Número 204

JURISDICCIÓN SOCIAL

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

Octubre 2019

- Artículos
- Legislación
- Negociación colectiva
- Jurisprudencia
- Organización Internacional del Trabajo
- Administración del Trabajo y Seguridad Social
- NOVEDAD
  Carta social europea: artículos y jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales

Juezas y Jueces *para la* Democracia

Comisión de lo Social
Juezas y Jueces para la Democracia
www.juecesdemocracia.es

INDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

- Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (Gran Sala). **Carlos H. PRECIADO DOMÈNECH**

- Extinción del contrato por “nulidad” sobrevenida. Causa objetiva y situación de discapacidad/enfermedad. **Fernando CABEZAS LEFLER.**

- La reciente doctrina de suplicación sobre la laboralidad de los servicios prestados en el trabajo colaborativo de las plataformas virtuales. **Alicia CATALÁ PELLÓN**

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal
- Comunidades Autónomas

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Comunidades Autónomas

JURISPRUDENCIA

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

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CONOCE LA CARTA SOCIAL EUROPEA: ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

EDITORIAL

Con el presente ejemplar, introducimos una novedad que tiene que ver con la Carta Social Europea. Con la idea de divulgar sus contenidos, un compañero irá publicando mes a mes un artículo de la misma y la jurisprudencia relativa al mismo. El mismo será accesible a través de un enlace que remitirá al documento. Con este número, va lo relativo al primer artículo.

Por lo demás, sin duda la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre control de la actividad del trabajador mediante grabación con cámaras instaladas en el lugar de trabajo ha sido la novedad que consideramos más relevante este mes. A ella se dedica uno de los artículos que contiene el presente ejemplar.

Otra gran novedad es la sentencia del Tribunal Constitucional en materia de despido objetivo por ausencias justificadas del trabajador cuyo fallo ya se ha comunicado a la prensa, así como que la misma cuenta con tres votos particulares. Al tiempo de editar este número, no hemos podido acceder a la misma. Sobre esta misma materia va otro de los artículos que incorporamos.

Otro, también sobre un tema espinoso y actual, como es si existe relación laboral o no de los repartidores de productos en bicicleta y otros medios de transporte similares.

Y junto a ello, los correspondientes apartados de legislación, jurisprudencia y otras sentencias de interés.

Hecho todo ello con el propósito de que sea de utilidad.

ARTÍCULOS

COMENTARIOS DE URGENCIA A LA STEDH 17 OCTUBRE DE 2019 CASO LÓPEZ RIBALDA c. ESPAÑA (GRAN SALA).[1]

Carlos Hugo preciado Doménech
Magistrado Especialista Sala Social del TSJ Catalunya
Doctor en Derecho.

1.- Antecedentes: STEDH 9 enero 2018, Caso López Ribalda c. España (Sala)

Resumen de los hechos:
Las demandantes son cinco españolas residentes en Sant Celoni y Sant Pere de Villamajor, que en 2009 trabajaban para una conocida cadena familiar de supermercados.

La vídeo vigilancia se puso en marcha por la empresa, que quería comprobar unas sospechas de hurto, después de que el director del supermercado en cuestión había denunciado incoherencias entre el nivel de los stocks y las cifras cotidianas de ventas. El empresario instaló cámaras visibles y cámaras ocultas. La empresa informó a los trabajadores/as de la instalación de las cámaras visibles (que enfocaban a las puertas), pero no les dijo nada sobre la presencia de cámaras ocultas (que enfocaban a las cajas).

Por tanto, los trabajadores/as no supieron nunca que eran filmados en las cajas. Todos los trabajadores sospechosos de hurto fueron convocados a entrevistas individuales en las que se les mostraron los vídeos. Las cámaras habían filmado a las demandantes mientras ayudaban a los clientes y a las compañeras a sustraer artículos y los sustraían ellas mismas. Las demandantes reconocieron haber tomado parte en los hurtos y fueron despedidas por razones disciplinarias.

Tres de las cinco demandantes firmaron un acuerdo por el cual reconocían su participación en los hurtos y renunciaban a accionar por despido ante los tribunales laborales mientras que la empresa, por su parte, se comprometió a no promover la iniciación de un proceso penal en contra de ellas. Las dos otras demandantes no firmaron el acuerdo. Todas las demandantes terminaron por ejercitar acciones, pero sus despidos fueron confirmados en primera instancia por el juzgado de lo social y después en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia, sin que fueran admitidos

1 La sentencia puede consultarse en su versión inglesa en:
https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-197098"]}

los recursos de casación que interpusieron. Los Tribunales admitieron las grabaciones de vídeo como pruebas, considerando que habían sido lícitamente obtenidas.

