha presentado problemas jurídicos interpretativos, como se puede observar, entre otros, en la relación de sentencias de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Sin embargo, esta cuestión ha tomado una presencia diferente, no sólo en aplicación de la normativa específica del Covid-19, como se observó, sino también con motivo de la ratificación por España de la Carta Social Europea revisada, que entró en vigor des-

de el 1 de julio de 2021⁷ y, especialmente con el papel del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

Respecto a sus atribuciones, hay que tener en cuenta que las conclusiones emitidas por este Comité sobre su interpretación de los preceptos de la Carta Social Europea no tienen carácter vinculante para los tribunales, sí pueden servir de fundamento o inspirar las decisiones que pueda adoptar el juzgado o tribunal correspondiente.

Sobre una situación similar a la posibilidad de que la regulación de una norma nacional sobre la indemnización en caso de despido sea no adecuada, el Comité se ha pronunciado en tres ocasiones.

En primer lugar, la Decisión de 8 de diciembre de 2016 (Finnish Society of Social Rights v. Finland) en respuesta a la reclamación número 106/2014.

Hay que tener en cuenta que la Ley de Contratos de Trabajo finlandesa regula un tope en la indemnización por despido improcedente de 24 mensualidades de salario.

Sobre este tema, el Comité entendió que dicha cuantía puede no ser suficiente para reparar los daños y perjuicios sufridos ya que:

“cualquier límite máximo en la indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite a la indemnización del daño patrimonial, la víctima debe poder solicitar la indemnización del daño no patrimonial a través de otras vías legales y los tribunales competentes para conceder la indemnización del daño patrimonial y no patrimonial deben decidir en un plazo razonable”.

En segundo lugar, la Decisión de 11 de septiembre de 2019 (reclamación 158/2017, presentada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro contra Italia).

En este caso se trata de un sistema de indemnizaciones introducido en 2015 y reformado en 2018, en el que cada año de antigüedad se devenga una indemnización de 2 meses del salario de referencia con unos topes de 6 mensualidades para pequeñas empresas (15 trabajadores o menos) y de 24 o 36 mensualidades para empresas de más de 15 trabajadores, en función de la fecha de contratación y de la fecha de despido.

El Comité establece que la existencia de estos topes, sin que existan vías alternativas reales que ofrezcan a las víctimas de un despido ilegal la posibilidad de obtener una indemnización que supere el máximo fijado por la indemnización, no permite en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada y proporcional al perjuicio causado apta para disuadir al empresario de recurrir al despido ilegal.

“El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los trabajadores despedidos sin una razón válida deben recibir una indemnización adecuada u otra reparación apropiada. Se considera que los sistemas de indemnización se ajustan a la Carta cuando prevén: –el reembolso de las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;– la posibilidad de reincorporación del trabajador y/o; – una indemnización lo suficientemente alta como para disuadir al empresario y reparar el daño sufrido por la víctima”.

⁷ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), Estrasburgo de 3 de mayo de 1996 (BOE 11 de junio de 2021).

En tercer lugar, la Decisión de 23 de marzo de 2022 (reclamaciones número 160/2018 y 171/2018). *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière y Confédération Générale du Travail* contra Francia, entiende que el art. L.1235-3 del Código de Trabajo es contrario al art. 24 de la Carta.

Sobre esta cuestión, y por esta razón su interés relevante en España, los sindicatos UGT y CCOO presentaron ante el Comité sendas reclamaciones respecto a esta cuestión (aun no resueltas):

- Reclamación colectiva de UGT (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (24 de marzo de 2022) número 207/2022.
- Reclamación colectiva de CCOO (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (18 de noviembre de 2022) número 218/2022.

