

Número **192**

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de
Juezas y Jueces para la Democracia

Septiembre **2018**



- Artículos
- Legislación
- Negociación colectiva
- Jurisprudencia
- Organización Internacional del Trabajo
- Administración del Trabajo y Seguridad Social

JJpD | Juezas y Jueces
para la Democracia

Comisión de lo Social

Juezas y Jueces para la Democracia
www.juecesdemocracia.es

ASOCIATE A JJPD

SIGUE NUESTRO BLOG:
Jurisdicción Social

EDITORIAL

En el ámbito profesional en el que nos movemos, constatamos la existencia de varios temas de actualidad sobre los que reflexionar.

En primer lugar, la ratificación jurisprudencial del criterio referido a la denegación de las prestaciones de gran incapacidad a quienes ya tenían apoyos personales para los actos esenciales para la vida al inicio de su carrera profesional. Tema polémico en el que se entrecruzan opiniones contradictorias, no sólo basadas en la interpretación de la legalidad ordinaria, sino, y también, fundadas en si existe o no discriminación directa o indirecta, sobre todo a la luz de la reciente sentencia Beni del Tribunal Superior de Justicia europeo (STC de 19 de septiembre de 2018, asunto C- 312/17).

En segundo lugar, los contradictorios pronunciamientos existentes sobre la laboralidad o no de la relación que une a diversos repartidores con los titulares de varias plataformas de servicios en Internet, dentro del novedoso mundo de la llamada "economía colaborativa". Uno de los artículos de este número va dirigido a ello.

Otro de nuestros artículos está relacionado con la discriminación por razón de género y pretende destacar la relevancia de la interpretación con perspectiva de género para alcanzar la igualdad, que no es un "desideratum", sino un valor superior de nuestro ordenamiento. Lo que implica que la conexión entre todas las normas está basada en esa superior idea que transversalmente las une: la prohibición de discriminación.

Finalmente, este número incluye otro artículo dirigido a valorar la reciente jurisprudencia relativa a la ultraactividad de los convenios colectivos fenecidos cuando está en vigor otro superior, y en concreto, su relación con las llamadas doctrinas contractualistas y rupturistas en esta materia.

Además, la revista contiene la habitual recopilación de sentencias de Tribunales y Juzgados sobre diversas materias, junto a novedades legislativas, destacando las referidas a convenios colectivos.

Y mientras pasan los días, seguimos construyendo multitud de sentencias derivadas de la doctrina De Diego de Diego Porras y las posteriores Montero Mateos y Grupo Norte Facility. Una rápida actuación legislativa hubiese podido evitar este aluvión, como ya se ha advertido en anteriores editoriales. Con independencia de ello, esta realidad nos hace ver la especial importancia que el TJUE tiene en nuestra cotidiana actividad, siendo secuela de ello los múltiples foros en los que se analiza su doctrina, alguno incluso en el ámbito del seno de los programas formativos del Consejo.

INDICE

ARTÍCULOS

- Economía colaborativa. Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH
- Borrando las huellas de la contractualización. Comentario a la STS de 3/7/2018 (3077/2018). Jaime SEGALÉS FIDALGO y Olga FOTINOPOULOU BASURKO.
- Jurisdicción Social en Perspectiva de Género. Gloria RODRÍGUEZ BARROSO

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal
- Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Comunidades Autónomas

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgados de lo Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

ECONOMÍA COLABORATIVA

Carlos Hugo Preciado Domènech.

Magistrado de la Sala Social del TSJ de Cataluña

Introducción

La economía colaborativa se ha erigido en los últimos años en un problema central en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. La expansión de las TIC y las redes sociales, la crisis económica y las nuevas oportunidades que las plataformas digitales ofrecen para nuevos sectores de negocio o para la renovación de otros existentes, confluyen como factores que generan esta **nueva forma de negocio**. Se asemeja así a la descentralización productiva, con la que, por cierto, comparte importantes caracteres y confluye en ciertos supuestos.

Nueva en muchos aspectos, y con innegables ventajas para consumidores y empresas, pero **vieja en algunos otros**, como la explotación laboral a que se ven sometidos quienes prestan servicios en el ámbito de la economía colaborativa. Por otro lado, la pugna por el reconocimiento de la laboralidad de los prestadores de servicios para las empresas de esta "nueva economía" es percibida como un riesgo para el pingüe negocio que significa su explotación sin normas reguladoras del mercado¹.

En las próximas líneas trataremos de aproximarnos al fenómeno de la economía colaborativa, desde la perspectiva social y económica. Acto seguido, trataremos de abordar la problemática laboral, que ya se ha plasmado en los primeros conflictos entre las empresas y los trabajadores, intentando aportar los criterios que indican la existencia de relación laboral, como núcleo gordiano del conflicto, puesto que dicha relación, ni más ni menos, franquea al paso al "pack- estándar" de ciudadanía laboral a que se refiere Romagnoli,² y que permite a quien del mismo goza, ser o creerse ciudadano en su plenitud de derechos.

¹ "Insights". NEWSLETTER FORM SUMAKER, LOPP & KENDRICK. LP. June 2016.

² ROMAGNOLI, U. " Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro .Per i 30 anni di ILaboro e diritto. Revista Lavoro e Diritto. Anno XXX, nº 4 autumno 2016. p.567 y s

Para ello, analizaremos la problemática del encuadramiento en el ámbito de USA, en el de la UE y España. En fin, abordaremos dos casos concretos (Deliveroo y Uber), que ha acometido la Inspección de Trabajo y Seguridad social.

I.- APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

I.1.- Realidad social, concepto y agentes de la economía colaborativa

Con la entrada del Siglo XXI nuevas formas de producción, comercio y consumo de bienes y servicios se han abierto paso de la mano de las nuevas tecnologías, que han posibilitado el intercambio fluido y ágil de bienes y servicios poniendo en contacto a productores, vendedores y consumidores radicados en países distintos de forma instantánea.

Los ejemplos de esta "**revolución económica de la información y la comunicación**" son inagotables y forman parte, qué duda cabe, del fenómeno de la globalización.

El rastrillo a la puerta de casa para deshacerse de muebles o electrodomésticos usados se ha sustituido por el anuncio en internet, primero, y por el portal colaborativo después (*Ebay, Amazon, Wallapop, Cash Converters...*). La venta por internet de ropa, calzado, y complementos (*Zalando, Venca, Asos, Recycled Bride, Tent the Runway...*), va comiendo espacio al comercio presencial. El negocio del transporte público de viajeros, hasta hace poco monopolizado por el taxi, está siendo sustituido por las plataformas de transporte de viajeros fácilmente accesibles con una simple *app* (*Uber, Cabify, Blablacar, Taxi2, Getaraund...*). El alquiler para alojamiento por días está compitiendo frente a la potente industria hotelera tradicional, convirtiendo casas particulares en alojamientos turísticos (*Airbnb, Housetrip, Only-apartments...*). El cuidado de personas dependientes (CUIDUM) o la realización de pequeñas tareas domésticas (*TaskRabbit*), también está en trance de "digitalizarse". El negocio de transporte de comida a domicilio también está alza a través de plataformas colaborativas (*Just Eat, Deliveroo, Uber eat, Meal Saharing.*), lo que también puede observarse en el sector de venta de alimentación dietética o medicamentos (*Mipharma, Naturitis*, etc). Los ejemplos, decíamos, son inagotables.

La **nomenclatura jurídica** y económica de esta nueva realidad, como en todo fenómeno más o menos reciente, no se halla todavía unificada, hablándose de *Collaborative economy, Sharing economy, on demand econmomy*, etc.

En general, puede decirse que estas formas de **economía colaborativa** proporcionan a los consumidores el **acceso a bienes o servicios a través plataformas tecnológicas que ponen en contacto a prestadores de servicios y usuarios, actuando como intermediarias.**

La **importancia** del fenómeno puede calificarse de muchas formas, pero en ningún caso como accesorio, anecdótico o residual. Al contrario, su importancia es insoslayable. En efecto, en 2015 los ingresos brutos de plataformas y proveedores colaborativos en la UE fue de 28.000 millones de euros. El crecimiento del negocio de la economía colaborativa es rápido, sobre todo desde 2013 y algunos expertos vaticinan que la economía colaborativa podría experimentar en un futuro próximo un aumento de entre 160.000 y 572.000 millones de euros³.

Las causas del fenómeno hay que buscarlas fundamentalmente tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este sentido, es innegable que la generalización de internet, el GPS, los *smart phones* y los sistemas de pago *on-line*, son cuatro de los factores tecnológicos que se hallan en los cimientos de esta nueva revolución económica.

Por otro lado, como cualquier actividad económica, la -llamémosla así- economía colaborativa **genera beneficios y costes**, algunos de los cuales se producen para terceros no intervinientes en el intercambio de bienes y servicios. (externalidades).

Así, **en el haber** del fenómeno nos encontramos con que se **reducen los costes de transacción**, facilitando la búsqueda de información a los clientes; **y se equilibran las asimetrías informativas**, aumentando la fiabilidad de la información que recibe el cliente con sistemas públicos de evaluación del servicio por otros clientes.⁴

En el capítulo de los costes, se dan los costes internos: trabajadores de transporte con medios propios, sin seguros sociales y con jornadas extenuantes para lograr una retribución digna, competencia desleal con sectores regulados que ofrecen mayores cotas de seguridad, fiabilidad y unos estándares de calidad mayores en el servicio, rechazo a toda forma de sindicación, falta de negociación de condiciones e imposición unilateral de condiciones leoninas, etc. En el capítulo de las **externalidades** se hallan otras muchas repercusiones que afectan a terceros ajenos al intercambio, como molestias a vecinos, "*turismofobia*", aumento de accidentes de circulación, elusión de tributos, competencia desleal, etcétera.

Sin embargo, puede decirse que existen determinadas **características de la economía colaborativa** que **contribuyen a explicar su auge**, y que en síntesis consisten en⁵:

- **Eficiencia en el mercado:** la economía colaborativa permite la explotación de bienes y servicios infrautilizados, sobre todo en **mercados muy fragmentados**, donde los

³ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa (COM (2016), 356. Bruselas 02/06/2016.

⁴ DOMÉNECH PASCUAL, R. " La regulación de la economía colaborativa". Revista CEF LEGAL nº 175-176, agosto-septiembre 20156. p.61-104.

⁵ ALÓS RAMOS, A. "Economía Colaborativa. Cuestiones legales en el ámbito laboral". Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Enero 2017.

prestadores de servicios son potencialmente ilimitados (ej. titular de un vehículo o propietario de una bicicleta).

La explotación de bienes o servicios infrautilizados, convierte a sus propietarios en micro emprendedores y aumenta la competencia de los mercados, proporcionando mayores opciones a los usuarios⁶.

- **Confianza en el cliente:** la confianza generada por los sistemas colaborativos es una clave del éxito de los mismos.

- **Tecnología:** suele tenerla el intermediario, que es quien diseña, difunde y regula la aplicación informática que pone en contacto a prestadores de servicios y usuarios.

Si la nomenclatura del fenómeno es dispersa, el **concepto mismo de Economía colaborativa** tampoco resulta pacífico. No obstante, conforme a la Comisión Europea⁷, podemos adoptar una primera aproximación a la definición de **la economía colaborativa**, como los **modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares**. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes.

1) Prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias.

2) Usuarios de dichos servicios.

3) Intermediarios que, a través de una plataforma on-line conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (plataformas colaborativas).

Generalmente las transacciones de la economía colaborativa **no implican un cambio de propiedad** y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

Partiendo de lo expuesto, esta definición nos ayuda a trazar una primera frontera de la economía colaborativa, fuera de la cual quedarían los supuestos de compraventa *online*, que implican negocios traslativos del dominio sobre bienes.

No obstante, como decíamos, el concepto no es pacífico; y por ello existen **otras definiciones**, como las que siguen⁸; que inciden en una u otra de las características del fenómeno:

- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:** " es el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecerían ociosos o infrautilizados".

⁶ TODOLÍ SIGNES, A. "El trabajo en la era de la economía colaborativa" .Ed. Tirant Lo Blanch. nº 239. p.13.

⁸ SÁNCHEZ IGLESIAS, A. L. (Coord.). "Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral". Ed. Thomson Reuters Aranzadi. pp.433-460

- **Comité Económico y Social Europeo:** define el consumo colaborativo como la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regular redefinida a través de la tecnología y las comunidades.

- **Wikipedia:** interacción entre dos o más sujetos a través de medios digitalizados o no, que satisface una necesidad real o potencial, a una o más personas.

Partiendo de esta primera aproximación al *nomen* y al concepto, podemos distinguir diversos fenómenos dentro de lo que se denomina Economía colaborativa, que en realidad responden a diversas funciones.

Economía colaborativa en sentido estricto (*sharing economy*): lo importante es el bien, y en la misma se pretende explotar bienes personales infrautilizados, convirtiendo a sus propietarios en microemprendedores. De esta forma, se comparten bienes personales: habitación, coche, cocina, etc. y se obtiene de los mismos un rendimiento económico o una reducción de costes. (*Blabla car, etc*)

- **Crowdsourcing o Crowdwork:** consiste en tomar la prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria⁹. Se trata de una forma de externalización productiva, abierta y dirigida a un número indeterminado de prestadores potenciales de servicios.

A su vez, dentro de esta modalidad, cabe distinguir:

- **Crowdwork online:** se basa en la existencia de una plataforma virtual que permite a las empresas conectar con gran número de trabajadores distribuir las tareas entre un conjunto de individuos todos sentados frente a su ordenador.¹⁰ A su vez, en función de su ámbito territorial, el Crowdwork online puede ser general o local¹¹. Ejemplo de crowdwork on line general es Amazon Mechanical Turk.¹²

- **Crowdwork offline:** a diferencia del anterior, las tareas o servicios a realizar por el trabajador no son "frente a su ordenador", sino que exigen una ejecución "física" del trabajo o servicio que ha de realizarse en un lugar concreto. Como ejemplo Deliveroo, Uber, TaskRabbit, etc.

⁹ HOWE, J. "The rise of Crowdsourcing". Wired. Junio de 2006. 0. 176-179

¹⁰ FELSTINER, A., "Working de Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing industry". Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 32 (1), 2011.

¹¹ TODOLÍ SIGNES, A. "El trabajo en la era de la economía colaborativa". Ed. Tirant Lo Blanch. nº 239. p.13

¹² <https://www.mturk.com>

I.3.-Fundamento

I.3.1.-Fundamento Jurídico

El fundamento jurídico de la economía colaborativa, al igual que otros fenómenos ya conocidos por el Derecho del Trabajo, como la descentralización productiva, no es otro que la libertad de empresa. De hecho, con frecuencia, economía colaborativa y descentralización productiva son fenómenos coincidentes, como ocurre con el "crowdwork", que no es sino una descentralización que atomiza en multitud de prestadores de servicios individuales (repartidores/as, chóferes, limpiadores/as,..) actividades que antes realizaba bien sea la empresa principal, bien sea la contratista, mediante trabajadores y que ahora se articulan a través de una infinidad de contratos mercantiles de arrendamiento de servicios.

En cualquiera de los casos, -economía colaborativa o descentralización productiva- el fundamento es, en efecto, la libertad de empresa, del art. 38 CE¹³ y el art.16 CDFUE, que comprende¹⁴:

-La libertad de inversión; y derecho del propietario de colocar en el sector industrial los bienes y capitales que estime convenientes.

-Libertad de contratación, como facultad de contratar libremente, tanto a personas naturales como jurídicas.

-Libertad de organización, que es la potestad de organizar libremente el proceso productivo, que es donde se ampara la descentralización productiva.

El TC define la libertad de empresa como "*una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*". (STC 225/1993, de 8 de julio. F.3).

No obstante, el TC en la STC 49/88 considera que el art. 38 CE "*...se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado.*"

Tal entendimiento de la empresa privada dejaría fuera de la titularidad de la libertad de empresa, toda organización privada sin ánimo de lucro, o la economía colaborativa en sentido restringido, es decir, aquella que tiene por finalidad un mero intercambio o utilización de bienes. Sin embargo, esta visión ha sido criticada por buena parte de la

¹³ STC 83/1984 de 24 julio. RTC 1984\83

¹⁴ DE JUAN ASENJO, O "La Constitución económica española. Centro de Estudios constitucionales. Madrid 1984, pgs. 154 y ss. Citado por KAHALE CARILLO, DJAMIL TONY. en ob. citada (pág45)

doctrina, entre otros entre otros ARAGÓN REYES¹⁵, que considera que el ánimo de lucro no es una exigencia para la aplicación del derecho a la libertad de empresa, término que conforme al art.38 CE incluye cualquier tipo de actividad económica organizada, que no se lleve a cabo por el propio Estado (directamente) sino por la sociedad, incluidas fundaciones, cooperativas o asociaciones. (Tercer sector).

En el ámbito comunitario, (art.16 CDFUE), la libertad de empresa ha venido siendo reconocida como libertad de **ejercer una actividad económica o mercantil** (STJCE Nold de 14 mayo 1974, 4/73), (STJCE 27 septiembre 19979, Eridania 230/78,) y bajo **la forma de libertad contractual** (STE 16 enero 1979 Sukkerfabriken Nykoebing Limiteret 151/78,o en STECE de 5 de octubre de 1999 España c. Comisión. C- 240/97; estando profundamente ligada a **la libre competencia** (art.119.1 TFUE, antiguos art.4.1 y 2 TCE).

Por ello, ya desde antiguo, el TS ha afirmado que **con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita**, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores.¹⁶ En esta línea, ciertas modalidades de descentralización, como las contratas y subcontratas, se conciben **no ya como una actuación tolerada sino como una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa**¹⁷. El TS, respecto de la descentralización a través de contratas y subcontratas ha dicho en su STS 17/12/2001 (RCUD 244/2001).

"Respecto al límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que, como declaró la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1994 (Recurso 3724/1993), "el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores". La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa.

Acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora, es la contrata a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que impone al empresario principal unas obligaciones respecto a personas con las que no ha

¹⁵ ARAGÓN REYES, M; AGUADO RENEDO, C. "Derechos fundamentales y su protección". p.308.

¹⁶ STS de 27 octubre 1994. RJ 1994\8531; más recientemente STS de 19 junio 2012. RJ 2012\8551, entre otras muchas.

¹⁷ STS 17 diciembre 2001 (RJ 2002/3026)

contratado, estableciendo un régimen de excepción al mandato del art. 1257 del Código civil, que limita a las partes la eficacia de los contratos. Mas siendo una importante excepción del sistema civil de contratación, no se precisa que deba entenderse por "contrata", término que no corresponde a ninguna de las categorías tradicionales en el ámbito del Derecho privado, lo que dificulta la calificación. La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los art. 1588 y 1583 del Código civil realizados a través de una empresa".

Lo propio ocurre con la economía colaborativa. En el ámbito de un **derecho fundamental no regulado legalmente como la libertad de empresa**, todo lo no prohibido está permitido, porque así lo impone la eficacia directa del propio derecho fundamental. Por tanto, los fenómenos de economía colaborativa, aunque no regulados, son perfectamente lícitos, mientras no exista una intervención del legislador que los restrinja y mientras, por supuesto, no incurran en prohibiciones o infrinjan mandatos establecidos por leyes de cualquier rama del ordenamiento (Fiscal, Laboral, Mercantil, etc.), siempre que dichas prohibiciones o mandatos legales respeten el contenido esencial de la libertad de empresa y sean proporcionados para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.

Desde la perspectiva de la UE, hay que tener en cuenta la **libertad de prestación de servicios, puesto que conforme al art.56 TFUE** quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la UE para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación.

Por otro lado, en el ámbito comunitario también hay que tener en cuenta el **principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación y obstáculos a la libre circulación de trabajadores**. En efecto, el artículo 45, apartado 2, del TFUE supone la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros por lo que se refiere al empleo, la remuneración y otras condiciones de trabajo y empleo.