Resumen de la decisión

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, la decisión del TEDH gira en torno a dos ejes vertebradores:

- la vulneración del derecho a la vida privada (art.8 CEDH), de la vídeo vigilancia oculta obtenida sin informar a las trabajadoras de su existencia, finalidad y de sus derechos (art. 5 LOPD); y
- la vulneración del derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH), por admitir dichas pruebas y por admitir la validez de los acuerdos de finiquito firmados por varios trabajadores tras el visionado de las imágenes, alegándose que existió coacción por parte de la empresa, pues les dijo que si no firmaban ejercitarían las correspondientes acciones penales.

Veamos pues, las dos vertientes del Caso López Ribalda que acabamos de exponer.

Sobre la vida privada (art.8 CEDH)

Para empezar, el TEDH señala que el Gobierno español alega que el Estado no es responsable en este caso, dado que los actos litigiosos fueron cometidos por una empresa privada. El TEDH recuerda, sin embargo, que los países están, en virtud del CEDH, vinculados por la obligación positiva de tomar medidas dirigidas a asegurar el respeto de la vida privada y, por tanto, el TEDH debe indagar si el Estado ha ponderado de forma equilibrada los derechos de las trabajadoras y los del empresario. Por tanto, nos hallamos ante un claro caso de eficacia horizontal (Drittwirkung) de los derechos fundamentales, en el que el Estado es también responsable de las infracciones realizadas por particulares y no evitadas por él[2].

Por tanto, el TEDH debe examinar si el Estado, en el contexto de estas obligaciones positivas del art.8, llevó a cabo una ponderación justa entre el derecho a la vida privada de las demandantes y el interés del empresario a la protección de sus poderes de organización y dirección en relación con su derecho de propiedad, así como el interés público en una correcta administración de justicia (vid *Bărbulescu*, § 112).

El TEDH considera, en segundo término, que **el derecho Español impone informar claramente a las personas sobre el almacenamiento y tratamiento de datos personales** (art.5 LOPD), pero las trabajadoras demandantes no fueron debidamente informadas. Los Tribunales resolvieron que esa omisión estaba justificada por la existencia de sospechas razonables de hurto y por la ausencia de otro medio que hubiera permitido proteger suficientemente los derechos del empresario sin afectar tanto el derecho de las demandantes (doctrina de la STC 186/00).

El TEDH apunta que en el presente caso, el empresario decidió instalar cámaras de vigilancia, unas visibles y otros ocultas. Los empleados/as fueron advertidos solo de la existencia de las cámaras visibles enfocadas sobre las salidas del supermercado, pero no fueron informados de la instalación de vídeo vigilancia sobre las cajas.

[2] (vid. von Hannover, § 57; I. v. Finland, § 36; K.U. v. Finland, no. 2872/02, §§ 42-43, ECHR 2008; Söderman, § 78 and Bărbulescu, § 108).

En cuanto al derecho afectado, el TEDH estima que **la vídeo vigilancia oculta de un trabajador en su puesto de trabajo es una injerencia en su derecho a la vida privada**. Este derecho abarca las imágenes grabadas y reproducibles de la conducta de una persona en su puesto de trabajo, a la que el trabajador/a no puede sustraerse, estando obligado/a por el contrato de trabajo. (Vid. *Köpke*). El tribunal, por tanto, no alberga dudas de que las medidas de vídeo vigilancia afectaron a la vida privada de las recurrentes, en el sentido del artículo 8 del CEDH.

El tribunal considera primeramente que la vídeo vigilancia encubierta se llevó acabo después de que subiera detectado pérdidas por el supervisor del supermercado, generando un indicio razonable de hurto cometido por las demandantes como por otros trabajadores y clientes.

El tribunal entiende también que los datos visuales obtenidos implican el almacenamiento y procesamiento de datos personales estrechamente vinculados a la esfera privada de los individuos. Este material fue consiguientemente procesado y examinado por diversas personas que trabajaban para el empresario (entre otros el representante sindical y el representante legal de la empresa) antes de que los recurrentes fueran informados de la existencia de las grabaciones de vídeo.

El Tribunal además **concluye que la legislación vigente en el momento de los hechos, contenía previsiones específicas de protección de datos**. En efecto al amparo del art.5 LOPD, los recurrentes tenían derecho a ser informadas de forma previa, explícita, precisa e inequívoca la existencia de un archivo de datos personales porque los datos serian objeto de tratamiento, La finalidad del tratamiento los responsables de la información, naturaleza obligatoria u opcional de sus respuestas a las cuestiones que se les formularon; las consecuencias de facilitar o rechazar facilitar los datos; la existencia de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; la identidad y dirección del responsable, o en su caso de su representante.
El artículo 3 de la Instrucción número 1/2006, dictada por la AEPD, impone también esta obligación a cualquiera que use sistemas de vídeo vigilancia, en cuyo caso, debe colocar un distintivo indicando las zonas que están bajo vídeo vigilancia, y confeccionar un documento disponible para los interesados/as que contenga la información prevista en el art.5 LOPD.