Como se puede observar, en los tres casos, las decisiones del Comité ha resuelto en la misma línea, entendiendo que cabe que los tribunales concedan la indemnización que consideren adecuada, siendo esta la opción más posible en el caso de la resolución de la reclamación presentada por los sindicatos españoles, en base a los siguientes tres fundamentos:

- Es irrelevante que en la legislación nacional exista una cuantía tasada que cuantifique el daño causado por el despido.
- Los tribunales nacionales pueden decidir conceder al trabajador despedido una reparación adecuada y proporcional al perjuicio causado.
- La cuantía de la indemnización ha de ser suficientemente alta para disuadir al empresario de recurrir al despido ilegal.

Es evidente que es difícil argumentar que estos criterios sobre los que se fundamentan las decisiones que se han emitido por el Comité sobre este tema se pueden derivar del concepto “adecuada” que es la única calificación que existe en el art. 24 de la Carta Social Europea.

6. Análisis de la STSJ Cataluña 30 de enero de 2023 (Recurso número 6219/2022)

Es la primera sentencia en suplicación, y por ahora única, aunque ya han existido otras resoluciones, tanto en la propia sala social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como en otros tribunales, que concede una indemnización complementaria a la legal tasada en un despido objetivo calificado como improcedente, tomando como parámetro de referencia una prestación por desempleo no percibida.

El supuesto concreto deriva de que la empresa comunica al trabajador (contratado en noviembre de 2019) la voluntad de amortizar su puesto de trabajo por causas produc-

tivas a finales de marzo de 2020 derivadas de la profunda caída de ventas y cancelación de servicios sufridos como consecuencia de la crisis del coronavirus, abonándole la indemnización máxima.

La empresa cinco días después de esta extinción solicitó un ERTE por fuerza mayor derivado de la pandemia, proponiendo una suspensión/reducción de los contratos de 5 trabajadores de una plantilla de 7 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales previstas en el estado de alarma.

En la instancia, se declara la procedencia del despido, acogiendo parcialmente la acción de reclamación de cantidad acumulada a la de despido y condena a la empresa al abono de 1.041,67 euros en concepto de preaviso.

El trabajador interpone recurso de suplicación solicitando la nulidad, así como una indemnización complementaria a la legalmente tasada por daños morales y lucro cesante, equivalente a la prestación extraordinaria de desempleo que le hubiera correspondido de haber sido incluido en el ERTE.

La sentencia establece que:

“la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo, ni tiene efecto disuasorio para la empresa”.

“La decisión extintiva ciertamente no es acausal, pues se basa en causas económicas y productivas, eso sí de carácter meramente coyuntural como se dijo, pero revela en todo caso un excesivo ejercicio del derecho a despedir, porque supuso excluir a la actora del ERTE iniciado pocos días después, lo que, de no haber sido así, hubiera posibilitado que la misma, además de conservar su puesto de trabajo, se hubiera acogido a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RD 8/2020”.

Descartados los daños morales, en base a *“no existiendo una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de esta parte de la indemnización que se solicita”*, la sentencia reconoce que el trabajador no acumula la carencia mínima necesaria para poder solicitar la prestación por desempleo contributiva, pero sí podría haber accedido al subsidio, por un periodo de cuatro meses, dado que superaba los cuatro meses de cotización [(arts. 274.3.a), 276.1 y 277.2.a) LGSS)], aunque se desconoce si cumplía con todos los requisitos (carencia de rentas).

Por este motivo, afirma:

“es indudable que la actora, de no haber actuado la empresa de manera abusiva, amparada en el mínimo coste que suponía su despido por su escasa antigüedad en la empresa, tenía una expectativa cierta y real de haber sido incluida en el inminente ERTE tramitado por fuerza mayor, con lo que se habría podido acoger a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RDL 8/2020, con reconocimiento de la prestación aun careciendo de las cotizaciones mínimas necesarias para ello.