Todo ello ha de tomarse en consideración cuando exista una empresa prestadora de servicios de la economía colaborativa radicada en otro país miembro de la UE, o trabajadores que prestan servicios para una de tales empresas radicadas en otro país miembro de la UE distinto al suyo propio. En todos estos casos hay que tener en cuenta no sólo la prohibición de discriminación directa, sino también la discriminación indirecta por razón de nacionalidad. La prohibición de discriminación indirecta impide los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores, como las medidas que puedan perjudicar a los nacionales de la UE que pretendan ejercer una actividad económica con arreglo a una relación de empleo en el territorio de otro Estado miembro, incluso cuando tales medidas se apliquen independientemente de la nacionalidad del

trabajador, por ejemplo: conocimiento de un idioma, cuando no sea preciso para la prestación del servicio, etc.

En todo caso, hay que partir de que la **libertad de los Estados para restringir las actividades de la economía colaborativa**, como respecto a cualquier otra actividad lícita debe **responder a una finalidad constitucionalmente legítima y acorde con el Derecho de la Unión Europea y ser proporcionada a los fines que se persigan**: por ejemplo, la protección de la seguridad, la salud, los intereses de los consumidores o usuarios o, en lo que aquí nos atañe, los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que el TJUE no ha dispensado un trato precisamente favorable y coherente con su condición de derechos fundamentales a los derechos sociales colectivos de los trabajadores, cuando los mismos han colisionado con la libertad de prestación de servicios y de establecimiento en el ámbito de la UE. (Vid. STJCE 18 diciembre 2007, caso Laval, Asunto C-341/05; STJCE 3 abril 2008, Caso Rüffer, Asunto C-346/06 y STJCE 11 diciembre 2007, Caso Viking, Asunto C-438/05).

I.3.2.- Fundamento Económico

Ya hemos apuntado que los beneficios de la economía colaborativa pasan por **reducción de los costes de transacción**, facilitando la búsqueda de información a los clientes; y **el reequilibrio de las asimetrías informativas**, aumentando la fiabilidad de la información que recibe el cliente con sistemas públicos de evaluación del servicio por otros clientes.¹⁸

También hemos dicho que, en el capítulo de los costes, se dan los **costes internos**: trabajadores de transporte con medios propios, sin seguros sociales y con jornadas extenuantes para lograr una retribución digna, aumento de la siniestralidad laboral, competencia desleal con sectores regulados que ofrecen mayores cotas de seguridad, fiabilidad y unos estándares de calidad mayores en el servicio, rechazo a toda forma de sindicación, falta de negociación de condiciones e imposición unilateral de condiciones leoninas, etcétera.

Resta ahora por añadir a los supuestos en que la economía colaborativa se manifiesta como una forma de externalización productiva, **las ventajas y costes de la externalización**, nos referimos a los **supuestos de "Crowdwork"**, que ya hemos definido antes, sea *online* o *offline*.

Desde el punto de vista económico, el fundamento o razón de ser de la descentralización productiva puede sintetizarse trayendo a colación sus ventajas e inconvenientes¹⁹.

¹⁸ DOMÉNECH PASCUAL, R. " La regulación de la economía colaborativa". Revista CEF LEGAL nº 175-176, agosto-septiembre 2015. p.61-104.

¹⁹ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, Fernando. La descentralización productiva y la realidad económica Cuadernos de derecho Judicial 2000. Ed. Consejo General del Poder Judicial (p.195)

VENTAJAS:

Estratégicas: generación de ventajas competitivas, reducción de riesgos, reducción de costes a largo plazo y aumento de la flexibilidad organizativa.

Operativas: incremento de los rendimientos de los factores al ser gestionados por especialistas en cada actividad; reducción del personal fijo, lo que proporciona mayor flexibilidad laboral.

INCONVENIENTES:

Estratégicos: pérdida del control (know-how); excesiva dependencia del suministrador, exposición de información confidencial; incrementos de costes; variaciones de calidad final del producto.

Operativos: problemática de la contratación (renegociación contratos, incumplimientos), problemática derivada de la reducción de plantilla.

Partiendo de todo ello, **la justificación esencial** de la ventaja del outsourcing se basa en la importancia de concentrar los esfuerzos de la empresa en el mantenimiento y desarrollo de sus competencias básicas, liberando a la estructura de la empresa del resto de las actividades que se realizan por especialistas externos, **manteniéndose una organización ágil, ligera y adaptable a las variaciones de la demanda.**

II.- PROBLEMÁTICA LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. EL PROBLEMA DEL ENCUADRAMIENTO.

I.2.- Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Economía colaborativa.

Una vez analizado sintéticamente y acotado el fenómeno de la Economía colaborativa, corresponde ahora examinar qué problemática representa el mismo desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y la SS. O dicho de otra forma **¿tienen los prestadores de servicios unas condiciones de trabajo y protección social dignas?**

Para ello, empezaremos por recordar la importancia que tienen este tipo de empresas en relación a quienes para ellas prestan sus servicios. Así, en 2015, UBER tendría 160.000 prestadores de servicios; Taskrabbitt tiene 30.000 prestadores de servicios domésticos; o Clickworker, 700.000, todas ellas en el ámbito internacional.²⁰

²⁰ PÁRAMO MONTERO, P. "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa" Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social. nº128. 2017.p. 183-207

La problemática **laboral y de protección social que sufren estos trabajadores, es cada vez más evidente.**

Así, por ejemplo, en julio de 2017 los repartidores de Deliveroo hicieron una huelga, que fue secundada en la franja de máxima actividad de la semana; entre las 20 y las 23 horas, en la que se solicitaba que se les garantizaran al menos **20 horas semanales** de trabajo con **dos pedidos por hora**. La empresa se comprometió a realizar ciertos ajustes que favoreciesen a los repartidores, como permitirles trabajar en paralelo para otras compañías o mejorar el estatus de quienes fueran autónomos dependientes, pero no garantizó mínimos. Hasta junio de 2017 existía un pacto tácito entre Deliveroo y sus 'riders' por este volumen de trabajo, que **garantizaba 85 euros semanales** a los que reparten en bicicleta y **90 para los motoristas**. En la proyección mensual son 340 y 360 euros. El problema es que el número de repartidores creció en mayor medida que los pedidos que recibe Deliveroo, de modo que muchos pasan las horas en la calle esperando ser movilizados sin que llegue a sonar su móvil.²¹

A nivel de **organización sindical**, los trabajadores de la economía colaborativa han empezado a organizarse en España. Así, ha nacido la Plataforma Riders X Derechos, que según sus promotores, nace de la necesidad de dar a conocer y difundir el movimiento iniciado por los repartidores de Deliveroo, no como un capricho o movimiento coyuntural; sino un movimiento estructurado y con unas intenciones claras: "La mejora de las condiciones laborales de los Riders."²²

También han surgido otras iniciativas, como la organización cooperativa de los antiguos "riders", surgida del movimiento Riders x Derechos. En efecto, en Catalunya, los antiguos repartidores de Deliveroo y otras empresas similares avanzan en el proyecto de crear una empresa propia, que será una cooperativa. En estos momentos sus impulsores ultimán los trabajos de dos piezas claves del proyecto: el aplicativo informático del APP, a través del cual se podrán hacer los pedidos, y el plan de empresa, que debe prever los diferentes escenarios en el desarrollo de la sociedad.²³

La economía colaborativa plasmada en empresas de reparto o de transportes (como Deliveroo o Uber) se beneficia de un mercado laboral precarizado, con elevadas tasas de paro y poca organización. La vía para combatir esta nueva precarización del empleo pasa por la vieja receta del sindicalismo: trabajadores organizados y concienciados

²¹https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-07-02/deliveroo-riders-huelga-madrid-repartidores-comida-a-domicilio-uber-eats_1407968/

²²<https://www.facebook.com/notes/plataforma-riders-x-derechos-bcn/quines-somos-y-que-queremos-catespeng/232900457207293/>

²³<http://catalunyaplural.cat/es/cooperativa-que-preparan-los-ex-repartidores-deliveroo-distribuir-productos-economia-social/>

para luchar por sus derechos²⁴, razón por la que **el sindicalismo de clase tradicional** ha empezado a tomar cartas en el asunto, tratando de organizar a los trabajadores víctima de explotación.

Así, por ejemplo, los sindicatos CCOO y UGT en Catalunya han planteado en febrero de 2018 el problema de la economía colaborativa en la mesa de negociación con las patronales para el nuevo **Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC)**²⁵

En otros países se ha iniciado también la corriente de sindicalización de los trabajadores víctimas de la explotación en la "nueva economía", que no es tan nueva en muchos aspectos, como la precariedad y las pésimas condiciones de protección social a las que se ven sometidos.

Así, por ejemplo, un grupo de trabajadores de las aplicaciones de transporte Uber, Easy Taxi y Cabify que operan en Uruguay crearon un sindicato que se afilió a la central sindical del país, el PIT-CNT, a través de la Federación Uruguaya de Empleados de Comercio y Servicios (Fuecys)²⁶.

El sector del taxi se halla movilizado frente a Uber o Cabify²⁷, y en esa línea España ha sido ampliamente comentada la acción encabezada por la asociaciones de profesionales del Taxis, Élite Taxi de Barcelona, que ha demandado a UBER por competencia desleal (vid. STJUE 20 diciembre 2017).

Buena parte de las reivindicaciones que se promueven por los trabajadores precarios de la economía colaborativa pasan por su correcto encuadramiento, sea como trabajadores, sea como TRADE, en lugar de prestar servicios como falsos autónomos.

Por esa razón, en las próximas líneas trataremos de indagar los criterios de laboralidad seguidos por nuestros tribunales, para luego compararlos con los seguidos en USA, y los adoptados por el TJUE.

II.1.- Los criterios de distinción entre relación mercantil y laboral en la doctrina judicial española.

²⁴https://www.elconfidencial.com/economia/2017-07-16/deliveroo-falso-autonomo-precariedad-ccoo-unai-sordo-reforma-laboral_1415759/

²⁵https://www.economiadigital.es/directivos-y-empresas/los-sindicatos-catalanes-piden-regular-la-economia-colaborativa_536879_102.html

²⁶http://ecos.la/LA/8/ciencia_tecnologia/2017/09/02/16873/uber-easy-taxi-y-cabify-forman-sindicato-y-lo-presentan-el-lunes/

²⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Conflicto_entre_Uber_y_los_taxistas

La doctrina²⁸ y la jurisprudencia²⁹ confluyen al considerar que el centro de gravedad del contrato de trabajo son las notas de dependencia y ajenidad, que son las que, a la postre, con mayor frecuencia, determinan si una relación es o no laboral.

La dependencia: es una característica esencial del contrato de trabajo, consistente en que los servicios se prestan **dentro del ámbito de organización y dirección del empresario**. En virtud de la dependencia, el trabajador tiene como deber básico, cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (art.5.c) ET). Por esa razón, el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue (art.20.1 ET). El incumplimiento de este deber es determinante de despido, conforme al art.54.2b) ET, en los supuestos de indisciplina o desobediencia en el trabajo.

La doctrina judicial ha estimado que la nota de dependencia ha de ser entendida como una **sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario** necesarias para el buen desarrollo de la actividad o quehacer convenios en el vínculo contractual.³⁰

La **dependencia deslinda y distingue el contrato de trabajo del arrendamiento de servicios**. En este sentido, recuerda el TS que las normas de retribución y ajenidad son comunes al contrato de trabajo y al arrendamiento de servicios, de modo que es la dependencia, entendida como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario la nota diferenciadora entre ambos contratos.³¹

El requisito de dependencia ha venido **flexibilizándose por la doctrina judicial**, en el sentido de que no ha de entenderse por tal una «subordinación rigurosa y absoluta», sino una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial», que, v.gr. debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne.³²

Los indicios comunes de dependencia en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo³³, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones;³⁴ la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario,

²⁸ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M y AAVV. "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores". Ed. Thomson Reuters. 2010. 8ª edición pp.30-31.

²⁹ Ej. STS 10 julio 2000 (RJ 2000/8326).

³⁰ STS 1 julio 1984 (RJ 1984/4175).

³¹ STS 23 octubre 1989 (RJ 1989/7310).

³² STSJ País Vasco de 7 abril 1998 (AS 1998, 2024) y 13 noviembre 2001 (AS 2002, 1237) , Baleares 28 mayo 1998; Andalucía/Málaga 14 julio 2000 (AS 2000, 5724) y 5 octubre 2001; Cataluña 11 abril 2002 (AS 2002, 1787) y 17 septiembre 2003 (AS 2003, 3211) ; Andalucía/Sevilla 4 diciembre 2003 (AS 2003, 3638) .

³³ STS 20 septiembre 1995 (RJ 1995/6784).

³⁴ STS 28 septiembre 1987 (RJ1987/6402).

que se encarga de programar su actividad,³⁵ y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador; la exclusividad, que si bien no es requisito de la relación laboral, en tanto que un trabajador puede vincularse con varios empresarios³⁶ lo cierto es que representa un indicio de dependencia.

Ajenidad: la prestación del trabajo por cuenta de otro -la ajenidad- es un rasgo esencial, definitorio de la prestación de servicios como laboral. Por esa razón, establece la DA 1ª del ET que " *El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente*".

La ajenidad determina que **los frutos del trabajo se adquieran por el empresario**, de forma que el contrato de trabajo se configura como un modo originario de adquirir el dominio sobre los bienes por persona distinta de quien los elaboró y trabajó³⁷.

Por otro lado, la ajenidad determina **que el empresario asuma el riesgo y el beneficio propios de la actividad productiva**, que no se desplazan al trabajador³⁸. Sin perjuicio que los nuevos esquemas de la "flexiguridad", han supuesto un desplazamiento de los riesgos de la empresa al trabajador y al Estado. En efecto, la "flexiguridad" no significa otra cosa que la socialización del riesgo de pérdida de empleos, protegiendo a los trabajadores y no a sus trabajos, en un binomio en que el empleador goza de flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo y el trabajador goza de seguridad que le proporciona el sistema público de protección por desempleo.³⁹

Volviendo al tema que nos ocupa, podemos sintetizar diciendo que la nota de ajenidad se proyecta en los frutos y en los riesgos, aunque respecto de éstos de forma cada vez menos intensa.

ALARCÓN CARACUEL desarrolló el concepto de ajenidad en el mercado, primero doctrinalmente⁴⁰, y después en el conocido caso del periodista tertuliano de radio (STS 19 febrero 2014, RCU 3505/2012): " *En este caso la ajenidad se pone de manifiesto, como se ha indicado, en la participación del periodista en un programa diseñado y dirigido por la empresa de comunicación*". *En efecto, ahí se manifiesta la "ajenidad en los frutos" (es decir, en los resultados del trabajo), pero también la "ajenidad en el mercado": el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes*

³⁵ STS 8 octubre 1992 (RJ 1992/7622), STS 22 de abril 1996 (RJ 1996/3334).

³⁶ STS 11 diciembre 1989 (RJ 1989/8947).

³⁷ STS 9 octubre 1988 (RJ 1988/7552).

³⁸ SSTs 21 julio 1988 (RJ 1988/6214), 21 mayo 1990 (RJ 1990/4993) y 23 junio 1986 (RJ 1986/3701), entre otras muchas.

³⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012 de 3 de julio". Revista TEMAS LABORALES núm. 118/2013. pp. 13-50.

⁴⁰ ALARCÓN CARACUEL, MR. "La ajenidad en el mercado un criterio definitorio del contrato de trabajo". Cititas nº128. 1986".

(los oyentes de la radio: la famosa "audiencia", que es el mercado por el que compiten los diversos medios) sino a la empresa radiofónica que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado."

Este concepto se revela pionero en la difícil delimitación de la laboralidad en los nuevos supuestos de la economía colaborativa,⁴¹ donde la intermediación entre el prestador de servicios y el cliente por la plataforma colaborativa constituya, sin lugar a dudas, ajenidad en el mercado.

En fin, **indicios comunes de la nota de ajenidad son**, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados⁴²; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender⁴³; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo⁴⁴; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones⁴⁵

EL CASO DE LOS TRADUCTORES JURADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

(STS 16 noviembre 2017 RCU 2806/2015)

En este caso confluye la contratación de la Administración pública por servicios privatizados (traducción e interpretación en el ámbito de los órganos judiciales) y las plataformas digitales. En este caso, la contratista de la administración acudía a la plataforma digital para contratar servicios de traductores-intérpretes como falsos autónomos que, finalmente, son declarados laborales por los órganos jurisdiccionales, y ello a pesar de que:

- no **prestación de servicios a tiempo completo, ni constaba régimen de exclusividad.**
- **la empresa no facilitaba medios materiales a los trabajadores**
- **consta la sustitución esporádica por familiares de los trabajadores**

⁴¹ TODOLÍ SIGNES, A. "El trabajo en la economía colaborativa". Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 52 y ss.

⁴² STS de 31 de marzo de 1997 [RJ 1997, 3578].

⁴³ STS de 11 de abril de 1990 [RJ 1990, 3060], STS de 29 de diciembre de 1999 [RJ 2000, 1427].

⁴⁴ STS de 20 de septiembre de 1995.

⁴⁵ STS de 23 de octubre de 1989, STS de 9 diciembre 2004 RJ 2005\875, etc.

- gozaban de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, sin embargo si no acudían, corrían el riesgo de que no se le vuelva a llamar.

Los hechos:

De una parte, Ofilingua SL (empresa dedicada a la interpretación y traducción) y, de otra, la Delegación de Justicia y Administración Pública en Huelva, suscribieron contrato de servicios de interpretación y traducción en los procedimientos instruidos por los órganos judiciales de Huelva y la provincia. Posteriormente, el 31 de mayo de 2011, ambas partes volvieron a suscribir un contrato en términos similares al anterior, referido a la traducción e interpretación en los procedimientos penales instruidos por los órganos judiciales de Huelva. El actor y Ofilingua SL suscribieron en Granada, el 12 de febrero de 2007, un "acuerdo de colaboración y confidencialidad" en el que se pactaron las siguientes bases: El traductor prestaría sus servicios para Ofilingua "actuando por cuenta propia". El traductor se comprometía a "presentar la factura por los servicios realizados cada mes vencido adjuntando los certificados correspondientes" cuando así procediera. Como contraprestación a los servicios prestados Ofilingua se comprometía a pagar el importe de dicha factura en un plazo no superior a 90 días, mediante ingreso en cuenta bancaria. Los honorarios pactados para 2012 ascendían a 24 euros/ hora de intervención. Desde el 05.12.08 al 08.05.12, el actor ha venido prestando servicios como traductor y/o intérprete por virtud del acuerdo suscrito, constando de alta en Seguridad Social y en el Régimen de Trabajadores Autónomos desde el 01.10.09 al 31.10.09 y desde el 01.03.10 al 30.09.11 y percibiendo la prestación por desempleo desde el 06.12.08 al 30.09.09 y desde el 01.12.09 al 28.02.10. Ofilingua tiene un solo centro de trabajo en Granada y una plantilla de aproximadamente 150 trabajadores, destinados a colaborar en labores de investigación con la Policía, primordialmente en investigaciones telefónicas.

Los criterios de laboralidad:

3.- Aplicando los anteriores criterios al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, hemos de concluir, teniendo en cuenta la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores , que la relación habida entre las partes es de naturaleza laboral ya que se dan las notas de ajenidad y dependencia, como se pasa a examinar.

1º.- El actor **asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para Ofilingua SL**. Cuando es llamado por esta empresa -en los supuestos en que la Policía, la Guardia Civil o un Juzgado se han puesto en contacto con la empresa por necesitar sus servicios- se le indica lugar, día y hora a la que debe acudir, acudiendo con sus propios medios, comunicando su presencia y poniéndose a

disposición del Juez o funcionario para realizar su actividad profesional. Terminada su intervención por el señor Secretario Judicial se le expide una certificación en la que consta la fecha de la intervención, hora de inicio y fin de la misma, idioma empleado, órgano que ha precisado los servicios y número del procedimiento en el que ha precisado la asistencia.

Si bien no tiene un horario fijo, éste viene impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir.

El actor decide si acude o no a desarrollar sus servicios y, caso de que no acuda, se llama a otro.

Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar.

2º.- Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, **percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada;**

Debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que han realizado su actividad, percibiendo una cantidad fija por hora trabajada -24 €/ hora-, habiendo percibido desde junio de 2011 a mayo de 2012 un promedio de 67,54 € diarios.

3º.- **No consta que el actor tuviera algún tipo de estructura empresarial** sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada.

4º.- **No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad.**

5º.-**Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor** ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.