La trabajadora calcula como lucro cesante la prestación extraordinaria por desempleo que le hubiera correspondido desde el 29/3/2020 al 29/11/2020, pues ya el 30/11/2020 encontró trabajo en otra empresa, que cifra en 10.544,90 euros en documento elaborado por dicha parte, cuantía que no queda desvirtuada de contrario con la simple alegación de que tal suma no está refrendada por documento o certificado oficial. Pero llegados a este punto nos encontramos con el problema de que en el relato histórico de la sentencia de instancia no consta el periodo de duración del ERTE ni por ende cuando la empresa retomó su actividad normal. Pero ello no ha de impedir el resarcimiento, al menos en parte, del lucro cesante de la actora, pues es hecho notorio que se prorrogó el estado de alarma y el confinamiento en nuestro país hasta las 0,00 horas

del día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020), por lo que debemos tomar esta fecha como día final de cómputo de la prestación reclamada como lucro cesante.

Por lo que, a razón de 1.310,10 euros mensuales, desde el 1 de abril al 20 de junio de 2020, la cuantía a tener en cuenta sería de 3.493,3 euros, que ha de ser la indemnización adicional resultante, estimándose de este modo, parcialmente, el motivo suplicatorio”.

Como se puede comprobar, es una sentencia en un caso de extinción por causas objetivas en la que el juez claramente reprende a la empresa por haber preferido la vía del despido, cuando podría haber incluido al trabajador en un expediente temporal de regulación de empleo, pasando a una situación de suspensión del contrato de trabajo.

7. Breves conclusiones

En la actualidad, este tema está totalmente abierto y, aunque sólo se ha dictado una sentencia de la sala de social del Tribunal Superior de Justicia concediendo una indemnización adicional a la establecida en el Estatuto de los Trabajadores, e incluso, otras secciones de la propia sala han dictado resoluciones en sentido contrario, en cualquier momento pueden aparecer otras sentencias en este sentido.

Igualmente, podría darse el caso que se considerara que existe contradicción entre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, se planteara un recurso de casación por unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo y éste tuviera que dictar un criterio único sobre esta cuestión.

Es verdad que el Tribunal Supremo denegó esta posibilidad, pero las sentencias en este sentido son antiguas y podría considerar que han cambiado las circunstancias que en su momento determinaron su criterio, por ejemplo, la entrada en vigor de la Carta Social Europea revisada.

En todo caso, puede haber otro momento de inflexión en esta sucesión de decisiones jurisprudenciales en el momento en que se dicte la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa respecto a las reclamaciones planteadas por los sindicatos UGT y CCOO. Teniendo en cuenta que las decisiones en este tema hasta ahora adoptadas han sido unánimes declarando la posibilidad de los jueces de cada país afectado de fijar indemnizaciones superiores a las reguladas en las propias normas, la opinión puede ser la misma.

Aunque estas decisiones no son jurisdiccionales y no obligan jurídicamente a los países receptores a cambiar su legislación adaptándola a la opinión del comité, podría darse esta circunstancia y el legislador español podría proponer una reforma del régimen jurídico de la indemnización en determinados supuestos de extinción del contrato trabajo.

Sin embargo, hay dos cuestiones que permiten matizar esta posibilidad y, por tanto, posibilitar que no haya cambio normativo: ninguno de los otros tres países afectados por las decisiones han modificado su normativa interna y en el informe emitido por el

Gobierno en el expediente de la reclamación contra España expresamente declara que no hace falta una reforma porque la posibilidad de incrementar las indemnizaciones en estos casos ya existe, si así lo consideran los tribunales.

En todo caso, el sistema actual considero que cumple con los requisitos establecidos en los mandatos internacionales y además de no haber generado ningún tipo de conflicto jurídico desde 1980, salvo muy contadas excepciones, tiene otras atribuciones, entre las que se pueden destacar que evita la discrecionalidad judicial, genera seguridad jurídica, permite la indemnización por la pérdida del trabajo en supuestos en que no sea posible identificar ni cuantificar un perjuicio y no requiere que el trabajador haya de probar la existencia del daño y su cuantía.

Además, un sistema fundamentado en otros criterios ya sea total o parcialmente, por ejemplo, subjetivos o totalmente a discreción del juez, no aseguran que se cumpla con el requisito de la “adecuación” de la indemnización que, hay que recordar, es la única referencia expresa normativa.