6º.- Como señala la doctrina de esta Sala - STS de 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 1312), recurso 582/1999 - **la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación.**

Los TRADE:

No puede olvidarse existen trabajadores dependientes económicamente (TRADE), que se excluyen de la relación laboral, y se conceptúan como "autónomos" (art.11-18 Ley 20/2007, de 11 de julio). Categoría ciertamente polémica, que el legislador consideró oportuno incluir estimando que se trataba de una realidad social que exigía regulación y que agrupaba al colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollaban su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata.

El art.11 de la Ley 20/07 define los TRADE como aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

Sin embargo, **el tiempo ha revelado fracaso de la figura del TRADE**, a juzgar por las propias estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad social, cerradas a 2017, donde consta que al tercer trimestre **sólo 9.991 engrosan las filas de dicha categoría; probablemente porque en la mayor parte de los casos se trata de falsos autónomos a quienes no les interesa declararse económicamente dependientes.**

A ello ha contribuido, indudablemente, la doctrina judicial del TS; iniciada por la STJ 11 julio 2011 (RCUD 3956/2010)⁴⁶, en que se concluyó que la comunicación a la empresa cliente de la condición de dependencia constituye un requisito «ad solemnitatem» para la existencia del contrato, por lo que la falta del mismo determina su inexistencia y, por tanto, la incompetencia de la jurisdicción laboral para entrar a conocer el cese de la relación mantenida entre ambas partes⁴⁷.

A dicho parecer mayoritario se opuso un voto particular de la Magistrada Excm.a Sra. Rosa María Virolés, que con la perspectiva que nos da el tiempo podemos concluir que fue plenamente acertado y que auguraba lo que ha terminado pasando. En el mismo se advertía -en síntesis- que ni en el artículo 12 de la Ley 20/2007 ni en ninguna otra disposición de la LETA se dice que el incumplimiento de los requisitos de forma regulados en dicho precepto tenga otro efecto distinto al previsto en el artículo 1279 del Código Civil, ni mucho menos la nulidad del contrato, por lo que, en ausencia de disposición expresa, han de jugar con carácter supletorio las normas del Código Civil anteriormente expresadas. No ha de olvidarse que el artículo 3 de la Ley 20/2007, al establecer el orden de fuentes normativas reguladoras del régimen profesional del trabajador autónomo, se nos dice que en defecto de las disposiciones contempladas en la propia Ley 20/2007, rige la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación

⁴⁶ STS de 11/7/2011 (RJ 2011, 6391) (RCUD 3956/2010), seguida de otras posteriores (dos de 12/7/2011 - RCUD 3258/2010 (RJ 2011, 6397) y 3706/2010 (RJ 2011, 6394) - y una de 24/11/2011 (RJ 2012, 1472), RCUD 1007/2011),

⁴⁷ STS 11 julio 2011 F. 4 " Distinto es el caso de la exigencia de comunicación que establece el art. 12.2 LETA, a tenor del cual "el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto". Esta ya no es una exigencia formal, sino que se relaciona con el necesario conocimiento por el empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica. Esa situación normalmente sólo será conocida por el trabajador autónomo, pues es él quien tiene la información sobre los clientes para los que presta servicios y sobre los ingresos que percibe de ellos. Por el contrario, sin el conocimiento de ese dato el cliente que concierta un contrato puede estar asumiendo un contrato de trabajo autónomo dependiente cuando en realidad su intención es la de establecer un contrato civil o mercantil de régimen común con un trabajador autónomo ordinario. Por ello, la comunicación de la situación de dependencia es un requisito para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece. Hay en este sentido una confusión en la sentencia de contraste cuando señala que el régimen legal previsto para los trabajadores autónomos dependientes carecería de virtualidad, si quedara a voluntad de las partes su aplicación. No es así. La aplicación del régimen legal es, desde luego, obligatoria cuando se dan las condiciones necesarias para ello. Pero la suscripción del contrato no lo es. El trabajador autónomo y su cliente tienen que conocer la naturaleza del contrato que suscriben y el cliente tiene que saber que está contratando un servicio que se presta en una situación de dependencia económica. De ahí que el trabajador tenga la obligación de informar de esta circunstancia o la carga de probar, en su caso, que el cliente la conocía al contratar. Si conociendo esta circunstancia se contrata, el régimen legal será aplicable, aunque trate de excluirse por las partes o a través de las cláusulas del acuerdo pactado. La ley lo que pretende es garantizar el conocimiento del cliente sobre las condiciones en las que contrata.

jurídica del trabajador autónomo. Se añadía que en aquellos supuestos en los que la Ley exige un requisito de forma "ad solemnitatem" y no meramente "ad probationem", como ocurre en el artículo 1280 del Código Civil, la consecuencia de su incumplimiento es la nulidad del contrato, haciendo inexigibles las prestaciones del mismo y obligando a las partes a la restitución, conforme al artículo 1303 del Código Civil. Y se concluía que *"no existe amparo normativo para pretender que la forma o su ausencia, en un caso como el aquí analizado, sea determinante de la aplicación al contrato de uno u otro régimen jurídico (el del trabajador autónomo económicamente ordinario o el del trabajador autónomo ordinario), esto es, incluso si la forma se entendiese como requisito constitutivo del contrato, la consecuencia sería la nulidad del mismo, no la aplicación de un régimen jurídico distinto. Para llegar a concluir que la forma es requisito constitutivo y que su falta determina la aplicación del régimen jurídico propio del trabajador autónomo ordinario es preciso hacer una interpretación creativa de la norma que haga decir a la misma lo que en ninguna parte dice, siendo además contrario al régimen general de los contratos regulado en el Código Civil"*.

Compartimos absolutamente la conclusión alcanzada por el voto particular, que pone el acento en el formalismo de la postura mayoritaria, que ha permitido que sólo existan TRADES únicamente ahí donde le interese a la empresa contratante del mismo, y que en el resto de casos se acuda al falso autónomo, cuya dependencia casi exclusiva del cliente le impide accionar para su correcto encuadramiento, pues su acción estará abocada inexorablemente al fracaso, ya que en el momento en que comunique su condición de TRADE al cliente éste optará por terminar la relación existente.

II.2.- TEST DE LABORALIDAD: Factores económicos indicativos de la naturaleza laboral o autónoma de los servicios del Departamento de Trabajo de USA de 2015 ⁴⁸; la Unión Europea y otros test de laboralidad.

ESTADOS UNIDOS

El debate sobre laboralidad de los y las chóferes UBER no es cuestión nueva, pues ya fue objeto de polémica en California, donde la California Labor Commission resolvió que Uber driver es un empleador⁴⁹, tras la denuncia interpuesta por **Barbara Ann Berwick**, si bien la propia Comisión tenía precedentes que apuntaban en sentido contrario.

El debate en el caso Berwick es muy parecido al que estamos observando en España⁵⁰. Uber aducía que era una plataforma tecnológica para *smart phones* que se limita a poner en contacto propietarios de vehículos con pasajeros; que no tenían ningún

⁴⁸ Puede consultarse en https://www.blr.com/html_email/AI2015-1.pdf

⁴⁹ <http://www.businessinsider.com/california-labor-commission-rules-uber-drivers-are-employees-2015-6>

⁵⁰ GUTIÉRREZ ARRANZ, R. " Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EEUU". Revista Española de Derecho del Trabajo 2016. nº 187, mayo.

control sobre las horas de conducción de quien pone a su disposición ese servicio; que no se exige a los conductores un número mínimo de viajes.

No obstante si el conductor está inactivo durante 180 días, la aplicación caduca y permanece inactiva hasta que el conductor solicita la reactivación.

El Tribunal de California se basa en el precedente **S.G Borello & Sons, INc. vs. Department of Industrial relations** de 1989, en que la Corte Suprema de California, en la que se estableció el uso del "test" (Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc. (9th Cir. 1979) 603 F.2d 748, 754 [Fair Labor Standards Act].), que luego se recogerá por la Administración Laboral

-si los servicios prestado casan con lo que es el negocio en sí o es una actividad distinta a la principal de la empresa.

-quién provee las herramientas, y demás utensilios, y dónde se presta el trabajo.

-si los servicios exigen especial destreza o habilidad.

-si en la localidad el trabajo se hace generalmente bajo la dirección de alguien o por un especialista sin supervisión.

-si la actividad se presta para obtener un beneficio o una pérdida en función de la propia gestión que haga de su trabajo.

-la extensión en el tiempo que dura la prestación de servicios.

-el grado de permanencia de la relación entre las partes.

-el método de pago (por tiempo o por trabajo).

-la naturaleza que le asignen las partes a la relación (no es determinante, pero sí indiciario).

Otro precedente fue el **Yellow Cab cooperativ v.s Workers Compensation Appels Board** (1991). El Tribunal concluyó que aunque alguno de los factores pudiera indicar que se trataba de trabajadores independientes, el dato determinante es que las personas que desarrollan el trabajo no realizan otras actividades o tienen otros negocios con terceros distintos a los demandados. Al contrario, el trabajo que hacen para el demandado es precisamente la base en que se asienta su negocio. El demandado consigue clientes que necesitan un reparto y para ello provee los conductores que lo hacen en su nombre. Además, aunque es cierto que no hay un control sobre lo que son los detalles de la actividad, **para entender que hay relación empleador empleado**

es suficiente con un control global general (*pervasive*) sobre la operación en su conjunto.

En ese caso, el Tribunal consideró que es suficiente el dato de que al obtener los clientes que necesitaban de los servicios que daba esa compañía y facilitar a los trabajadores para llevarlo a cabo, el demandado mantuvo todo el control necesario considerado en su conjunto. Partiendo de ese dato central "el control necesario", concluye que quien tiene la carga de probar que las personas de cuyos servicios eran autónomos era la empresa porque los trabajadores gozan de una "*preumption of employment*".⁵¹

En julio de 2015, el United States Department of Labor emite el **criterio administrativo (Administrator's Interpretation nº 2015-1)**⁵², que tiene por objeto la aplicación del estándar la "Fair Labor Standards Act", conocido como "*suffer o permit*" en la identificación de empleados que están mal encuadrados como falsos autónomos. Se trata de una técnica indiciaria que supone la consideración de una serie de factores en cada caso, que no pueden aplicarse mecánicamente sino que son solo una herramienta para entender cada caso en concreto si nos hallamos ante un trabajador o un autónomo.

Este test, que podríamos traducir como "**Guía de Factores económicos indicativos de la naturaleza laboral o autónoma de los servicios**"

A. ¿Es el trabajo una parte integrante del negocio del empleador?⁵³

Un auténtico autónomo no suele prestar servicios que constituyan el negocio de quien le contrata.

El criterio permite determinar que no hay autonomía en aquellos supuestos en que el servicio en cuestión se presta por cientos de trabajadores. Por ejemplo, un trabajador que contesta llamadas en un *call center* con otros trabajadores está desarrollando un servicio que es parte integrante del negocio de *call center* de su empleador.

Por ejemplo, un servicio de carpintería es parte integrante de una constructora de viviendas, pero el diseño de software de contabilidad o de nóminas no es parte integrante del negocio de la empleadora, por lo que el carpintero es más probable que sea trabajador y el ingeniero informático autónomo.

⁵¹ GUTIÉRREZ ARRANZ, R. " Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EEUU". Revista Española de Derecho del Trabajo 2016. nº 187, mayo.

⁵² https://www.blr.com/html_email/AI2015-1.pdf

⁵³ Rutherford, 331 U.S. at 729 (workers were employees in part because work was "part of the integrated unit of production"); Donovan v. DialAmerica Mktg., Inc., 757 F.2d 1376, 1385 (3d Cir. 1985)

B. ¿La habilidad gerencial del trabajador afecta su oportunidad de obtener ganancias o pérdidas?⁵⁴

La asunción de las pérdidas y beneficios, en definitiva, del riesgo de la empresa es algo característico del autónomo. Las decisiones de contratar trabajadores, proveerse de materiales y herramientas, alquilar locales, disponer de planificación de tiempos, etc. suelen reflejar habilidades de dirección que afectan a la oportunidad de obtener beneficios o pérdidas.

Hay que enfatizar que la disponibilidad para trabajar más o menos horas no tiene nada que ver con las habilidades gerenciales, y esa disponibilidad no puede ser un criterio distintivo entre autónomo o trabajador. Al contrario, un trabajador, no diseña sus rutas, ni decide adquirir materiales, ni nada parecido que esté relacionado con un trabajo autónomo⁵⁵.

Por ejemplo, en los servicios de limpieza para empresas:

Un trabajador proporciona servicios de limpieza para empresas. La relación es laboral si el trabajador realiza tareas solo según lo determine una compañía de limpieza; él no programa de forma independiente las asignaciones de clientes, no solicita trabajo adicional de otros clientes, no anuncia sus servicios ni se esfuerza por reducir los costos. Si el trabajador acepta regularmente trabajar horas adicionales en cualquier momento para ganar más, en este escenario, el trabajador no ejerce una habilidad gerencial que afecta su ganancia o pérdida. Al contrario, sus ganancias pueden variar en función del trabajo disponible y su disposición a trabajar más. Esta **falta de habilidad gerencial es indicativa de una relación laboral** entre el trabajador y la empresa de limpieza.

En contraste, un trabajador proporciona servicios de limpieza para clientes corporativos, produce publicidad, negocia contratos, decide qué trabajos realizar y cuándo realizarlos, decide contratar ayudantes para ayudar con el trabajo y recluta nuevos clientes. **Este trabajador ejerce una habilidad gerencial que afecta su oportunidad de ganancia y pérdida, lo cual es indicativo de un contratista independiente o autónomo.**

C. ¿Cómo se compara la inversión relativa del trabajador con la inversión del empleador?

Los tribunales también consideran la **naturaleza y el alcance de las inversiones relativas del empleador y del trabajador** para determinar si el trabajador es un autónomo que

⁵⁴ Scantland, 721 F.3d at 1316-17

⁵⁵ Vid. también: Cascom, 2011 WL 10501391 ; Scantland, 721 F.3d at 1317 Martin v. Selker Bros., Inc., 949 F.2d 1286, 1294 (3d Cir. 1991)

realiza negocios por sí mismo. El trabajador debería hacer alguna inversión (y por lo tanto asumir al menos algún riesgo de pérdida) para que haya una indicación de que él o ella es un negocio independiente. Un contratista independiente generalmente realiza inversiones que respaldan a un negocio como un negocio más allá de cualquier trabajo en particular. La inversión de un verdadero contratista independiente podría, por ejemplo, aumentar la capacidad del negocio para expandirse, reducir su estructura de costos o ampliar el alcance del mercado del contratista independiente.

En este sentido hay que tener en cuenta que invertir en equipo y herramientas no supone necesariamente un indicador de que se trate de un autónomo⁵⁶.

Lo importante es la **inversión desde una perspectiva comparada.**

Siguiendo con el ejemplo de la limpieza:

Un trabajador que proporciona servicios de limpieza y firma un contrato que establece que es un contratista independiente. La compañía le proporciona un seguro, un vehículo para usar y todo el equipo y los suministros para el trabajador. La compañía invierte en publicidad y en encontrar clientes. El trabajador ocasionalmente trae sus propios suministros de limpieza preferidos para ciertos trabajos. En este escenario, **la inversión relativa del trabajador en comparación con la inversión del empleador es indicativa de una relación laboral entre el trabajador y la empresa de limpieza.** La inversión del trabajador en los suministros de limpieza hace poco para promover un negocio más allá de ese trabajo en particular.

Al contrario, un trabajador que proporciona servicios de limpieza recibe ofertas y, en ocasiones, trabaja para una empresa de limpieza local. El trabajador invierte en un vehículo que no es adecuado para uso personal y lo utiliza para viajar a varios lugares de trabajo. El trabajador alquila su propio espacio para almacenar el vehículo y los materiales. El trabajador también anuncia y comercializa sus servicios y contrata a un ayudante para trabajos más grandes. El trabajador regularmente compra material y equipo para proporcionar servicios de limpieza y trae su propio equipo (aspiradora, fregona, escoba, etc.) y productos de limpieza a cada sitio de trabajo. Su nivel de inversiones es similar a las inversiones de la compañía de limpieza local para quien a veces trabaja. **Este tipo de inversiones puede ser indicativo de un contratista independiente.**

D. ¿El trabajo realizado requiere habilidades especiales e iniciativa?

Son las habilidades de negocio, decisión e iniciativa, y no las habilidades técnicas, lo que ayuda a determinar si nos hallamos ante un autónomo o un trabajador.

⁵⁶ Snell, 875 F.2d at 810 (citing cases); Lauritzen, 835 F.2d at 1537.

El hecho de que el trabajador esté cualificado no indica por sí mismo que se trate de un autónomo, ni siquiera en el caso de cualificaciones especializadas.⁵⁷

Por ejemplo: un carpintero altamente cualificado presta sus servicios para una empresa de construcción; sin embargo, sus habilidades no se ejercen de manera independiente. Por ejemplo, el carpintero no adopta decisiones independientes en el puesto de trabajo más allá del trabajo que está haciendo en sí; no determina la secuencia u orden de trabajo, no pide materiales adicionales, ni piensa en hacer una oferta para el próximo trabajo, sino que se le dice qué trabajo realizar y dónde. En este escenario, el carpintero, aunque técnicamente esté altamente capacitado, **no está demostrando la habilidad e iniciativa de un contratista independiente** (como las habilidades gerenciales y de negocios). Él simplemente está proporcionando su mano de obra cualificada.

Por el contrario, un carpintero altamente cualificado que presta sus servicios para una variedad de compañías constructoras de áreas diversas, por ejemplo, armarios hechos a medida, puede demostrar la habilidad y la iniciativa de un contratista independiente si los ofrece en el mercado sus servicios, determina cuándo ordenar los materiales y la cantidad de materiales para ordenar, y determina qué pedidos completar.

E. ¿La relación entre el trabajador y el empleador es permanente o indefinida?

El **carácter permanente o indefinido** de la relación entre trabajador y empleador **sugiere que el trabajador lo es por cuenta ajena**. Incluso si la relación de servicios dura semanas o meses, en lugar de años, puede apreciarse cierta permanencia o indefinición en comparación con un autónomo, que normalmente trabaja en un proyecto para un empleador y no lo hace necesariamente para el mismo ni de forma continua.⁵⁸

Sin embargo, la falta de permanencia o indefinición no sugiere automáticamente que nos hallemos ante un autónomo, y la razón de esta falta de permanencia o indefinición debería observarse cuidadosamente para determinar si la razón es indicativa de que el trabajador está desarrollando un trabajo autónomo.

La clave está en si la falta de permanencia o indefinición se debe a "características operacionales intrínsecas a la industria " (por ejemplo empleadores que acuden a trabajadores a tiempo parcial o a empresas de cesión de trabajadores), o se debe a la propia iniciativa de negocio del trabajador

Por ejemplo: Un editor ha trabajado para una empresa editorial durante varios años. Sus ediciones se completan de acuerdo con las especificaciones de la editorial,

⁵⁷ Superior Care, 840 F.2d at 1060.

⁵⁸ DialAmerica Mktg., 757 F.2d at 1384-85

utilizando su software. Sólo edita libros proporcionados por la editorial. Este **escenario indica una permanencia en la relación entre el editor y la editorial que es indicativa de una relación laboral.**

Otro editor ha trabajado intermitentemente con quince editoriales diferentes en los últimos años. Comercializa sus servicios a numerosas editoriales; negocia las tarifas para cada trabajo de edición y rechaza el trabajo por cualquier motivo, incluso porque está demasiado ocupado con otros trabajos de edición. Esta falta de permanencia en una editorial es indicativa de una relación de contratista independiente.

F. ¿Cuál es la naturaleza y el grado del control del empleador?

El trabajador ha de controlar los aspectos significativos de su prestación de servicios, de forma que pueda verse como una persona que lleva su propio negocio. El control solo es significativo cuando evidencia que un individuo ejerce tal control sobre una parte significativa del negocio que esta representa una entidad económica separada ⁵⁹

Este control sobre aspectos significativos ha de ser algo más que teórico para que estemos ante un autónomo, debe ser un control que se ejercite en realidad.

Por ejemplo, la falta de control de un empleador sobre los trabajadores no es particularmente importante si los trabajadores trabajan desde casa o fuera del centro de trabajo.

El hecho de que los trabajadores puedan determinar las horas durante las que trabajaban y que estén sujetos a poca supervisión directa, no es algo determinante del carácter autónomo de la relación, porque tales hechos son típicos de los trabajadores a domicilio y por lo tanto insignificantes para determinar la naturaleza laboral o autónoma de la relación.

Gráficamente se afirma en *Superior Care*, 840 F.2d at 1060 que "***Un empleador no necesita mirar sobre los hombros de sus trabajadores todos los días para ejercer control***"; Además, el control de los trabajadores sobre las horas que trabajan no es indicativo de la condición de contratista independiente. Véase, por ejemplo, Snell, 875 F.2d en 806 ("*Por supuesto, la flexibilidad en los horarios de trabajo es común para muchas empresas y no es significativa en sí misma*"); *Doty v. Elías*, 733 F.2d 720, 723 (10º Cir. 1984) ("*Un horario de trabajo relativamente flexible por sí solo no hace que un individuo sea un autónomo en lugar de un empleado* ").

Los avances tecnológicos y los mecanismos de monitoreo mejorados pueden alentar a las empresas a involucrar a los trabajadores, no como empleados, sobre los que se mantiene un control estricto de los aspectos del trabajo, como sus horarios, la forma

⁵⁹ See Scantland, 721 F.3d at 1313

en que se visten o las tareas que llevan a cabo. Algunos empleadores afirman que el control que ejercen sobre los trabajadores se debe a la naturaleza de su negocio, los requisitos normativos o el deseo de garantizar que sus clientes estén satisfechos. Sin embargo, el control ejercido sobre un trabajador, incluso por alguna o todas esas razones, es indicativo de que el trabajador es un empleado.

Para concluir, el factor "control" no debería desempeñar un papel sobredimensionado en el análisis de si el trabajador es autónomo o por cuenta ajena.. Todos los factores relevantes deben tomarse en consideración, y los casos no deben evaluarse basándose únicamente en el factor "control".

Por ejemplo: una enfermera titulada que presta atención de enfermería especializada en hogares de ancianos figura en el Registro Beta Nurse para que coincida con los clientes. El registro entrevistó a la enfermera antes de unirse al registro y también requirió que la enfermera se sometiera a una capacitación de varios días presentada por Beta. Beta envía a la enfermera un listado cada semana con clientes potenciales y requiere que la enfermera complete un formulario con Beta antes de contactar a los clientes. Beta también requiere que la enfermera se adhiera a un cierto rango de salario y la enfermera no puede brindar atención durante las horas del fin de semana. La enfermera debe informar a Beta si es contratada por un cliente y debe ponerse en contacto con Beta si se perderá el trabajo programado con cualquier cliente. En este escenario, **el grado de control ejercido por el registro es indicativo de una relación laboral.**

Otra enfermera registrada que brinda atención de enfermería especializada en hogares de ancianos figura en la lista del Registro de Enfermeras de Jones con el fin de que coincida con los clientes. El registro envía a la enfermera un listado cada semana con clientes potenciales. La enfermera es libre de llamar a tantos o tan pocos clientes potenciales como lo desee y trabajar para tantos como lo desee; la enfermera también negocia su propio salario y programa con el cliente. En este escenario, el grado de control ejercido por el registro **no es indicativo de una relación laboral.**

UNIÓN EUROPEA

En la UE no existe una definición de trabajador por cuenta ajena que sea de general y obligada aplicación en todos los Estados miembros. Corresponde a los Estados miembros decidir quién tiene tal consideración. Ahora bien, ello no excluye que en las numerosas normas de derecho social, como la libertad de circulación de trabajadores del art.45 del TFUE, o la normativa sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88); sobre despidos colectivos (Directiva 98/59), sobre Seguridad Social de Trabajadores Migrantes (Reglamentos 883/2004 y 987/2009) etc; el concepto de trabajador sea necesario para determinar su ámbito de aplicación subjetivo.

Por ello, en el ámbito de las competencias de la UE, el término «trabajador» tiene un significado en Derecho de la UE y no puede estar sujeto a definiciones nacionales⁶⁰; ni interpretarse restrictivamente⁶¹. Abarca a cualquier persona que realice un trabajo real y efectivo, bajo la dirección de otra persona, y por el que se le paga⁶²

En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CESE y al Comité de las Regiones sobre la reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes, hecha el 13/07/10 en Bruselas (COM (2010) 373 final), se contienen una serie de criterios que configuran la noción comunitaria de trabajador a los efectos del derecho más importante en el marco de las competencias de la UE, que es la libre circulación.

El TJCE ha definido el concepto de trabajador a los efectos de libre circulación de trabajadores, diciendo que " el concepto debe definirse siguiendo **criterios objetivos que caracterizan la relación laboral atendiendo a los derechos y deberes de las personas interesadas y que la característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución.** " (STJCE 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85; STJCE 31 mayo 1981, Caso Bettray. Asunto C-344/87, etc.).

En este punto hay que recordar que **el concepto de "trabajador", en el ámbito comunitario es mucho más amplio que el sostenido por el derecho interno.**

Ello es así porque la naturaleza de la relación jurídica entre el trabajador y el empresario no tiene consecuencia alguna para determinar la condición de trabajador del primero: la definición abarca la función pública (funcionarios y trabajadores del sector público con una relación laboral conforme al Derecho público) y los contratos de Derecho privado (incluidos los del sector público) (STJCE 12 febrero 1974, Caso Sotgiu, Asunto C-152/73) una persona con un contrato ocasional, como un contrato de trabajo de carácter discontinuo (STJCE 26 febrero 1992. Caso Raulin. Asunto C-357/89), también entraría dentro de la definición de trabajador, a condición de que las actividades que realice sean reales y efectivas y cumplan las demás condiciones de la definición de la UE.

Los caracteres de la relación laboral son, por tanto, los que siguen:

Remuneración

⁶⁰ STJCE 19 de marzo de 1964. Caso M.K.H. Unger, esposa de R. Hoekstra contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten te Utrecht

⁶¹ STJCE 5 de diciembre de 1963. Caso Lemmerz-Werke GmbH y otros contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Asuntos acumulados 53 y 54-63

⁶² STJCE de 3 de julio de 1986. Caso Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg. Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht - Alemania. Trabajador - Profesor en período de prácticas. Asunto 66/85.

De conformidad con el Derecho de la UE, un trabajador debe percibir una remuneración a cambio de sus servicios. El hecho de que sus ingresos sean limitados, incluso inferiores al SMI no impide que se considere que una persona es un trabajador⁶³, y las prestaciones en especie también se consideran una remuneración.⁶⁴ Solo queda excluido el trabajo voluntario sin ningún tipo de remuneración.

Subordinación

Una relación de subordinación permite distinguir entre trabajadores y autónomos. El trabajo con una relación de subordinación se caracteriza por que **el empresario determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales (STJCE 20 noviembre 2001, Caso Malgorzata, Asunto C-268/99)**. En efecto, sostiene el TJCE que "Como la característica esencial de una relación laboral en el sentido del artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) es la circunstancia de que una persona realiza, durante un período de tiempo determinado, **en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración**, ha de calificarse de actividad no asalariada en el sentido del artículo 52 del Tratado la actividad que una persona ejerce sin que exista relación de subordinación (véase STJCE 27 de junio de 1996, Caso Asscher, Asunto C-107/94, Rec. p. I-3089, apartados 25 y 26).

Los autónomos realizan tareas bajo su propia responsabilidad y, por tanto, pueden ser responsables de los daños que causen, ya que soportan el riesgo económico de la empresa (STJCE 14 diciembre 1989, Caso The Queen, Asunto C-3/87) por ejemplo en la medida en que su beneficio depende de los gastos en personal y equipos, relacionados con su actividad (STJCE 25 junio 1981, Caso Ayuntamiento de Sevilla, Asunto C-202/90).

Trabajo real y efectivo

El criterio clave para decidir si una persona es un trabajador es la propia naturaleza del trabajo. El TJ ha sostenido de forma coherente que una persona debe llevar a cabo una actividad de valor económico, que sea real y efectiva, exceptuando las actividades que se lleven a cabo a una escala tan pequeña que puedan considerarse meramente marginales y accesorias (STJCE 23 marzo 1982. Caso Levin. Asunto C -53/81).

La breve duración del empleo, **la escasez de horas de trabajo o una baja productividad (STJCE 31 mayo 1981, Caso Bettray. Asunto C-344/87) no pueden impedir que un ciudadano de la UE sea considerado trabajador migrante de la UE.**

⁶³ STJCE 23 marzo 1982. Caso Levin. Asunto C-53/81)⁶³ y STJCE 3 junio 1986, Caso Kempf, Asunto C-139/85.

⁶⁴ STJCE 5 octubre 1988. Caso Steymann, Asunto C-196/87 y STJCE 7 septiembre 2004, Caso Trojani, Asunto C-456/02.

Deben tomarse en consideración todas las circunstancias del asunto que tengan relación con la naturaleza tanto de las actividades de que se trata como de la relación de empleo en cuestión (Auto TJCE 12 septiembre 2002. Asunto C-413/01).

Los trabajadores a tiempo parcial (STJCE 23 marzo 1982). Caso Levin. Asunto C -53/81), **las personas en prácticas** (STJCE 17 marzo 2005. Caso Kranemann. Asunto 109/04) y **los *au pair*** (STJCE 4 octubre 2007. Caso Polat, Asunto C-394/06), entran dentro de la definición de la UE de trabajador si su actividad es real y efectiva.

En el caso de una formación de breve duración, el número de horas necesarias para familiarizarse con una tarea (STJCE 26 febrero 1991. Caso Bernini. Asunto C-3/90); y un aumento gradual de la remuneración durante dicha formación puede indicar que el trabajo realizado tiene un valor económico creciente para el empresario (STJC 19 noviembre 2002. Caso Kurz. C-188 /00). No se debe tener en cuenta la breve duración del empleo respecto al tiempo total de estancia de la persona de que se trate en el Estado miembro de acogida (STJCE 6 noviembre 2003. Caso Ninni-Orasche. Asunto C-413/01).

OTROS TESTS DE LABORALIDAD

Entre nosotros/as la doctrina ha desarrollado otros test para identificar cuándo una prestación de servicios es laboral y cuando se trata de servicios autónomos en el ámbito de la Economía colaborativa. Así, por ejemplo TODOLÍ⁶⁵, con criterios prácticamente coincidentes con el "*suffer or permit standard*", ha sido seguido por otros autores⁶⁶ que sintetizan el test en los siguientes puntos:

1) Nuevas formas de control y control necesario: en particular el control derivado de las encuestas de los usuarios de los servicios, los estándares mínimos de calidad de la prestación de servicios (antigüedad máxima del vehículo),

El **control** no ha de ser un control exhaustivo, sino que basta que sea suficiente para que el empresario pueda ejercerlo de forma efectiva, conectándose con las instrucciones o "recomendaciones" necesarias para los prestadores de servicios que el empresario puede modificar, generalmente a través de la variación o "actualización" de la "*app*".

Este criterio se corresponde con el "F" del "*suffer or permit*"

⁶⁵ TODOLÍ SIGNES, A. "El trabajo en la era de la economía colaborativa" .Ed. Tirant Lo Blanch. nº 239

⁶⁶ GUADALUPE HERNÁNDEZ, H. "Nuevas formas complejas de empresa: su problemática laboral, las empresas multiservicios y las plataformas colaborativas, así como de las clásicas: grupos de empresas, contratas y empresas aparentes. Revista Actum Social nº 131, Monográfico 2018. p.46-68.

2) **Desequilibrio del poder negociador:** se defiende en este punto que allí donde no hay igualdad en la negociación del a prestación de los servicios debe defenderse la laboralidad de la prestación.

3) **Integración en una organización ajena y prestación de servicios bajo una marca:** Quien se integra en una organización ajena no puede considerarse autónomo, sino trabajador. Se corresponden ambos factores con el criterio "A" del "*suffer or permit*" puesto que el servicio que presta el trabajador se integra en el negocio del empleador, que es quien lo organiza y la marca es la expresión pública del producto, que es el resultado de la actividad organizada por el empleador.

4) **Falta de oportunidades empresariales:** se da cuando el "know-how" lo aporta la empresa en forma de recomendaciones e instrucciones que el prestador de servicio ha de seguir. De esta forma, el prestador de servicios no puede aumentar sus oportunidades de negocio, sino sólo ofertar más tiempo o más servicios, lo cual no enerva la dependencia. Este criterio se corresponde con el "B" y "D" del "*suffer or permit*"; puesto que la habilidad gerencial del trabajador afecta su oportunidad de obtener ganancias o pérdidas y, por otro lado, el servicio que suele prestar el trabajador no exige de habilidades especiales e iniciativa

5) **Pertenencia de los medios de producción a la plataforma:** En este punto lo verdaderos medios de producción son los tecnológicos, que son los verdaderamente costosOS y, sobre todo, los que confieren un control sobre el proceso productivo, pues quien dispone de ellos posee la información esencial (clientes y prestadores), de forma que se interpone entre ambos de forma determinante. Este criterio se corresponde con el "C" del *suffer o permit*, puesto que la importancia de la inversión relativa es mayor en quien posee la tecnología que en quien presta el servicio con herramientas o medios fungibles (vehículo, bicicleta, instrumentos de limpieza, etc.).

Como puede observarse estos nuevos test de laboralidad tienen como **novedad el desequilibrio de poder negociador entre las partes, pero en lo fundamental giran en torno a los mismos indicios de laboralidad.**

II.3.-Los caso(s) Uber

UBER ANTE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LOS TRIBUNALES

El problema de la laboralidad de los conductores de UBER ya surgió en EEUU en 2016⁶⁷ cuando la compañía acordó pagar 385.000 conductores de los estados de Nueva York y Connecticut unos cien millones de dólares a cambio de la retirada de las

⁶⁷<https://www.nytimes.com/es/2016/04/22/los-conductores-de-uber-deben-ser-empleados-o-trabajadores-independientes/>

demandas que le exigían el reconocimiento de la relación laboral. Algo difícilmente admisible en España⁶⁸.

En Catalunya, la Inspección de Trabajo ya concluyó en junio de 2015⁶⁹ que la relación jurídica que une a todos los conductores con Uber no puede ser calificada de arrendamiento de servicios sino de relación laboral", según un informe con fecha del 19 de marzo.

Algunos supuestos ya han llegado a los tribunales, en forma de procedimientos de oficio.

Por ejemplo, en la STSJ Catalunya núm. 3920/2017 de 16 junio. JUR 2017\267001, que confirma la declaración de laboralidad de 4 trabajadores con UBER SYSTEMS SPAIN SL, efectuada por el juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona, que partía de un acta de la ITSS que se levantó por falta de afiliación o alta con liquidación de cuotas.

UBER Y LA COMPETENCIA DESLEAL

El conocido más popularmente y recientemente como caso "Uber", fue resuelto por la STJUE 20 diciembre 2017 C-435/15. Caso asociación Profesional Elite Taxi y Uber Systems Spain SI⁷⁰. No se trataba de una cuestión laboral, sino de competencia desleal, sin perjuicio de lo cual, su análisis nos dará pie a extraer las consecuencias laborales que del mismo se desprenden.

Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, en el seno de un juicio ordinario iniciado por demanda de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL ÉLITE TAXI; en cuyo escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se condenara a la entidad mercantil UBER SYSTEMS SPAIN S.L. y se realizaran los siguientes pronunciamientos: (1) Que se declare como actos de competencia desleal por violación de normas y actos de engaño, la actividad que desarrolla UBER SYSTEMS SPAIN S.L.;

(2) Que se condene a la demandada a cesar en su conducta desleal consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios *on demand* de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por internet siempre y cuando ello esté directa o indirectamente vinculado con el uso de la plataforma digital UBER en España, así como la prohibición de su reiteración futura;

⁶⁸ ACEBO &POMBO. Puede consultarse en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/uber-y-sus-conductores-autonomos-o-trabajadores.pdf>

⁶⁹ https://elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html

⁷⁰ (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=e&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=366293>)

La parte actora considera que la falta de licencias, autorizaciones y credenciales de la entidad demandada supone una vulneración de las normas reguladoras de la competencia en España, concretamente de la Ley de Competencia Desleal - Ley 3/1991 de 10 de enero -, por infracción de los artículos 15 [violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, prevaliéndose por medio de esa infracción de una ventaja competitiva en el mercado], 5 [actos de engaño, pues traslada al usuario la falsa imagen de que el servicio que presta es legal] y 4 [invocación a las exigencias de comportamiento profesional, conforme a las reglas de la buena fe].

La cuestión prejudicial se planteó para comprobar si las prácticas de Uber Systems Spain y las sociedades vinculadas a ella pueden calificarse de desleales e incumplir la normativa española en materia de competencia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona consideró necesario que se dilucidase si Uber debe disponer de una autorización administrativa previa. A tal fin, a su juicio, ha de determinarse si los servicios prestados por UBER deben considerarse servicios de transporte (Directiva 2006/123 y Directiva 98/34); o bien como servicios propios de la sociedad de la información (Directiva 2000/31/CE) o una combinación de ambos tipos de servicios.

En efecto, de la calificación empleada dependerá la posibilidad de imponer a dicha sociedad la obligación de disponer de una autorización administrativa previa. En particular, el Juzgado de lo Mercantil considera que si el servicio controvertido está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 o de la Directiva 98/34, las prácticas de Uber no podrán considerarse desleales.

El TJUE responde a la cuestión prejudicial que:

"El artículo 56 TFUE, en relación con el artículo 58 TFUE, apartado 1, el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está

indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31".

Para llegar a tal conclusión, el TJUE razona que **un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar,** mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano.

En efecto, consta que **el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano,** que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

En este sentido el servicio de intermediación de Uber se basa en **la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo,** a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, **Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores.** Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, **que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores,** lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

EL SISTEMA "UBER" Y LA LABORALIDAD

En el **impacto laboral que puede tener la sentencia del TJUE**, interesa retener que sin la aplicación de UBER los transportistas no podrían prestar servicios, que UBER es quien les proporciona "clientes", que UBER tiene una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores, que fija los precios máximos de la carrera, recibe el precio del cliente y se lo abona a los conductoras y que, en fin, pero no menos importante, controla la calidad de los vehículos y la idoneidad y comportamientos de los conductores, pudiendo excluirlos de la prestación del servicio.

A la vista de dichas conclusiones y de las primeras actas de la ITSS, no es aventurado concluir, como hace parte de la doctrina que vamos a tener un año 2018 intenso para Uber y, en general, para las plataformas digitales que hacen un mal uso de la economía colaborativa⁷¹.

UBER Y RELACIÓN DE SERVICIOS AUTÓNOMA.

EL CASO *MENARD vs. UBER FRANCE* (Sentencia de 29 de enero de 2018 del Conseil de Prud'hommes de Paris)

En este caso se considera que no hubo relación laboral -en síntesis- porque no existía dependencia entre el trabajador y UBER, ni la plataforma le imponía horarios o disponibilidad alguna.

El Tribunal francés considera que se trata de un arrendamiento de servicios, fundamentalmente porque el Sr Menard no recibía instrucciones directamente de UBER, sino a través de la aplicación de móvil; porque UBER es un negocio de intermediación y no de transporte, como consta claramente en el contrato de servicios que se examina en el caso; porque en el caso concreto UBER actúa como intermediario, poniendo a chóferes en contacto con otros sujetos privados a través de la aplicación de móvil. Además, el Sr. Menard no figura registrado en el registro de taxistas. El Sr. Menard es el propietario del vehículo y tiene libertad de trabajar las horas que le convengan con el mismo. En el caso de autos se demostró que no hubo control de las horas de trabajo por UBER y que los conductores no tienen ninguna obligación de presencia ni de conexión durante determinado tiempo. Además, se demostró que los conductores tienen libertad para aceptar o rechazar un viaje y que pueden desconectarse de la plataforma si así lo desean. En el caso de autos, el Sr. Menard tenía libertad de trabajar los horarios y días que le conviniesen, sin que conste que le fueran impuestos horarios o días en concreto.

II.4.- El caso DELIVEROO. Actuación de la ITSS.