Es más, los propios jueces, que en algunas ocasiones están reclamando esta posibilidad de cuantificar determinadas indemnizaciones, están admitiendo la utilización de las cuantías reguladas en la LISOS.

Cuestión diferente es que algunos jueces no estén conformes con la reforma que se llevó a cabo en 2012 y que supuso el cambio de módulo indemnizatorio (45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades) al actual de 33 días de salario y un máximo de 24 mensualidades. Si así fuera, sólo se necesita un texto de reforma del actual Estatuto de los Trabajadores que fuera avalado por el Parlamento español.

Bibliografía

- Beltrán de Heredia Ruiz, I, “Valor social del trabajo y el despido injustificado agravado: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de difusión marginal”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, número 1, 2022.
- “Decisiones judiciales y ruido: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, número 166, 2023.
- Cristóbal Roncero, R, “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *Documentación Laboral*, número 125, 2022.
- Gorelli Hernández, J, “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor*, número 1, 2023.
- Lahera Forteza, J, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la normativa española”, *Brief AEDTSS*, número 32, 2023.
- Pazos Pérez, A, “Reflexión con la adecuación de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Brief AEDTSS*, número 45, 2023.

Salcedo Beltrán, C, “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque”, Brief AEDTSS, número 33, 2023.

Vivero Serrano, J B, “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, Brief AEDTSS, número 48, 2023.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MONTOYA MEDINA, DAVID (dir.), *Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 356 pp.

Doi: 10.20318/labos.2023.8259

En la obra colectiva ahora reseñada los autores arrojan luz sobre un asunto de actualidad, al tiempo que clásico, como es la inserción de las mujeres con discapacidad. El libro se haya estructurado en 8 capítulos mediante los cuales el lector va a poder empaparse del buen hacer de los autores, quienes centran su atención desde una perspectiva crítica en la situación de las mujeres con discapacidad y las herramientas o medidas de apoyo para su inserción, no sin formular propuestas más que acertadas para subsanar los problemas detectados en la investigación.

El primero de ellos, cuya autoría pertenece al director del libro ahora recensionado, lleva por título “Discapacidad y género: el reto del empleo”. En él se aborda el tema de la discapacidad y el género desde la perspectiva del empleo como una herramienta, que no un fin, para conseguir la autonomía del colectivo y salir así de la exclusión social. El autor hace un repaso escrupuloso por la normativa y el contexto socio económico nacional destacando los aciertos y errores del legislador en la materia. El profesor Montoya Medina ofrece al lector una serie de propuestas, las cuales, bajo su cierto criterio, facilitarían la empleabilidad de las personas con discapacidad.

El segundo de los capítulos elaborado por el profesor López Richart y cuyo título es “Medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tras la Ley 8/2021, de 2 de junio” inicia con las consecuencias derivadas de la convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y cómo se adaptaron al ordenamiento espa-

ñol las obligaciones derivadas de la mentada convención. Seguidamente, de manera exhaustiva, y con el rigor que caracteriza al profesor López, se analizan las novedades introducidas por la Ley 8/2021. Para ellos se repasan todas y cada una de las medidas previstas en la ley relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la relación y obligaciones de los tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho que tienen con estas.

La profesora Viqueira Pérez bajo el título “Incidencia de la crisis económica y social generada por el COVID-19 en el colectivo de las mujeres discapacitadas” escruta con destreza las repercusiones que la crisis del coronavirus tuvo y continúa teniendo sobre las mujeres con discapacidad y sus perspectivas de inserción laboral. Para ello, inicia el capítulo con estadísticas actualizadas que ponen de manifiesto y sin lugar a duda que: por un lado, las mujeres estuvieron en primera línea para hacer frente a la pandemia; por otro, la presencia de las mujeres en los sectores más castigados por la crisis fue significativamente más alta que la de los hombres. Esta situación derivó en el retroceso del reparto equitativo de las tareas de cuidado, dado que estas fueron reasumidas por ellas durante esta terrible época, dando lugar a una “refamiliarización y refeminización” de los cuidados como expone muy acertadamente la autora. Finalmente, y como parte central de este apartado, se focaliza en el impacto que la citada crisis tuvo sobre las mujeres con discapacidad, para terminar con las perspectivas de estas tras el COVID-19.