En diciembre de 2017 se giró Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia, por falta de afiliación y alta. Las actuaciones se iniciaron en septiembre de 2016, respecto de la empresa ROOFOODS SPAIN S.L, empresa prestadora de servicio de reparto a domicilio de comidas de comidas, que tiene como objeto social "*el comercio al por menor, al por mayor, importación, exportación, almacenamiento y distribución de productos alimenticios y bebidas en general, con o sin establecimiento permanente, incluida la gestión y*

⁷¹ SIERRA BENÍTEZ, M. E. "*Uber, los trabajos en las plataformas digitales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 20 diciembre 2017)*" http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/12/sierra_noticias_cielo_n11_2017.pdf

reparto de comida a domicilio, así como todas aquellas actividades necesarias para llevar a cabo dichos servicios".

La empresa es titular de una plataforma digital comercialmente conocida como "Deliveroo", en la que mediante una APP, el cliente puede pedir comida y bebida de cualquiera de los restaurantes adheridos a la plataforma, la cual es llevada por una persona prestadora del servicio de reparto ("rider"), del restaurante al domicilio o lugar de trabajo del cliente.

La empresa formaliza la relación con los "riders" mediante contratos mercantiles de prestación de servicios.

Según la empresa, los "riders" tienen absoluta libertad para aceptar o no la prestación de servicios, completa libertad de horarios, y no sufren ningún tipo de consecuencia en el caso de no aceptar repartir pedidos.

Los "riders" reciben unas cantidades en concepto de "disponibilidad" que vienen contempladas en las facturas que le giran a la empresa bajo el concepto de "ajustes" y que se corresponden con la situación en que el "rider" no recibe pedidos.

Los "riders" no llevan distintivo ni uniforme alguno de la empresa.

El procedimiento es el que sigue:

- El cliente hace un pedido mediante una APP a un restaurante.
- El o la "rider" recibe el aviso de la empresa en su móvil con los datos del restaurante y del cliente al que llevar el pedido. Puede aceptar o no el reparto, sin consecuencias. El reparto se hace en bicicleta o en motocicleta, siempre propiedad del "rider", que se desplaza al restaurante recoge el pedido y lo lleva a la dirección de entrega.
- El "rider" asume los gastos de mantenimiento, seguro y combustible, y de teléfono móvil, siendo en principio todos ellos elementos de su propiedad.
- El "rider" no recibe ninguna cantidad del cliente, sino que el pago se realiza mediante la APP electrónicamente. La empresa recibe a través de la AP propinas del cliente para el o la "rider".
- Cada 14 días la empresa elabora una factura con los pedidos y en su caso incentivos y propinas del período, que remite al o la "rider" por medios electrónicos.
- El o la "rider" tiene libertad de elección de franja horaria y zona de reparto, para lo que semanalmente comunica su disponibilidad para los diferentes momentos del día y

áreas de la ciudad, pudiendo haber cambios hasta 10 minutos antes de empezar el reparto.

- Hay un cupo diario de "riders" en función de la demanda prevista, el cual se elabora en función del orden de elección de los mismos.

- En la franja horaria elegida por el "rider" inicia sesión en su aplicación del teléfono móvil para empezar a recibir pedidos.

- Cada vez que hay un pedido el o la "rider" más cercano al restaurante recibe un aviso en el móvil con los datos necesarios, pudiendo aceptarlo o rechazarlo con total libertad. Pasados 3 minutos sin que el "rider" haga nada, el sistema automáticamente considera rechazado el pedido y se lo ofrece al siguiente "rider" más cercano.

- El "rider" va al restaurante, recoge el pedido, lo lleva a la dirección del cliente y a partir de ese momento consta como disponible para recibir nuevos pedidos.

Las **conclusiones de la Inspección de Trabajo** son sumamente interesantes, y pueden resumirse como sigue:

En primer lugar, califica el supuesto como "**crowdwork**", consistente en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador/a de la empresa, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente gran, número de personas en forma de llamamiento o convocatoria⁷².

La ITSS concluye que existe una relación laboral, basándose para ello en los siguientes indicios:

Dependencia: se parte de que un trabajo organizado, determinado, utilizado y aprovechado por el empresario no es incompatible con la existencia de un ámbito de autonomía del trabajador/a en el desarrollo de la prestación laboral debida, sin que dicha autonomía suponga que el trabajador sea autónomo.

El núcleo de la cuestión radica en si los "riders" siguen, de alguna forma, dentro del ámbito de dirección y control o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para considerarles autónomos/as.

- el hecho de que la empresa permita que los "riders" elijan su jornada de trabajo y horario no implica que el "rider" sea independiente, pues, en última instancia, es la empresa quien finalmente decide días, zonas y horario de trabajo.

⁷² HOWE, J. "The rise of Crowdsourcing". Wired. Junio de 2006. 0. 176-179

- la empresa puede en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los "riders" han de obedecerlas, pues su única opción es obedecerlas o cesar en la prestación del servicio.

- Por ello, concluye la inspección, que la empresa dicte sólo las "instrucciones necesarias", no significa que el trabajador deje de estar subordinado a la misma. Lo relevante es si el empresario ha dictado las instrucciones suficientes para mantener el control sobre el proceso de prestación del servicio, y dicha circunstancia consta acreditada.

Ajenidad

Es Deliveroo quien cobra al cliente, haciendo suyo los frutos del trabajo de los "riders" y los retribuye después en función del importe fijado unilateralmente por Deliveroo.

En un principio se pagaba una cantidad fija por hora de trabajo, a la que se añade otra cantidad fija por pedido entregado y, en su caso, los gastos de combustible, y a partir de septiembre de 2016 se paga una cantidad fija por pedido entregado, esto es por unidad de obra, teniendo en cuenta que, hasta agosto de 2017 los y las "riders" tienen garantizada la percepción de dos pedidos por hora de trabajo, aunque efectivamente no los hiciesen, lo que en realidad encubre una percepción fija por hora de trabajo y la no asunción de riesgo alguno por el "rider".

La ITSS considera acreditado que, además de la cantidad garantizada por hora y, posteriormente por pedido, existen una serie de incentivos y comisiones que se han producido desde el primer momento por varios motivos, en la actualidad, por alcanzar un número de pedidos determinado unilateralmente por la empresa, lo que no es otra cosa que un trabajo incentivado "a destajo" o por trabajar en determinadas franjas horarias de determinados días, y que lo que retribuyen es un mayor esfuerzo o una mayor dedicación de la persona prestadora del servicio de modo que, si llega a esos objetivos o trabaja esos días y horas, lo percibe de forma garantizada. Por tanto, existe un sistema de retribución por rendimiento que incentiva esa mayor dedicación o la prestación de servicios en días y franjas que a la empresa le interesa por ser días y horas de máxima actividad y, por ende de mayor negocio para la misma.

Otro indicio de ajenidad apreciado por la ITSS consiste en la aportación por la empresa de la infraestructura de medios materiales y humanos, incluida la aplicación informática que es el elemento nuclear de la relación, así como la relación de restaurantes y clientes y todo el soporte preciso para que los y las "riders" desarrollen su trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ALÓS RAMOS, A. "Economía Colaborativa. Cuestiones legales en el ámbito laboral". Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Enero 2017.

CAMINO FRÍAS, J.J. " El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales". RMTSS

DAGNINO, E. "Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy".. Revista de Derecho Social y empresa Noviembre de 2016.

DOMÉNECH PASCUAL, R. " La regulación de la economía colaborativa". Revista CEF LEGAL nº 175-176, agosto-septiembre 2015 6. p.61-104.

FELSTINER, A., "Working de Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing industry". Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 32 (1), 2011.

GUADALUPE HERNÁNDEZ, H. "Nuevas formas complejas de empresa: su problemática laboral, las empresas multiservicios y las plataformas colaborativas, así como de las clásicas: grupos de empresas, contratas y empresas aparentes. Revista Actum Social nº 131, Monográfico 2018. p. 46-68.

GUTIÉRREZ ARRANZ, R. " Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EEUU". Revista Española de Derecho del Trabajo 2016. nº 187, mayo.

HOWE, J. "The rise of Crowdsourcing". Wired. Junio de 2006. 0. 176-179

"INSIGHTS". NEWSLETTER FORM SUMAKER, LOPP & KENDRICK. LP. June 2016.

LÓPEZ CUMBRE, L. " Uber y sus conductores: ¿autónomos o trabajadores?. Ed. GÓMEZ-ACEBO &POMBO. Puede consultarse en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/uber-y-sus-conductores-autonomos-o-trabajadores.pdf>

PÁRAMO MONTERO, P. "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa" Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social. nº128. 2017.p. 183-207

ROJO TORRECILLA, E. "Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)". Blog de Eduardo Rojo: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html

ROMAGNOLI, U. " Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro .Per i 30 anni di Lavoro e diritto. Revista Trabajo e Derecho. Anno XXX, nº 4 autumn 2016. p.567 y s

SÁNCHEZ IGLESIAS, A. L. (Coord.). "Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral". Ed. Thomson Reuters Aranzadi. pp. 433-460

SIERRA BENÍTEZ, M. E. "Uber, los trabajos en las plataformas digitales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 20 diciembre 2017).

Puede consultarse en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/12/sierra_noticias_cielo_n11_2017.pdf

SIERRA BENÍTEZ, M. 3. "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?". Publicado en la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 3, núm. 4. 2015 (Acceso libre por Internet). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5350569>

TODOLÍ SIGNES, A. "El trabajo en la era de la economía colaborativa" .Ed. Tirant Lo Blanch. nº 239

TODOLÍ SIGNES, A. " El trabajador en la "Uber economy": ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario". Revista Trabajo y Derecho nº 25/2016.



ARTÍCULOS

BORRANDO LAS HUELLAS DE LA CONTRACTUALIZACIÓN. COMENTARIO A LA STS DE 3-7-2018 (3077/2018)

Jaime Segalés Fidalgo. Magistrado de lo Social
Olga Fotinopoulou Basurko. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de País Vasco

Tanto esta sentencia ([3077/2018](#)) que ahora se presenta, como otras aparecidas en junio y ya comentadas por otros autores ([Dr. Rojo](#), [Dr. Beltrán](#)), pertenecen a una serie cuyo común denominador consiste en contener uno de los efectos primarios de la conocida como tesis de la "contractualización", concebida a propósito de la reforma que en 2012 padeciera el art. 86 ET. Solución aquélla que ya viera la luz con evidentes malformaciones en la STS 22-12-2014 (Rec. 264/2014), dada la discordancia manifestada por la mayoría del tribunal a través de diversos votos particulares, unos concurrentes y otros discordantes con el fallo.

La conocida como doctrina de la "contractualización" surgió del ámbito académico como una fórmula oportunista para atajar el clamoroso silencio en que incurrió el reformador de 2012 a la hora de definir, dentro del nuevo art. 86.3 ET, qué sucede cuando pierde vigencia el pacto y no existe una regulación colectiva superponible (normalmente de ámbito superior).

Con anterioridad a la avocación que el TS hizo a esa doctrina, los planteamientos dominantes oscilaban entre dos tendencias. Ambas compartían como premisa el que el Convenio antiguo perdería su vigencia; asimismo, las dos posiciones asumían que ese vacío regulatorio debía ser ocupado, discrepando únicamente en la forma en que podía darse la cobertura. Mientras que los "contractualistas" entendían que el decaimiento de la norma colectiva determinaba simplemente una sustitución de la fuente regulatoria (del convenio al contrato), sus antagonistas ("rupturistas" los llamaron algunos) avalaban la posibilidad de que fuera el empresario el que incorporara nuevos contenidos de forma unilateral, respetando las normas de derecho mínimo necesario que pudieran disciplinar cada materia.

Ambos planteamientos adolecían de inconvenientes teóricos importantes, ya destacados a lo largo de este tiempo por la producción de los tribunales. Por comenzar con los problemas de que adolecía la peor parada, los rupturistas olvidaban que el empresario carece facultades para imponer condiciones en materias sustanciales (salario/jornada), de no recurrir al procedimiento regulado en el art. 41 ET.

Tal posición se basaba en una simple regla de tres: si vigente un convenio el empleador puede mejorar las condiciones que aquél contiene, desaparecido aquél cabrá ejercer idéntica facultad, tomando ahora como base las normas de derecho necesario que pudieren existir (bien la regulación sobre SMI o jornada máxima, por citar el par básico). Sin embargo, tal premisa se sostenía en un error, ya que, cuando el empleador desliza una ventaja, la fuente que la sacraliza es la tolerancia de su antagonista contractual (el pacto en definitiva), y no su bondad con respecto a lo previsto en la norma mínima.

Si el empresario no podía dotar el vacío, y aceptado que el mismo debía ocuparse, la lógica de cualquier sistema normativo (en el que no cabe aceptar la laguna como resultado definitivo, sino como presupuesto para la integración) obliga a buscar en sus propios fundamentos los materiales para reconducir el problema. Justo en este contexto pretende operar la doctrina de la "contractualización", si bien, como intentaremos demostrar, esta fórmula no funciona como recurso vicario ante una laguna, sino que, una vez admitida, condiciona el conjunto, creando interferencias notables sobre elementos ajenos al caso.

La STS 22-12-2014, y a su través, las aportaciones doctrinales en las que aquella se inspira, afirmaban que *"...cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia..."*, ello debido a que las condiciones allí reguladas *"...estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente"*.

Por definirlo en términos menos abstractos, la tácita alusión de todo contrato (escrito o verbal) a las normas que lo disciplinan (ya sean convencionales o legales), supone la incorporación de esos enunciados al vínculo, obligando a las partes a su respeto, por ser el contrato una fuente reguladora de la relación laboral (art. 3.1 c ET).

Ahora bien, como ya ha tenido ocasión de remarcarse, tal efecto se producirá siempre y en todo caso, y no únicamente cuando el producto negociado acabe perdiendo su vigencia. De modo que, la contractualización así definida, en tanto incorporación al contrato individual del completo marco regulatorio existente,

constituye una consecuencia propia de nuestro sistema de fuentes, de suerte que sus efectos no habrían de disolverse cuando se da la sucesión normativa (de convenio dentro de la misma unidad o por el salto a otra).

Asimismo, la propuesta resultaba incompleta, ya que quedaba limitada a solventar el problema que padecían los trabajadores ya contratados en el momento de la desaparición del convenio, pero dejaba al descubierto a aquellos cuyo contrato se firmaba con posterioridad, dado que estos nunca podrían incorporar los términos del convenio a su patrimonio jurídico. En efecto, el recurso a la denominada tesis de la contractualización dejaba a la intemperie a un grupo de trabajadores, algo que, por lo visto, no resulta aceptable, ni para la STS de 22-12-2014 ni para las que hoy nos entretienen.

Ese rechazo capital al vacío regulatorio es una constante desde la STS de diciembre de 2014. Esta sentencia lo definía en estos términos: *“Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos “tesis rupturista”, se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc.”* La que ahora comentamos circula por la misma senda y manifiesta las mismas preocupaciones (FJ 3º): *“Tal y como ha razonado la Sala en las sentencias de Pleno que acabamos de referenciar, “ La cuestión debatida no ha sido resuelta directamente por la Sala, aunque nos hayamos referido indirectamente a ella. De entrada, la citada sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014 , cuando estableció la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia, lo hizo, precisamente en un supuesto en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior que resultase de aplicación; es más, de manera implícita -la redacción de la sentencia- y de forma explícita -los votos particulares- coincidían en que la referida contractualización se aplicaba en el supuesto final en el que, ni hubiera pacto en contrario, ni existiese convenio de ámbito superior que resultase aplicable.”*

Llegados a este punto será del mayor interés el llegar a conocer de qué forma se habría de resolver, tomando como apoyo esa tesis, la concreción del derecho aplicable a un trabajador contratado con posterioridad al fenecimiento del Convenio -cuyo patrimonio jurídico nunca pudo incorporar los contenidos de aquél-. Y ello dando por hecho que, en mérito a los indicados párrafos, no cabe aceptar la solución del vacío normativo.

También la doctrina de la contractualización, precisamente a cuenta de su carácter estructural (se insiste en que no es una construcción destinada a atajar una laguna, sino que viene a definirse como un presupuesto estable e integrado, por lo visto, en el genoma de la relación laboral), provoca interferencias como la que resolvió esta STS de 3-7-2018. En el caso de autos, el convenio que debería acoger a la unidad necrosada incorporaba una cláusula que manifestaba de respeto a condiciones existentes con anterioridad. Así lo precisa el TS en esta última sentencia, si bien descartando que tal eventualidad debiere asegurar la continuidad de los contenidos contractualizados (FJ 3º): *“Por otro lado, la referencia al artículo 8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública resulta superflua. Por un lado, porque su contenido no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del Convenio Colectivo aplicable anteriormente, sino a las que disfrutase cada trabajador ad personam como mejora de las condiciones legales o convencionales; y, por otro, porque en modo alguno de su tenor puede deducirse que el convenio sectorial trate de mantener parcialmente vigente el convenio ya desaparecido.”*

Si la contractualización se produce, siempre y en todo caso, ¿por qué sus efectos decaen cuando existe un convenio de ámbito superior aplicable que, precisamente, admite la conservación de contenidos de base contractual?, se preguntará la Sala de Bilbao, responsable de emitir la sentencia que casa la STS de 3-7-2018. La respuesta parece obvia, y se sostiene en la observación de que, en realidad, la llamada contractualización no pasa de ser un mero puntal teórico, limitado a sostener el edificio, pero carente de una base ontológica que la defina y caracterice, al contrario de lo que se esforzó en sostener la STS de 22-12-2014.

Esta oportuna evanescencia permite tanto su instalación como su desactivación cuando ya no resulta necesaria. Y esto es lo que nos dice el TS en la STS de 3-7-2018 (y en las que la han precedido), FJ 3º: *“En el presente supuesto ni hay duda sobre la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que el existente resulta aplicable, por lo tanto, se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales.”*

Pero, ¿por qué es necesario ese puntal teórico? ¿Qué es lo que lleva al TS a entender necesario el recurso a una entelequia casi mitológica para dar respuesta al problema?. En otros términos: ¿Resulta incompatible un modelo de relaciones laborales como el nuestro con la manifestación de vacíos normativos como el que se daba en la STS de 22-12-2014?. Si es así, y creo que todos estamos de acuerdo en

ello, el modelo debe disponer de elementos objetivos (palpables y no imaginarios) capaces de dar una solución integradora.

La alternativa sistémica al mito de la contractualización

Mucho se ha escrito ya sobre el caso, lo que hace difícil decir algo nuevo. No obstante aún es posible hacer alguna propuesta, basada en argumentos de naturaleza sistémica y sostenida en el presupuesto de la analogía como medio para la integración de lagunas.

Se parte de la premisa de que un ordenamiento jurídico, como aparato lógico, debe ser completo, decidible y consistente. Esto es, si el ordenamiento jurídico laboral presenta una laguna en su art. 86.3 ET, de lo que no cabe la más mínima duda, aquél debe proveer de elementos destinados a darle contenido, sufragados desde sus fundamentos menos discutibles y más rudimentarios.

Como primer presupuesto de análisis debemos afirmar que nuestro sistema de relaciones laborales no está preparado sobrevivir a la inexistencia del nivel regulatorio convencional, y ello dado el reparto funcional de responsabilidades entre la ley y el convenio (antes entre la ley y las reglamentaciones u ordenanzas). En ello abunda no solo la evidencia normativa, sino incluso las reglas que fuerzan al sistema a ser cómo es, dentro de las cuales se han de destacar, desde luego, la garantía institucional de que se beneficia la NC (art. 37 CE) o el art. 4 del Convenio 98 de la OIT:

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

La emergencia generada por la norma a debate, que sí es categórica en la descripción del efecto concretado en la pérdida de vigencia, puede solucionarse considerando las salidas que el ordenamiento ha proporcionado a supuestos con los que podría guardar cierta analogía (art. 4 CC), lo que configura un remedio de emergencia que limita sus efectos al caso patológico (lo que no ocurre con una teoría de vocación estructural como avalada desde la STS 22-12-2014). Busquemos, por tanto, un ejemplo que repare en la continuidad de normas convencionales teóricamente no aplicables.

Así, en el caso de sucesión empresarial, presupuesto que puede incluir en no pocos casos la desaparición de una unidad de negociación preexistente, el ordenamiento

autoriza al mantenimiento aplicativo de las condiciones pactadas en una unidad que ha podido ya fenecer. Así el art. 44.4 ET:

Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

En este caso, el legislador insiste en mantener una referencia regulatoria aun y a costa de dejar operativo un producto cuya unidad habría desaparecido (convenios de empresas que son absorbidas por otras).

A ello se le añade la manifestación normativa de diversas acepciones del término "vigencia". Una de ellas es la que podríamos considerar propia, de la que disfruta aquel pacto que se mantiene dentro del ámbito temporal predefinido. Otra sería la vigencia de segundo grado, que sólo tiene lugar si las partes deciden prorrogar el acuerdo -y por el periodo que se tenga por oportuno-. Finalmente la norma ofrece un tercer grado de vigencia, que es el de aquel pacto que, pese a haber sido denunciado, aún mantiene su actividad (a esta se la denomina "ultra actividad") ya sea porque las partes así lo dispusieron o porque aún no ha transcurrido el año a que alude el art. 86.3 ET.

En todos los supuestos, la vigencia en sus diversas acepciones queda ordenada a asegurar el mantenimiento del nivel intermedio de regulación (como en el caso definido en el art. 44.4 ET, que permite una vigencia aun sin unidad que la soporte). No han de existir problemas, por tanto, para concebir un supuesto de vigencia al servicio de esta situación, que permita por un lado el mantenimiento de las condiciones que vertebran el sector (o el nivel negocial que se trate), al tiempo que asegure la continuidad del estímulo negociador, ingrediente éste inaplazable para propiciar la recomposición de las fuentes regulatorias desactivadas; objetivo al que ha de empeñarse un sistema necesariamente presionado desde la garantía institucional a que menciona el art. 37 CE.

Por tanto, cabe concebir la continuidad de las condiciones incluidas en el Convenio que fenece cuando no existen alternativas de ámbito superior (supuesto determinado por el art. 86.3 ET), y ello de acuerdo con una vigencia específica, coherente con las necesidades sistémicas que reclaman la existencia de un marco regulatorio

intermedio, sin que tal medida sea capaz de desestimular la negociación convergente a un nuevo pacto.

A tales fines resulta necesaria la degradación del convenio estatutario fenecido que a partir de ese momento se transformará en una serie de cláusulas despojadas de aquella dignidad, y ya vulnerables por tanto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Clausulas impregnadas no a los contratos, sino al ámbito teórico al que sirvieron, lo que favorece tanto a los trabajadores antiguos como a los contratados con posterioridad al cumplimiento del plazo a que alude el art. 86.3 ET.

En definitiva, el pacto/norma se descompone en el nudo acuerdo inicial, ya desprovisto de las garantías y potencialidades que le otorga el Título III del ET. Y es que el Título III nunca fue el responsable de conformar el pacto, que solo se debe a un acuerdo de voluntades alcanzado por el ejercicio de libertades de rango superior a la competencia del legislador ordinario. Así, se parte de que el Título III sólo confiere al acuerdo ciertas cualidades normativas, promocionales, y siempre al servicio de la garantía institucional a que se debe genéticamente (art. 37 CE). Por tanto, dado un escenario crítico (inexistencia de regulación), el Título III no puede hacer desaparecer el acuerdo en su totalidad, so pena de suprimir un nivel regulatorio que resulta inaplazable para el sistema de fuentes laboral. Semejante consecuencia sitúa al Título III del ET lejos de su obligación de servir a los contenidos urgidos ex arts. 37 y en definitiva 28 CE (y al fondo ex art. 4 C.OIT 98).

La anterior construcción, coherente con el verdadero alcance del problema (necesidad de recomponer un vacío que no sólo resulta extraño al sistema, sino incluso inabordable mediante soluciones alternativas inerciales –como la autodeterminación empresarial–), se sirve del abuso cometido por el legislador con el término jurídico “vigencia”, al concebido tradicionalmente y todavía hoy manifestaciones de la misma aun cuando ya ha concluido el periodo programado para la supervivencia del pacto. Todas esas concepciones, no obstante, han servido con eficiencia a la necesidad de evitar un vacío normativo para el que cuentan las soluciones unilaterales.

Finalmente, la posibilidad de degradar el pacto a condiciones sin respaldo normativo (solo contractual), imperada por la necesidad de integrar una laguna, atiende al imperativo de mantener el estímulo negocial. Esto es, el pacto afectado por el art. 86.3 ET padecerá una exclusión de la fuerza pasiva propia del convenio estatutario, pero ello supondrá la desaparición de sus cláusulas, ya que el sistema normativo no se ve en condiciones de aportar soluciones a este desenlace. Tales cláusulas, ya despojadas de las cualidades conferidas por el Título III del ET, ostentan no obstante la indiscutida condición de ser las últimas concluidas y aceptadas por los sujetos negociadores ex art. 37 CE y art. 4 OIT 98, lo que permite tenerlas como vigentes en tanto no se recomponga el nivel intermedio, con la salvedad de que, en tanto esto

sucedan, quedarán expuestas a mecanismos de alteración unilateral sometidos a causalidad (art. 41 ET), estos ya sí, autorizados por el ordenamiento laboral para la reconfiguración (novación) de contenidos de la relación obligatoria bajo ciertas circunstancias.

Una recopilación de los diversos trabajos elaborados por el Dr. Rojo sobre las primeras sentencias recaídas puede manejarse [aquí](#).

Volver al inicio

ARTÍCULOS

JURISDICCION SOCIAL EN PERSPECTIVA DE GÉNERO

Gloria Rodríguez Barroso.
Magistrada del Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid

Una de las innovaciones de mayor importancia en la historia de la pintura se debe, entre otros, al arquitecto Filippo Brunelleschi que sentó las bases del método que permitió a los artistas plásticos reproducir figuras y objetos en tres dimensiones reproduciendo las imágenes tal y como las percibimos.

La realidad tridimensional de las sociedades occidentales en las que nos desenvolvemos, pese a considerarse desarrolladas, refleja un desfase en múltiples y variados aspectos en la situación entre mujeres y hombres que se aprecia de forma significativa en el ámbito laboral y profesional.

Los últimos datos conocidos en España señalan en el año 2017 un porcentaje de mujeres con contratos a tiempo parcial del 58%, ejerciendo derechos de conciliación en un 90%, frente a un nivel de participación en consejos de administración en empresas posicionadas en mercado bursátil del 19,07% y una brecha salarial del 22,9% (en mayor o menor porcentaje en función del rango de edad).

El INE aportaba sobre España en el año 2011 un 23,79% de mujeres ocupadas que habían reducido su jornada más de un mes por cuidado de hij@s frente al 2,05% de hombres.

En el año 2017, la página web del SEPE indica un porcentaje de población femenina del 50,93%, con afiliación del 46,48%, contratación del 43,86% y demandantes de empleo del 55,65%.

La situación no es diferente en Europa y las estadísticas de Eurostat informaban respecto al año 2015, una brecha salarial promedio en las mujeres del 16,3% y un porcentaje de mujeres contratadas a tiempo parcial del 32% frente al 9% de hombres.

Si las resoluciones judiciales obvian esta realidad, la perspectiva deja de ser tridimensional para volver a ser plana, como las pinturas de la Edad Media.

Ello resulta socialmente inaceptable en una sociedad democrática en la que se proclama el Estado Social y de Derecho y desde el punto de vista normativo supone infracción del ordenamiento internacional, europeo y nacional que compele a efectuar un acercamiento real en aquellas situaciones en las que la resolución judicial adoptada debe funcionar como mecanismo de reajuste y reposición.

En claro desarrollo de la igualdad de todos los seres humanos proclamada desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1789 y por la desconocida Declaración de los Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges¹, la Asamblea General de Naciones Unidas creó en 1979 la CEDAW, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer que fue ratificada por España en 1983.

Hasta ocho convenios de la OIT desde el año 1951 y múltiples resoluciones conexas vertebran la igualdad con clara indicación de incorporar la perspectiva de género.

No resulta ajeno en el ámbito del Derecho Europeo y así la Directiva 2006/54 CE, 5 de julio de 2006 (que refunde otras anteriores), ni en el derecho interno, Constitución Española (artículos 9.2 y 14), Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover vida laboral y familiar de personas trabajadoras y particularmente la Ley Orgánica 3/2007, para igualdad efectiva de mujeres y hombres en cuyo artículo 4 se

¹ En 1789, en plena revolución Francesa se redacta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. No reflejan los libros de historia que consistía en leyes exclusivamente para los hombres (la palabra "hombre" no era equivalente a la palabra "ser humano"). Por ello, Olympia de Gouges escribió la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana entrando las mujeres, por lo menos a través de un documento no oficial, a la historia de los derechos humanos.

establece la obligatoriedad de integración del Principio de Igualdad en la interpretación y aplicación de las normas ².

Pese a ello, el análisis de las bases de datos jurídicas aflora escaso porcentaje de resoluciones con mención al referido precepto.

Se aplica en el ámbito legislativo y de ahí, a título de ejemplo, la adición de disposición adicional (Décimo Octava) al Estatuto de los Trabajadores en relación al cálculo de la indemnización con atención al parámetro de la remuneración de jornada completa en situaciones de parcialidad por motivos relacionados con conciliación familiar o la asimilación al alta de períodos posteriores a situaciones de maternidad.

Tras unas fases iniciales, primera con la promulgación de normas de lo que pudiera denominarse "Igualdad Formal" y segunda con la implementación de elementos que buscan la "Igualdad Real" (entre otros, discriminación directa/indirecta; inversión de la carga de la prueba y "canon reforzado")³ puede afirmarse que nos encontramos en otro nivel que exige la aplicación de transversalidad (gender mainstreaming en la denominación europea, ex artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE) en la que resulta exigible poner énfasis en aquellas situaciones en las que desarrollar el Principio de Igualdad con perspectiva de género para alcanzar una solución igualitaria, un reajuste de la asimetría que continua produciéndose por el rol socialmente asignado a la mujer.

Considerar que es suficiente la aplicación del Principio de Igualdad es desconocer el decalaje que se produce por cuestiones de género y en consecuencia inaplicar las normas internacionales, europeas y nacionales y por ende vulnerar el derecho fundamental a la igualdad.

Por el contrario, utilizar esta herramienta de interpretación permite reconocer y corregir los efectos perversos utilizando un método crítico de conocimiento de la norma jurídica desvinculado de asignaciones discriminatorias que además de reponer evita a contribuir a su perpetuación.

² Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. *La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*

³ (SSTC 92/2008, 84/2001 y 28/2005 que apela al doble juicio, el de legalidad de acuerdo con la normativa laboral aplicable al caso y el juicio de constitucionalidad respecto a la indiciaria discriminación por razones de sexo (artículo 14 CE).

No resulta desconocida pudiendo mencionarse pronunciamientos que permiten conocer su operatividad.

Pionera resultó la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 21 de diciembre de 2009, RUD 201/2009, Sala General, que interpreta y extiende la Disposición Adicional 44ª de la LGSS a las prestaciones SOVI, señalando la igualdad real frente a la formal con fundamento en la relegación histórica de las mujeres en la sociedad española.

Relevante la verbalización y plasmación de la Sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas de 2 de mayo de 2017, Suplicación 1237/2016, que con un exhaustivo análisis de la materia integra el valor de igualdad de los sexos constatando una discriminación por asociación o vinculación (haciéndose eco de múltiples resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), recordando lo indicado ya por el Tribunal Constitucional en Sentencia 253/2014 (no resulta exigible para considerar discriminación indirecta la aportación de un término de comparación sobre la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones) y concluyó reconociendo prestación en favor de familiares a la hija de una madre perceptora de pensión SOVI.

Esta resolución del TSJ de Canarias rechaza la exclusión de posibles beneficiarios de prestación en favor de familiares desterrando a los causantes con prestación SOVI dado que como ya indicó el TS en su pronunciamiento de 21 de diciembre de 2009, ésta supone una prestación percibida mayoritariamente por mujeres por cuestiones históricas de relegación y expulsión del ámbito laboral.

En esa misma línea la sentencia dictada en la instancia, en junio de 2017, en proceso seguido por Tutela de Derechos Fundamentales ante el Juzgado de lo Social 2 de Móstoles de Madrid, confirmada por Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018, Suplicación 1179/2017, que constituye un estupendo ejemplo de la utilización de este criterio interpretativo inmerso en el principio de igualdad.

En esta resolución, se tuteló a las trabajadoras afectadas que tenían un contrato a tiempo parcial considerando vulnerado su derecho fundamental a la igualdad (con ocasión de convocatoria de promoción interna para plaza de superior categoría) y supuso aplicar a efectos de valoración de méritos el período transcurrido desde la vinculación. Se reajustó la disfunción que se había producido como consecuencia de una parcialidad que responde a cuestiones de conciliación familiar desempeñadas mayoritariamente por mujeres. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid al confirmar la resolución añadió la necesidad de vinculación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial con el principio de no discriminación y recordó los pronunciamientos del TC 90/1997 de 6 de mayo (RA 3309/94) y 6/2011 de 14 de febrero (RA 634/07).

Puede considerarse que no deja de ser la virtualidad del efecto de la aplicación del Principio de Igualdad pero esa conclusión resultaría incompleta, superficial y desconsiderada. Verbalizando la causa del desequilibrio y aplicando la herramienta adecuada se efectuará una corrección que compelerá a igualar el género.

Se amplía el ámbito de actuación del Principio de Igualdad cual acontece con otros derechos fundamentales como sucede cuando al contemplar la Tutela Judicial Efectiva incorporamos el Principio de Indemnidad como vertiente del mismo.

Apelando a Europa, esperamos la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por los titulares de los Juzgados de lo Social 33 de Barcelona (SS 1030/2016-D) y Madrid (357/2018) en las que, respectivamente, se plantea la adecuación a la norma europea de normativa nacional que pudiera constituir discriminación indirecta.

Cuestiona el Auto del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona la reforma operada por el RDL 3/2015 de 15 de marzo, artículo 215.1.3 de la LGSS que supone la ampliación de la exigencia de carencia de rentas a la unidad familiar considerando el carácter indirectamente discriminatorio de la nueva exigencia legal por el impacto negativo en el colectivo de mujeres potencialmente beneficiarias de dicho subsidio. El Tribunal Constitucional ha considerado recientemente la inexistencia de requisitos de urgencia pero queda por resolver la dimensión que afecta a discriminación por género.

Desde el Juzgado Social homólogo en Madrid se traslada la sospecha de discriminación indirecta de la obligación prevista en el artículo 37.6 del ET al imponer la reducción de jornada y correlativa reducción de salario para conciliar vida familiar y laboral dada la asunción mayoritaria de esta función por el colectivo femenino.

Por ello, desterrar funciones, imágenes e ideas socialmente asignadas a las mujeres determinará la imparcialidad real y la integración de todos y todas en igualdad de condiciones en el sistema de justicia.

Corresponde al Estado Social y Derecho, en su condición de poder público, promover condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas (artículo 9.2 CE) y con ello romper el "techo de cristal" al que no es ajena la carrera judicial en la que frente a un holgado 52,78% de mujeres sólo el 14,46% integra las diversas salas del Tribunal Supremo con un porcentaje más desalentador en el tribunal que integra derechos fundamentales y así el Tribunal Constitucional sólo ha contado, desde su creación en 1980, con seis magistradas y ello pese a haber estado integrado por unas ochenta personas. En la actualidad la representación femenina es ínfima, dos magistradas de doce componentes.

La apertura de cada año judicial representa esa imagen y la foto que se transmite a los medios de comunicación deja fuera a las integrantes femeninas pese a que constituye el colectivo más numeroso.

La recomendación de la Asamblea General de Naciones Unidas de Junio de 2015 (tras visita a España del 9 al 19 de diciembre de 2014), indicando que recomienda al Estado español la adopción de medidas especiales de equilibrio de género en administración pública en los niveles más altos, particularmente en la judicatura, no puede ser desatendida así como la integración en la función de juzgar que contemple el enfoque de género para superar, entre todas y todos los estereotipos existentes.

Volver al inicio

LEGISLACIÓN

UNIÓN EUROPEA

ESTATAL

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

UNIÓN EUROPEA

DECISIÓN (UE) 2018/1215 DEL CONSEJO, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. [ir al texto](#)

ESTATAL

Orden JUS/902/2018, de 31 de agosto, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018, por el que se crea un Consejo Asesor para la revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde una perspectiva de género. [ir al texto](#)

Resolución de 21 de agosto de 2018, de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se publican las cuentas anuales del Fondo Estatal para

el Empleo y la Sostenibilidad Local del ejercicio 2017 y el informe de auditoría. [ir al texto](#)

Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. [ir al texto](#)

Orden TMS/910/2018, de 31 de agosto, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2018, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, subvenciones adicionales del ámbito de las políticas activas de empleo financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado [ir al texto](#)

Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información. [ir al texto](#)

Real Decreto 1111/2018, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. [ir al texto](#)

Resolución de 6 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. [ir al texto](#)

Resolución de 6 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en la atención a asilados y refugiados. [ir al texto](#)

Resolución de 6 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. [ir al texto](#)

Resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. [ir a texto](#)

Resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3

de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. [ir a texto](#)

Resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. [ir a texto](#)

Resolución de 14 de septiembre de 2018, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se establecen las prescripciones técnicas necesarias para el desarrollo y aplicación de la "Tarjeta Social Universal". [ir a texto](#)

AUTONÓMICA

Andalucía

Acuerdo de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la «Estrategia Regional Andaluza para la Cohesión e Inclusión Social. Intervención en zonas desfavorecidas» (ERACIS). [ir al texto](#)

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía. [ir a texto](#)

Castilla-La Mancha

Calendario Laboral. Corrección de errores del Decreto 56/2018, de 4 de septiembre, por el que se fija el calendario laboral para el año 2019 en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha. [NID 2018/10606] [ir a texto](#)

Galicia

RESOLUCIÓN do 3 de setembro de 2018, da Xefatura Territorial de Pontevedra, pola que se procede á publicación das subvencións concedidas ao abeiro da Resolución do 5 de decembro de 2017, da Secretaría Xeral da Igualdade, pola que se establecen as bases reguladoras das axudas destinadas a fomentar o asociacionismo e a participación das mulleres, e se procede á súa convocatoria para o ano 2018 (Diario Oficial de Galicia número 5, do 8 de xaneiro de 2018). [ir a texto](#)

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ESTATAL

Resolución de 28 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas. [ir a texto](#)

Resolución de 29 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima Operadora, Sociedad Unipersonal y sus tripulantes pilotos. [ir a texto](#)

Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. [ir a texto](#)

Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio). [ir a texto](#)

Resolución de 12 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta del Acuerdo referente al II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos. [ir a texto](#)

Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta del Acuerdo sobre la tabla salarial definitiva para el año 2017, del Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento. [ir a texto](#)

AUTONÓMICA

Aragón

COMERCIO GENERAL (TE) [ir a texto](#)

Asturias

Acuerdo de 5 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias sobre régimen retributivo en la situación de incapacidad temporal de los empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias y de sus organismos y entes públicos. [Cód. 2018-09051] [ir a texto](#)

Cataluña

RESOLUCIÓ TSF/1989/2018, de 26 de juliol, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de la neteja d'edificis i locals de Catalunya per als anys 2017 a 2021 (codi número 79002415012005). [ir a texto](#)

RESOLUCIÓ TSF/2053/2018, de 4 de setembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord Interprofessional de Catalunya per als anys 2018-2020 (codi de conveni núm. 79100065092016). [ir a texto](#)

Construcció (T) [ir a texto](#)

RESOLUCIÓ TSF/2072/2018, de 28 d'agost, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del VII Conveni col·lectiu de treball per a empleats de finques urbanes de Catalunya (codi de conveni núm. 79001735012001). [ir al texto](#)

Extremadura

ACUERDOS REGULADORES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICO [...] (BA) [ir a texto](#)

Resolución de 18 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de Trabajo "Limpieza de edificios y locales de la provincia de Badajoz" [ir a texto](#)

Convenios Colectivos.- Resolución de 23 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos

Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales en la provincia de Cáceres. [ir al texto](#)

Navarra

RESOLUCIÓN 30C/2018, de 17 de julio, de la Directora General de Política Económica y Empresarial y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector de Empresas Instaladoras de Fontanería, Calefacción, Climatización, Prevención de Incendios, Gas y Afines de Navarra. [ir al texto](#)

Euskadi

CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE HOSTELERIA DE BIZKAIA [ir a texto](#)

Volver al inicio

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo



ALTADIS

STS 26/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 152/2017
No de Resolución: 672/2018
Ponente: MARÍA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Modificación sustancial ajustada a derecho: la realización de los

objetivos que se integran en el programa "sabemos cuidarnos" pueden ser valorados para la percepción del variable por desempeño, y para el bonus anual de oficinas»

Es evidente que la responsabilidad empresarial en el mantenimiento y mejora de las condiciones de salud y de medioambiente laboral requiere, para su perfecta puesta en acción, de la colaboración positiva de quienes prestan

servicios en la empresa, pues la consecución de espacios y entornos laborales menos hostiles no es posible sin la participación de los propios trabajadores. Por tanto, no resulta descabellado que la empresa valore el compromiso y adaptación de los trabajadores en su desempeño también desde la perspectiva de los objetivos del bienestar laboral, y no sólo netamente mercantilistas, ligados al logro de un resultado positivo para el conjunto de la organización empresarial y por consiguiente susceptible de ser valorada como de un avance en la excelencia y de superior calidad.