La encargada de desarrollar el cuarto capítulo es la profesora Garrigues Giménez bajo el epígrafe “Discriminación por razón de género y discapacidad: estado de la cuestión”. En este, a fin de completar la obra referenciada, se analiza la incidencia que tienen las variables discapacidad, sexo y género limitando las expectativas de empleo

de las mujeres discapacitadas. La profesora Garrigues Giménez finaliza el capítulo con una mirada al futuro en la que se revisan las perspectivas de la Unión Europea previstas en la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 y, como no podía ser de otro modo, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 en lo que se refiere a las actuaciones y medidas de intervención sobre el colectivo de mujeres con discapacidad.

El quinto capítulo “La obligación empresarial de efectuar ajustes razonables en el puesto de trabajo: problemas en relación con las mujeres discapacitadas”, corre de la mano de la profesora Martínez Barroso. El estudio centra la atención en el empresario y cómo este debe realizar los ajustes razonables necesarios a fin de adaptar el puesto de trabajo a la persona con discapacidad. La autora de una manera impecable ofrece una visión crítica, fruto de la reflexión sosegada y la experiencia investigadora, sobre las deficiencias al momento de aplicar la normativa de adaptación del puesto de trabajo, aun cuando la prohibición de discriminación se ha desarrollado extensamente en los últimos tiempos para proteger a este colectivo, la falta de previsión sobre cómo proceder ante tal circunstancia diluye la obligación y repercute inexorablemente sobre las mujeres con discapacidad.

En el sexto capítulo “Discriminación múltiple por razón de género y discapacidad. La Formación Profesional para el Empleo como instrumento de integración laboral” la autora Fernández-Peinado Martínez pone el foco del análisis en la Formación Profesional y cómo los estereotipos y sesgos de género excluyen a las mujeres en el acceso a determinadas profesiones. Concluyendo que aun siendo esta una herramienta esencial para la integración en el mercado laboral de las mujeres con discapacidad no se le ha prestado especial atención, ya que no es objeto prioritario en los

programas formativos ni existe prioridad en el acceso a dichos programas.

En el séptimo capítulo el secretario autonómico de Empleo y Director general de LABORA Enric Nomdedéu Biosca hace un recorrido por las distintas políticas públicas para la inserción laboral y la mejora de la empleabilidad del colectivo en la Comunidad Valenciana. Al tiempo, el autor hace un repaso exhaustivo de las cifras concretas, muestra los recursos económicos destinados a cada programa propio de la Comunidad Valenciana para hacer frente a la inserción en el mercado laboral de las personas con discapacidad.

En el último de los capítulos “Previsiones en la Negociación Colectiva Sectorial y de Empresa en la Provincia de Alicante para la Inserción Laboral de Mujeres con Discapacidad”, la profesora Blasco Jover centra su investigación en la negociación colectiva sectorial y de empresa circunscrita a la provincia de Alicante. Asimismo, aborda la inserción del colectivo de mujeres con discapacidad. Tras hacer un repaso minucioso por las cláusulas convencionales del 318 CC con la disciplina propia del buen saber hacer inconfundible de la autora, concluye aseverando la falta de disposición de los agentes sociales a la hora de negociar condiciones referidas al empleo de las mujeres con discapacidad, pues la única excepción se recoge en la preocupación por la empleabilidad de este colectivo de unos pocos (el 40,88%). Finaliza la autora con la propuesta de una previsión normativa que obligue a las empresas a incluir, como ya se hiciera con los planes de igualdad, medidas concretas dirigidas al colectivo de mujeres discapacitadas a fin de mejorar la situación de estas.

Cristina González Vidales

Ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de León
ORCID: 0000-0002-5627-2756