DESEMPLEO

STS 21/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 498/2017
Nº de Resolución: 660/2018
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA

Resumen: Desempleo: extinción por el SPPE del subsidio en concepto de renta activa de inserción que venía percibiendo el beneficiario, en base a que el recurrente no renovó la demanda de empleo en la fecha señalada al efecto por el Servicio Público de empleo, habiéndolo hecho posteriormente". Se le extingue la prestación conforme al art.9.1b RD 1369/06. Sin embargo dicho precepto no puede aplicarse (por rango I, por encima de la LISOS.

Tratándose de una modalidad de desempleo la RAI no podía ser objeto de tratamiento sancionador dispar en relación con otras prestaciones que

respondan a la misma causa de carencia de rentas, ni el incumplimiento del actor puede ser objeto de sanción más grave que la prevista para los demás beneficiarios de la prestación de desempleo.

Reitera doctrina: STS de 23-04-2015 (RCUD 1293/2014).

DESPIDO DISCIPLINARIO

STS 17/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 2474/2017
Nº de Resolución: 775/2018
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

Resumen: Despido disciplinario: la incomparecencia de la actora a la empresa en los nueve días laborables siguientes a la finalización del permiso retribuido concedido, no obstante el requerimiento formulado por su empleadora para que acudiese el 27/04/15, puede calificarse de injustificada y de causa fundada para la declaración de procedencia del despido impuesto el 08/05/2015.

La razón por la que la demandante no acudió a la empresa no radicó en un hecho o acontecimiento independiente de su voluntad sino en su decisión libre y consciente que, además, no puso en conocimiento de la empresa en ningún momento, sin que existiese causa alguna que justificase la falta de notificación, lo que explica que su empleadora, una vez transcurrido un plazo dilatado sin tener

noticias tuyas, procediese a su despido, decisión que no se puede revertir con base en meras especulaciones carentes de cualquier sustento sobre los motivos por los que la actora pudo decidir no personarse en la empresa.

Reitera doctrina: STS 27/06/2018 [rcud 962/17]

DESPIDO OBJETIVO

STS 27/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 2655/2016
Nº de Resolución: 678/2018
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

Resumen: Despido objetivo: determinación del módulo - indemnizatorio y salarial- a tener en cuenta en los supuestos de previa reducción de jornada, acordada en el curso de un ERE anterior. Debe computarse el salario completo, y no el reducido, la medida obedece a iniciativa e interés primordial de la empresa, siquiera ello comporte -a la postre- también un beneficio para el futuro del colectivo de trabajadores, coadyuvando al mantenimiento de los niveles de empleo; b) la reducción tiene carácter transitorio frente a la naturaleza indefinida de la relación que el despido frustra; c) admitir como módulo salarial la retribución correspondiente a la jornada reducida propicia innegablemente el fraude de ley, en tanto que consentiría la instrumentación de la reducción de jornada como antesala para el final abaratamiento del despido; y d) la

justicia material de la precedente solución resulta palmaria en los supuestos -como es el caso- en que se trate de un despido declarado improcedente, pues la ilegitimidad de esta medida -por eso se hace la declaración de improcedencia- vendría a incidir sobre el patrimonio de un trabajador previamente afectado con la medida -ajustada a Derecho, pero innegablemente gravosa- de la reducción operada por el ERTE, de forma que no se presenta razonable que tras el sacrificio de la reducción salarial el trabajador se vea perjudicado -además- con la posterior minoración indemnizatoria.

STS 19/07/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 472/2017
Nº de Resolución: 790/2018
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

Resumen: Despido objetivo: módulo salarial que ha de ser utilizado para determinar la indemnización que al actor corresponde por su despido, y más concretamente -ya en este trámite- el posible cómputo del importe del alquiler de vivienda del trabajador en Canadá, abonado por la empresa. Si es un traslado, por tanto, con vocación de permanencia, es un concepto salarial; si es un desplazamiento, meramente temporal, será un concepto indemnizatorio y, por tanto extrasalarial. En el caso de autos se trata de un concepto indemnizatorio, no salarial

RECURSO DE SUPPLICACIÓN

STS 27/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 793/2017
Nº de Resolución: 682/2018
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Recurso de suplicación: El trabajador presenta demanda el 25 de noviembre de 2015. Reclama el incremento retributivo correspondiente a la promoción horizontal devengada al finalizar el año 2013 (lo que equivale a 2.070,70 €), pero también el importe correspondiente a las sucesivas mensualidades y pagas extraordinarias. Interesa el abono de la cuantía correspondiente desde enero de 2015. Al momento de dictarse la sentencia por el Juzgado de lo Social ello asciende a 4.518 €

La reclamación contenida en la demanda promotora de los presentes autos refiere a una reclamación de complemento salarial, prestación económica periódica de naturaleza salarial, de 188 euros mensuales. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 192.3 LRJS y nuestra doctrina debe cuantificarse en cómputo anual, siendo que se ejercita una acción de reconocimiento de derechos que tiene una perfecta traducción económica en esos términos.

Reiteremos que no se abre la posibilidad del recurso por la mera interposición de una demanda en ejercicio de acción declarativa autónoma si su traducción

económica no alcanza la cuantía requerida. Si lo reclamado en la demanda es el reconocimiento del derecho a percibir la prestación económica de carácter mensual, negada por el empleador, que tiene una traducción económica en cómputo anual inferior a los 3.000 euros, no cabe recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social en aplicación del art. 192.3o LRJS. Que el transcurso del tiempo haga crecer el importe adeudado por el empleador, y que ello sea reconocido por la sentencia atendiendo al estado de cosas existente en ese momento no sirve para alterar la suma litigiosa.

REPSOL

STS 09/07/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 3045/2016
Nº de Resolución: 598/2018
Ponente: JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

Resumen: Repsol: naturaleza de la jornada que se regula en el X Convenio de Repsol Petróleo S.A. para el personal que presta servicios en régimen de turnos en producción y servicios técnicos, no cabe conceptuarla como nocturna, pues en términos de normalidad, una parte de la misma no inferior a un tercio no se efectúa en cómputo anual en turnos de noche.

Para que pudiera considerarse tiempo nocturno de trabajo el regulado en esa forma, de esas 211 jornadas de trabajo, al menos un tercio, 67, deberían corresponder al turno de noche, pero tal

conclusión en absoluto se desprende del sistema de trabajo, porque a las jornadas efectivas de trabajo, que son 182, se añaden 5 con el carácter de formativas - que necesaria y únicamente se desempeñan en turno de mañana o tarde, nunca de noche- y 24 de disponibilidad.

SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADORES MIGRANTES

STS 29/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 4102/2016
Nº de Resolución: 698/2018
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Seguridad Social de Trabajadores Migrantes: puede compatibilizarse el complemento de la Incapacidad Permanente Total (IPT) que la convierte en "cualificada" (IPTC) con una pensión de jubilación abonada por la Seguridad Social de otro Estado de la Unión Europea (UE). -Francia- Cambio de criterio de la Sala IV en cumplimiento de la STJUE 15 marzo 2018, (C-431/16, Caso Blanco Marqués): en que el TJUE declaró:

1) Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el periodo en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro constituye una

cláusula de reducción en el sentido del Reglamento.

2) El Reglamento debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo ha realizado de una disposición legislativa nacional.

3) Un complemento de pensión de incapacidad permanente total y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado son de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento.

4) El Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada sin totalización si esta prestación no está incluida en el anexo del mismo Reglamento.

SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

STS 17/07/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 2834/2016
Nº de Resolución: 766/2018
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Subrogación convencional: alcance del deber de subrogación que establece el art. 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad. En los supuestos de reducción del volumen

de actividad en la nueva contrata, cuando ésta tiene una duración superior a doce meses, la nueva adjudicataria de los servicios de protección y seguridad no está obligada a subrogarse en los contratos de todos los trabajadores empleados por la anterior, sino únicamente en proporción al número de horas de prestación de servicio contratadas.

Doctrina reiterada: la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del art. 41 del ET.» (SSTS de 16 de julio de 2014 (R. 1777/2013), 17 de septiembre de 2014 (Rec. 2069/2013), 22 de septiembre de 2014 (R. 2689/2013), 3 de marzo de 2015 (Rec. 1070/2014). Así mismo, en las sentencias de 3 de marzo de 2015 (R. 1070/2014), 10 de enero de 2017 (R. 1077/2015), 21 de abril de 2017 (R. 258/2016) y 18 de mayo de 2017 (R. 1984/2015). STS 466/2018 de 8 de mayo RCUUD 3484/2016.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

STS 28/06/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 1379/2017
Nº de Resolución: 693/2018

Ponente: JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

Resumen: Sucesión de empresas: ha existido sucesión de empresa en un supuesto de adjudicación de una concesión administrativa (servicios de guardería, comedor y ludoteca) por un Ayuntamiento que cede al nuevo concesionario las instalaciones y los bienes materiales necesarios para el funcionamiento del servicio que le adjudica.

Aunque no haya existido negocio alguno entre el anterior y el nuevo concesionario, ha existido una transmisión de una unidad productiva autónoma, una escuela infantil concreta, que ha sido cedida para su explotación a cambio de un precio a la recurrente, quien, consecuentemente, debió subrogarse en los contratos de los empleados que tenía la anterior concesionaria, sin que sean de recibo las alegaciones relativas a que el pliego de condiciones de la adjudicación no imponía la subrogación en el personal laboral de la anterior concesionaria, ni tampoco el convenio colectivo, por cuanto, la subrogación la impone el artículo 44 del ET por haber existido una sucesión en la prestación de servicios en que consiste la concesión administrativa que nos ocupa y cuya adjudicación supone ceder al adjudicatario la misma. Tampoco pueden estimarse las alegaciones relativas a que simplemente se ha transmitido una actividad, pero no una unidad productiva autónoma, porque los hechos probados las desvirtúan ya que, no sólo se ha concedido la prestación del servicio a

cambio de un precio, sino que esa concesión, temporal, ha ido acompañada de la cesión de los medios materiales necesarios para su prestación, instalaciones, muebles y demás equipamiento necesario para prestar los servicios de guardería y comedor, elementos que, aunque siguen siendo del Ayuntamiento que externaliza y adjudica la prestación del servicio, puede utilizar la concesionaria que viene obligada a pagar su conservación, reposición y sustitución, así como a devolverlos en buen uso, conforme a los inventarios realizados, sin que, finalmente, se deba olvidar que esa unidad productiva, la escuela infantil, estaba en funcionamiento.

STS 04/07/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 2609/2017

Nº de Resolución: 713/2018

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO
PELLICER

Resumen: Sucesión de empresas: existe sucesión de empresa en el supuesto en el que el Ayuntamiento de Lora del Río había adjudicado el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos a la mercantil Urbaser, S.A. y que, tras el período que duró la concesión del servicio - aproximadamente quince años- reversionó al Ayuntamiento que se hizo cargo de la prestación del indicado servicio con parte del personal de Urbaser (siete trabajadores que ya habían pertenecido al Ayuntamiento) y con personal contrato de nuevo al efecto; dándose la circunstancia de que la contratista devolvió a la Administración los

vehículos, la maquinaria e instalaciones con las que venía realizándose la actividad subcontratada.

Estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes, al contrario, para prestar el servicio encomendado hacen falta - son absolutamente imprescindibles- unas instalaciones, un equipamiento importante y unos bienes materiales sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. Los vehículos, la maquinaria los enseres y el utillaje que, estando afectos a la realización de las labores propias de la actividad contratada y que la Administración recuperó, se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la contrata, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata. Ha existido, por tanto, en la operación de reversionó del servicio contratado, la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ayuntamiento. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET.

VACACIONES

STS 04/07/2018 [ir al texto](#)

Nº de Recurso: 1619/2017
Nº de Resolución: 711/2018
Ponente: MARÍA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Vacaciones: la actora tenía reconocido el derecho a dichos 9 días naturales de vacaciones durante la Navidad. Estuvo de baja por incapacidad temporal entre el 17 de noviembre de 2015 y el 4 de enero de 2016. Solicitado el disfrute de aquel periodo a partir del día siguiente, la empresa respondió señalando que no cabía el mismo fuera del periodo navideño. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco le da la razón a la empresas y sostiene que las vacaciones pactadas para fechas concretas no pueden disfrutarse en forma o fechas distintas a las pactadas y que el art. 38.3, párrafo tercero, del ET, en el que se regula el derecho a disfrutar de vacaciones en fechas distintas a las establecidas en el calendario, se refiere exclusivamente a lo que la sentencia recurrida denomina "vacaciones ordinarias", sin que las vacaciones como las que aquí se discuten estén necesitadas de concreción en el calendario.

El TS considera que sí cabe disfrutar esos días de vacaciones pactados para Navidad en el año siguiente al haber estado en situación de IT. Al tal efecto, razona que conviene recordar que el apartado 1 del citado art. 38 ET señala

que «el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual». De tal disposición no cabe inferir que, dentro de las vacaciones, existan dos modalidades distintas, puesto que lo que el legislador hace es remitir al pacto- colectivo o individual- para determinar la duración del periodo de vacaciones anuales retribuidas, con la única condición de que se respete la norma de derecho necesario que impone que en ningún caso la duración sea inferior a 30 días naturales (inciso final del art. 38.1 ET).

Aplica doctrina TJUE: STJUE 18 marzo 2004, Merino Gómez, C-342/01); STJUE 6 abril 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, STJUE 20 enero 2009, Schultz-Hoff, C-350/06 y C-520/06; STJUE 10 septiembre 2009, Vicente Pereda, C-277/08 -en respuesta a una prejudicial española- (reiterada en la STJUE 30 junio 2016, Sobczyszyn, C-178/15), STJUE 21 junio 2012, ANGED, C-78/11 (reiterada en el ATJUE 21 febrero 2013, Maestre García, C-194/12).

Reitera doctrina TS : TS/4a de 24 de junio de 2009 (rcud. 1542/2008), la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo ha sido respetuosa con los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión que acabamos de resumir (STS/4a/Pleno de 3 octubre 2012 -rec. 249/2009 -, 29 octubre 2012 -rcud. 4425/2011 -, 17 enero 2013 -rcud. 1744/2010 -, 5 noviembre 2014 -rec. 210/2013 - y 4 febrero 2015 -rcud. 2085/2013.

JURISPRUDENCIA

Tribunales Superiores de Justicia



DESPIDO COLECTIVO PACTADO

Sentencia del TSJ del País Vasco. Sala de lo Social. [ir al texto](#)

Ponente: Florentino Eguaras Mendiri

Resumen: Despido colectivo pactado. Indemnización mejorada. Persona trabajadora con jornada reducida por razones de guarda legal. Interpretación del pacto. Indemnización a calcular sobre el salario regulador de la jornada completa y no sobre el que venía percibiendo en los últimos tiempos por la jornada reducida.

Accede a nuestro Blog
<http://jpdsocial.blogspot.com.es/>



JURISPRIDENCIA

Juzgados de lo Social



DESPIDO DISCIPLINARIO

Juzgado de lo Social nº 34 Madrid. [ir al texto](#)

Resumen: DESPIDO DE DIRECTIVA CANAL DE ISABEL II PRESUNTAMENTE IMPLICADA EN CASO LEZO. CONFIGURACION DE LA RELACION CONTRACTUAL. Relación laboral ordinaria nevada en especial de Alta dirección por disposición legal (RDL 3/2012, Ley 3/2012 y RD 451/2012) que modificaron el RD 1382/1985 y nuevamente nevada en ordinaria previamente al Despido disciplinario. TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIOS. Exclusión del tiempo de prestación de servicios en régimen de Alta Dirección. Exclusión dl tiempo de suspensión por prisión provisional. Principio de congruencia. SALARIO A EFECTOS INDEMNIZATORIOS. Cálculo. Exclusión de las retribuciones percibidas en virtud de relación de alta dirección. Principio de congruencia resolutive. DEFECTOS FORMALES EN LA TRAMITACION DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR. Finalidad y naturaleza del expediente. Diferencias con las actuaciones penales y los expedientes en materia de Derecho administrativo sancionador. Recusación e Imparcialidad de Instructor y Secretario. Desestimación. Congruencia entre luego de cargos y resolución sancionadora. PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LA FACULTAD SANCIONADORA. Distinto régimen de la misma en el ámbito del Derecho público y del derecho privado. Análisis del art. 60 de la LET y doctrina judicial interpretativa. INTERDICCION DE LA REITERACION SANCIONADORA POR LOS MISMOS HECHOS (NON BIS IN IDEM). Estimación y declaración de improcedencia. Distinción de las medidas cautelares y del ejercicio de la facultad de libre cese. Autos 1316/2017

JURISPRIDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea



DESPIDO COLECTIVO

STJUE 07/08/2018

[ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Artículo 2, apartado 4, párrafo primero — Concepto de “empresa que ejerce el control sobre el empresario” — Procedimientos de consulta a los trabajadores — Carga de la prueba»

En los asuntos acumulados C-61/17, C-62/17 y C-72/17, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín-Brandemburgo, Alemania), mediante resoluciones de 24 de noviembre de 2016, recibidas en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de

2017 (C-61/17 y C-62/17) y el 9 de febrero de 2017 (C-72/17), en los procedimientos entre Miriam Bichat (asunto C-61/17), Daniela Chlubna (asunto C-62/17), Isabelle Walkner (asunto C-72/17) y Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 2, apartado 4, párrafo primero, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «empresa que ejerce el control sobre el empresario» engloba toda empresa vinculada a dicho empresario mediante relaciones de participación en el capital social de este o por otros vínculos jurídicos que le permitan ejercer una influencia determinante sobre los órganos de decisión del empresario y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

STJUE 19/09/2018

[ir al texto](#)

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 2, apartado 2 — Prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad — Convenio colectivo relativo a la seguridad social — Ayuda económica transitoria abonada a los ex trabajadores civiles de las fuerzas aliadas en Alemania — Extinción del derecho a esa ayuda cuando el interesado reúne los requisitos para percibir una pensión de jubilación anticipada concedida a las personas discapacitadas con arreglo al sistema legal de pensiones»

En el asunto C-312/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Landesarbeitsgericht Hamm (Tribunal Regional de lo Laboral de Hamm, Alemania), mediante resolución de 28 de marzo de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de mayo de 2017, en el procedimiento entre Surjit Singh Bedi y Bundesrepublik Deutschland, Bundesrepublik Deutschland in Prozesstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nor el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, en un litigio como el que es objeto del procedimiento principal, se opone a las disposiciones de un convenio colectivo que prevén la extinción del derecho a percibir una ayuda económica transitoria, concedida con el fin de garantizar un medio de vida adecuado a los trabajadores que hayan perdido su puesto de trabajo y hasta que adquieran el derecho a una pensión de jubilación con arreglo al sistema legal de pensiones, cuando esos trabajadores reúnan los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación anticipada prevista para las personas gravemente discapacitadas, con arreglo a dicho sistema.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RELIGIÓN

STJUE 11/09/2018

[ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato — Actividades profesionales de iglesias u otras organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones — Requisitos profesionales — Actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la iglesia u organización — Concepto — Diferencia

de trato basada en la religión o las convicciones — Despido de un trabajador de religión católica, que ejerce responsabilidades directivas, por haber contraído un segundo matrimonio civil tras un divorcio»

En el asunto C-68/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania), mediante resolución de 28 de julio de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de febrero de 2017, en el procedimiento seguido entre IR y JQ, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

– por un lado, una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en unas convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de Derecho privado no puede decidir imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas exigencias relativas a una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión, sin que tal decisión pueda ser objeto, en su caso, de un control judicial efectivo destinado a garantizar que se

cumplen los criterios mencionados en el artículo 4, apartado 2, de esa Directiva, y

– por otro lado, una diferencia de trato, en lo que atañe a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, entre los trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas, en función de su religión o de su irreligión, no es conforme con dicha Directiva, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional.

2) Un tribunal nacional que conozca de un litigio entre particulares está obligado, cuando no le sea posible interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, a garantizar en el ámbito de su competencia la protección jurídica conferida a los justiciables por los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de no discriminación por razón de la religión o de las convicciones consagrado en el artículo 21 de la Carta, y a garantizar la plena eficacia de los derechos derivados de dichos principios, dejando inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional contraria.

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

STJUE 07/08/2018

[ir al texto](#)

Procedimiento prejudicial — Asociación CEE-Turquía — Decisión n.º 2/76 — Artículo 7 — Cláusula de “standstill” — Derecho de residencia de los miembros de la familia de un trabajador turco — Obligación de obtener un visado para la admisión en el territorio de un Estado miembro»

En el asunto C-123/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania), mediante resolución de 26 de enero de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo de 2017, en el procedimiento entre Nefiye Yön y Landeshauptstadt Stuttgart, con intervención de: Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 7 de la Decisión n.º 2/76 del Consejo de Asociación, de 20 de diciembre de 1976, adoptada por el Consejo de Asociación instituido mediante el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara por la República de Turquía, por una parte, y por los Estados miembros de la CEE y la

Comunidad, por otra, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de esta última por la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, debe interpretarse en el sentido de que una medida de Derecho nacional, como la controvertida en el litigio principal, introducida en el período comprendido entre el 20 de diciembre de 1976 y el 30 de noviembre de 1980, que supedita la expedición de un permiso de residencia a efectos de reagrupación familiar en favor de nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un trabajador turco que reside legalmente en el Estado miembro de que se trate, a la obtención por dichos nacionales, antes de entrar en el territorio nacional, de un visado a efectos de dicho reagrupamiento constituye una «nueva restricción» en el sentido de esta disposición. Sin embargo, una medida de este tipo puede estar justificada por razones inherentes al control eficaz de la inmigración y de la gestión de los flujos migratorios, pero únicamente si sus modalidades de aplicación no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

STJUE 06/09/2018 [ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículos 5 y 19, apartado 2 — Trabajadores enviados a un Estado miembro distinto de aquel en que el empleador ejerce normalmente sus actividades — Expedición por el Estado miembro de origen de

certificados A1 tras el reconocimiento por del Estado miembro de acogida de la sujeción de los trabajadores a su régimen de seguridad social — Dictamen de la Comisión Administrativa — Emisión indebida de los certificados A1 — Constatación — Carácter vinculante y retroactivo de dichos certificados — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Legislación aplicable — Artículo 12, apartado 1 — Concepto de persona “enviada en sustitución de otra persona”»

En el asunto C-527/16, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria), mediante resolución de 14 de septiembre de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de octubre de 2016, en el procedimiento seguido por Salzburger Gebietskrankenkasse, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, con intervención de Alpenrind GmbH, Martin-Meat Szolgáltató és Kereskedelmi Kft, Martimpex-Meat Kft, Pensionsversicherungsanstalt, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, en la

redacción que le dio el Reglamento (UE) n.º 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan no solo a las instituciones del Estado miembro en que se ejerza la actividad sino también a los tribunales de este mismo Estado miembro.

2) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n.º 987/2009, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan tanto a las instituciones de seguridad social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos, aun cuando las autoridades competentes de ese último Estado miembro y del Estado miembro en que se ejerza la actividad hayan elevado el asunto a la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social y esta haya llegado a la conclusión de que los certificados habían sido emitidos

indebidamente y de que procedía retirarlos.

3) El artículo 5, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n.º 987/2009, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro al amparo del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, vinculan tanto a las instituciones de seguridad social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad, en su caso con efecto retroactivo, aun cuando los certificados únicamente se hayan expedido después de que el segundo Estado miembro hubiera determinado la sujeción del trabajador en cuestión al seguro obligatorio con arreglo a su legislación.

4) El artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un trabajador enviado por su empleador a otro Estado miembro para realizar un trabajo sea sustituido por otro trabajador enviado a su vez por otro empleador, ha de considerarse que el segundo se ha «enviado en sustitución de otra persona» a efectos de esa disposición, de modo que no podrá acogerse a la norma particular establecida en la disposición para seguir sujeto a la legislación del Estado miembro en que su empleador ejerza normalmente sus actividades.

5) No es relevante a este respecto la circunstancia de que los empleadores de los dos trabajadores de que se trate tengan su domicilio social en el mismo Estado miembro o en su caso mantengan vínculos personales u organizativos.

PROTECCIÓN DE TRABAJADORA EMBARAZADA

STJUE 19/09/2018

[ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Directiva 92/85/CEE — Artículos 4, 5 y 7 — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Trabajadora en período de lactancia — Trabajo nocturno — Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno — Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo — Medidas de prevención — Impugnación por parte de la trabajadora afectada — Directiva 2006/54/CE — Artículo 19 — Igualdad de trato — Discriminación por razón de sexo — Carga de la prueba»

En el asunto C-41/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 30 de diciembre de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de enero de 2017, en el procedimiento entre Isabel González Castro y Mutua

Umivale, Prosegur España, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) El artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, cuando la trabajadora expone hechos

que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

STJUE 07/08/2018

[ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Ámbito de aplicación — Artículo 1, apartado 1 — Transmisiones de empresas — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música — Cesación de la actividad del primer adjudicatario antes de finalizar el curso académico y designación de un nuevo adjudicatario al comenzar el nuevo curso académico — Artículo 4, apartado 1 — Prohibición de despidos motivados por una transmisión — Excepción — Despidos efectuados por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 47»

En el asunto C-472/16, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante auto de 12 de mayo de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 24 de agosto de 2016, en el procedimiento entre Jorge Luis Colino Sigüenza y Ayuntamiento de Valladolid, IN-PULSO MUSICAL, Sociedad Cooperativa, Miguel del Real Llorente, administrador concursal de Músicos y Escuela, S.L., Músicos y Escuela, S.L., Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, al que el Ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de esa actividad, la finaliza dos meses antes de terminar el

curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales.

2. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, donde el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música finaliza esta actividad dos meses antes de terminar el curso académico, despidiendo a la plantilla, y el nuevo adjudicatario reanuda la actividad al comenzar el siguiente curso académico, resulta plausible que el despido se haya efectuado por «razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo», en el sentido del citado precepto, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar al despido de todos los trabajadores y el retraso en la designación de un nuevo contratista de servicios no formen parte de una medida deliberada destinada a privar a estos trabajadores de los derechos que les reconoce la Directiva 2001/23, extremo que deberá comprobar el tribunal remitente.
-

TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

STJUE 20/09/2018

[ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada — Cláusula 4 — Sector público — Profesores de enseñanza secundaria — Nombramiento como funcionarios de carrera, mediante un procedimiento de selección por méritos, de trabajadores con contratos de duración determinada — Determinación de la antigüedad — Toma en consideración parcial de los períodos de servicio prestados en virtud de contratos de trabajo de duración determinada»

En el asunto C-466/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale di Trento (Tribunal de Trento, Italia), mediante resolución de 18 de julio de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de agosto de 2017, en el procedimiento entre Chiara Motter y Provincia autonoma di Trento, El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, para clasificar a un trabajador en una categoría retributiva al ser nombrado funcionario de carrera a través de una selección por méritos, toma en consideración los periodos de servicio prestados por él en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, computándolos íntegramente hasta el cuarto año y parcialmente, en sus dos terceras partes como máximo, más allá de este límite.



JURISPRUDENCIA



Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STEDH 28/08/2018. *Caso Somorjai c. Hungría*. [ir al texto](#)

Resumen: derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH). Violación inexistente.

El caso se refiere a la falta de motivación del rechazo por el Tribunal Supremo húngaro (Kúria) de una solicitud planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en litigio relativo a una pensión. También se denunció la excesiva duración del procedimiento ante los tribunales nacionales. El TEDH declara inadmisibles la queja de la demandante por la denegación de la remisión al TJUE de cuestión prejudicial. Concluye, también por unanimidad, que hubo la violación del Artículo 6 § 1 (derecho a una audiencia imparcial) del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a la duración del procedimiento.

Sobre la cuestión de la petición de decisión prejudicial, el TEDH afirma que ni la negativa a recurrir al TJUE por este medio ni la falta de motivación de esa decisión pueden considerarse arbitrarias. El demandante no solicitó el planteamiento de dicha cuestión en el momento procesal oportuno. Además, los tribunales nacionales consideraron que no había conflicto entre la legislación húngara y la legislación de la Unión Europea (UE). Por lo tanto, el TEDH rechaza, como manifiestamente infundada, la denuncia planteada. En el transcurso del procedimiento, el Tribunal dice que las disputas sobre pensiones deben abordarse con especial diligencia y concluye que la duración del procedimiento en este caso fue excesiva y que los requisitos de su jurisprudencia ("tiempo razonable") no se han cumplido.

DERECHO A LA PROPIEDAD

STEDH 06/09/2018. *Caso Mottola y otros c. Italia*. [ir al texto](#)

Resumen: derecho de propiedad y derecho a un juicio justo: Los dos asuntos tratan sobre la satisfacción justa de la pretensión de pago de pensiones de jubilación. Los demandantes son italianos, todos ellos médicos, que, entre 1983 y 1997, trabajaron en la policlínica de la Universidad Federico II de Nápoles, primero con contratos temporales y luego con contratos indefinidos. Varios médicos en la misma situación acudieron a los tribunales administrativos para obtener el reconocimiento de la existencia de una relación laboral por tiempo indefinido entre ellos y la Universidad, y reclamar así sus derechos sociales relativos a dicha relación. Sus acciones fueron estimadas, tanto ante el TA Regional y después ante el Consejo de Estado. En 2004, los demandantes interpusieron ante el TA Regional un recurso similar al de sus colegas. Al final de procedimiento se declaró la apelación inadmisibile. Al amparo del art.6.1 (Derecho a un proceso justo), los demandantes denuncian que no han tenido acceso a un Tribunal para obtener el reconocimiento de la existencia de una relación de empleo público entre ellos y la Universidad de Nápoles y, como consecuencia, el derecho al pago de las cotizaciones correspondientes relacionadas con su jubilación

Al amparo también del Art. 1 del Protocolo 1 del CEDH denuncia que fueron privados de su derecho a la pensión durante el período trabajador en calidad de interinos debido al rechazo de su demanda por razones de inadmisibilidad.

El TEDH, en las dos sentencias, concluye que la inadmisión de los recursos de los demandantes dirigido a conseguir el pago de sus cotizaciones para la jubilación constituyó una vulneración del art.6.1 CEDH y del art.1 del Protocolo.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

STEDH 13/09/2018. *Caso Big Brother Watch y otros c. Reino Unido*. [ir al texto](#)

Resumen: Vida privada, protección de datos, violación existente.

El caso trata sobre las denuncias de periodistas y organizaciones de defensa de derechos humanos sobre tres regímenes de vigilancia:

- 1) la interceptación masiva de comunicaciones,
- 2) el intercambio de información con estados extranjeros, y
- 3) La obtención de comunicación de proveedores de servicios de comunicación.

El sistema masivo de interceptación y el sistema de obtención datos de comunicación de los proveedores de servicios de comunicación se basan en la Ley

de 2000 regulación de los poderes de investigación. La Inquiry Powers Act 2016, una vez habrá entrado en vigor en su totalidad, hará cambios significativos en estos dos regímenes. Al considerar las denuncias de los solicitantes, el TEDH ha tenido en cuenta la ley en vigor en la fecha de su examen. En su evaluación, no tuvo en cuenta disposiciones de la ley de 2016 que modificará los regímenes relacionados con la interceptación masiva de comunicaciones y obtención de datos de comunicación de proveedores de servicios porque no estaban vigentes en el momento que resulta de interés en la causa. El TEDH concluye, por cinco votos contra dos, que: el régimen de interceptación masiva viola el Artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar / comunicaciones) sobre la base de monitoreo insuficiente aplicado a la elección de "portadores" de Internet para la interceptación, así como al filtro, búsqueda y selección de comunicaciones interceptadas para su examen;; y debido a la insuficiencia de las garantías relacionadas con la selección de "datos de comunicación" relevante "para su consideración".

A este respecto, el TEDH considera que el uso de un sistema de interceptación masiva no viola, por sí mismo, el CEDH, pero sin embargo dicho régimen debe respetar los criterios de la doctrina del TEDH.

El Tribunal también concluyó, por seis votos contra uno, que el sistema para obtener datos de comunicación de proveedores de servicios de la comunicación viola el Artículo 8 porque no es conforme a la ley, y que el sistema masivo de interceptación y sistema de entrada de datos de proveedores de servicios de comunicación viola el art. 10 del CEDH a causa de la insuficiencia de las garantías aplicadas a la información periodística confidencial. Además, el Tribunal declara que el intercambio de información con los estados extranjeros no viola el Artículo 8 ni el Artículo 10.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

STEDH 20/09/2018. Caso *Annen c. Alemania*. [ir al texto](#)

Resumen: libertad de expresión (art.10 CEDH): Vulneración inexistente

Los distintos casos se refieren a una serie de denuncias de un activista antiabortista, Klaus Günter Annen, sobre ciertos mandatos de un tribunal civil relativos a diversas acciones en que Annen había tomado parte en el contexto de una campaña contra el aborto. Los demandantes en el proceso ante los tribunales nacionales fueron cuatro médicos que realizaron abortos.

El Tribunal sostuvo en particular que los mandamientos habían supuesto una injerencia en la libertad de expresión del Sr. Annen, pero que dicha injerencia había sido necesaria en una sociedad democrática. Al examinar si hubo necesidad de tales

injerencias en interés de la "protección de la reputación o los derechos de otros ", es decir, de los médicos, la función del TEDH es determinar si los tribunales nacionales lograron un equilibrio justo al proteger la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 y el derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 de la Convención.

En resumen, el TEDH considera que los mandamientos no fueron desproporcionados con respecto a los legítimos el objetivo perseguido y que las razones aducidas por los tribunales nacionales han sido pertinentes y suficientes. El TEDH señala que las autoridades nacionales llevaron a cabo un análisis detallado de los folletos y página web creada por el Sr. Annen y que las acusaciones del Sr. Annen contra los diversos abortos los médicos no solo habían sido muy serias, sino que también podían haber incitado el odio y la agresión. En esto respecto, el Tribunal consideró aceptable la conclusión de los tribunales nacionales de que las declaraciones del señor Annen, en particular al usar el término "asesinato agravado", podría entenderse como acusaciones personalizadas contra los médicos de haber perpetrado el delito de asesinato agravado.

LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN

STEDH 18/09/2018. Caso *Lachiri c. Belgica*. [ir al texto](#)

Resumen: Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Violación existente.

El TEDH resuelve, por mayoría (seis votos contra uno), que ha habido: Violación del artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) del CEDH.

El caso trata sobre la expulsión de la Sra. Lachiri de la sala de audiencias de un tribunal debido a su negativa a quitarse su *hijab*.

El TEDH considera que la expulsión de la Sra. Lachiri, ciudadana simple, que no representa al Estado, de la sala de audiencias del tribunal constituyó una "restricción" del ejercicio de del derecho a expresar su religión. También considera que la restricción perseguía como objetivo legítimo la "Protección del orden", en particular para evitar comportamientos irrespetuosos hacia la institución judicial y / o perturbadores del correcto desarrollo de la audiencia. El Tribunal concluye, sin embargo, que la forma en que se comportó la Sra. Lachiri cuando entró en la sala del tribunal no fue irrespetuosa, y no constituyó, ni pudo constituir, una amenaza para el buen funcionamiento de la audiencia. Por lo tanto, el Tribunal considera que no se ha justificado la necesidad de la restricción del derecho y que, por tanto, dicha restricción a la libertad de expresar la religión no estaba justificada en una sociedad democrática.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

Protección social: Haciendo el balance, preparando el futuro

En 2019, la OIT celebrará su centésimo aniversario. Esta es una oportunidad para reflexionar sobre los 100 años de protección social y sobre cómo acelerar el logro de una cobertura universal en el futuro. [ir al texto](#)

La OIT a 100 años: un año de conmemoraciones

En 2019, la OIT festejará su centésimo aniversario. El Centenario será una oportunidad para celebrar los logros de la OIT y reafirmar su posición como la organización mundial con autoridad en el mundo del trabajo. [ir al texto](#)

La OIT presenta la nueva identidad visual para celebrar su 100º aniversario

Los principales valores y aspiraciones de la Organización Internacional del Trabajo están reflejados en el símbolo de su centenario. [ir al texto](#)

El Centenario será un hito para la OIT, afirma su Director General Adjunto

Cuando faltan poco más de 100 días para el Centenario de la OIT, el Director General Adjunto de la OIT, Greg Vines, explica en qué punto se encuentra la Organización con los preparativos para el año del aniversario. [ir al texto](#)

Reconocimiento de los derechos de los trabajadores domésticos. [ir a texto](#)

El Director General de la OIT destacó el compromiso del G20 con el futuro del trabajo

Los cambios acelerados que afectan al mundo del trabajo, así como la necesidad de adecuar los sistemas de aprendizaje permanente, fortalecer la protección social y lograr que nadie se quede atrás, fueron temas centrales en la Reunión de Ministros de Trabajo del G20 en Argentina. Por primera vez hubo una reunión conjunta con los Ministros de Educación. [ir al texto](#)

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

El paro registrado se ha reducido en 89.968 personas en el mes de junio. [ir al texto](#)

Camareras de piso

La Mesa del Empleo de Calidad en la Hostelería, presidida por la secretaria de Estado de Empleo, Yolanda Valdeolivas, y con la presencia de los agentes sociales y las Comunidades Autónomas, ha aprobado hoy el reconocimiento de un grupo de enfermedades profesionales para el colectivo de las camareras de piso. [ir al texto](#)

El paro registrado se ha incrementado en 47.047 personas en el mes de agosto. [ir al texto](#)

La Seguridad Social crece en 529.970 afiliados respecto a agosto de 2017. [ir al texto](#)

La Seguridad Social reconoce el Síndrome del túnel carpiano como enfermedad profesional a las camareras de piso. [ir al texto](#)

CALENDARIO ESTADÍSTICO

Contabilidad nacional anual de España. Principales resultados. [ir al texto](#)

Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL) [ir al texto](#)

Primer trimestre de 2018

- El coste laboral de las empresas se sitúa en 2.497,91 euros por trabajador y mes en el primer trimestre de 2018, con una variación del 0,7% respecto al mismo periodo de 2017.
- El coste salarial por trabajador y mes aumenta un 0,8% y alcanza los 1.844,24 euros de media. Por su parte, los otros costes crecen un 0,2%, hasta 653,67 euros por trabajador y mes.
- Durante el primer trimestre de 2018 la jornada semanal media pactada, considerando conjuntamente tiempo completo y tiempo parcial, es de 34,2 horas. De estas, se pierden 4,1 horas a la semana, de las cuales 2,4 son por vacaciones y fiestas disfrutadas.
- El coste laboral por hora efectiva sube un 3,8% en tasa anual, como consecuencia del menor número de horas trabajadas, debido a que la Semana Santa ha tenido lugar este año en el primer trimestre mientras que en 2017 se celebró en el segundo.
- En tasa trimestral, y con datos corregidos de calendario y desestacionalizados, el coste laboral por trabajador no varía respecto al trimestre anterior. El coste por hora efectiva se incrementa un 0,2%.
- Con resultados corregidos de calendario y desestacionalizados, el coste laboral por trabajador aumenta un 0,6% en el primer trimestre de 2018 respecto al mismo periodo de 2017. El coste laboral por hora efectiva crece un 0,8%.
- El número de vacantes es de 101.512 en el primer trimestre de 2018. El 87,8% se encuentra en el sector Servicios.