El TEDH subraya, como reconocen los tribunales españoles, que **el empresario no cumplió con su obligación de informar a los titulares de los datos de la existencia y los fines de la recogida y tratamiento de sus datos personales,** como impone la susodicha legislación nacional. Además de esto, observa que el propio Gobierno español reconoció específicamente que los trabajadores no fueron informados de la instalación de vídeo vigilancia oculta enfocada sobre las cajas, ni de sus derechos conforme a LOPD.

A pesar de ello los Tribunales españoles, consideraron que la medida fue justificada (por existir indicios razonables de hurto); idónea para conseguir el fin propuesto, necesaria y proporcionada; desde el momento en que no había otras medidas igualmente efectivas para proteger los derechos del empresario, que hubieran perjudicado en menor medida el derecho a la vida privada de las demandantes. Así se entendió por el juzgado los social respecto de la primera y segunda recurrente y después se confirmó por el que una superior de justicia de Cataluña respecto de todas las recurrentes, que específicamente declararon que la vídeo vigilancia oculta (y su uso

como prueba en el marco de los procedimientos), había sido realizada al amparo del artículo 20.3 ET., y era proporcionada al fin legítimamente perseguido así como necesaria.

El TEDH distingue el presente caso de la situación examinada en el Caso *Köpke.* En efecto, en ese caso al momento de poner en marcha la vídeo vigilancia de empresario de acuerdo con las sospechas previas de hurto respecto de dos trabajadores, las condiciones bajo las que un empresario podía acudir a la vídeo vigilancia de un trabajador con la finalidad de investigar hechos delictivos no habían entro en vigor (aunque el tribunal Federal alemán de trabajo había desarrollado en su jurisprudencia importantes directrices que regían el marco legal que regulaba la vídeo vigilancia oculta en el lugar de trabajo).

En el caso que nos ocupa, sin embargo, **la legislación vigente en el momento de los hechos establecía claramente que todos responsables del tratamiento de datos debían informar a los interesados de la existencia y finalidades de un sistema de captación y tratamiento de sus datos personales**.
En el caso de autos, en que el derecho de cada interesado a ser informado de la existencia, finalidad y modalidad de vídeo vigilancia está claramente regulado y protegido por la ley, **las recurrentes tenían una expectativa razonable de privacidad.**

Además, en el presente caso, a diferencia de *Köpke,* la vídeo vigilancia oculta no siguió a una sospecha previa contra la recurrentes en concreto, y en consecuencia no estaba orientada a ellas específicamente, sino a toda la plantilla que trabajaba en las cajas registradoras, se llevó a cabo durante semanas, sin ningún límite temporal y durante todo el horario de trabajo.

En *Köpke*, en contraste, la medida de vídeo vigilancia estaba temporalmente limitada -se aplicó durante dos semanas- y sólo dos empleados fueron objeto de la misma. Al contrario, el presente caso, la decisión de adoptar medidas de vídeo vigilancia se basó en una sospecha general sobre toda la plantilla, a la vista de las irregularidades que previamente habían sido reveladas por el director de la tienda.

En consecuencia, el **TEDH no comparte la opinión de los tribunales españoles sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario** para la legítima finalidad de proteger sus intereses en la protección de su derecho de propiedad.

En definitiva, entiende que la vídeo vigilancia llevada a cabo por el empresario, que tuvo lugar durante un prolongado periodo, no cumplió con las exigencias previstas el art. 5 LOPD y, en particular, con la obligación de informar previa, explícita, precisa, e inequívocamente a los interesados/as sobre la existencia y características particulares del sistema de captación de datos de carácter personal

Para terminar el TEDH, considera que los derechos del empresario podrían haberse satisfecho igualmente por otros medios, en particular informando previamente a la recurrente, incluso de una forma general, de la instalación del sistema vídeo vigilancia y proporcionándoles la información que establece la LOPD.
En relación con lo dicho, y respetando el amplio margen de apreciación del Estado, el TEDH concluye en el presente caso, que **los tribunales españoles no llevaron a**

cabo una ponderación justa entre el derecho de los recurrentes al respeto a subir a privada conforme al artículo 8 CEDH, y el interés del empresario a la protección de su derecho de propiedad.

<u>Sobre el derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH):</u> ilicitud de la prueba de vídeo grabación oculta e inexistencia de conexión de antijuridicidad con otros medios de prueba.

En esta segunda vertiente del caso, el TEDH examina si la utilización de las grabaciones de vídeo obtenidas con violación del CEDH ha comprometido el derecho a un proceso justo.

En este sentido, rechaza tal pretensión, pues considera que las demandantes han podido impugnar la autenticidad de las grabaciones en el contexto de los procedimientos contradictorios y que **esas grabaciones no constituían la única prueba que respaldaba las decisiones de los tribunales,** que también se basaron en pruebas testificales. Por tanto, el TEDH descarta que se haya vulnerado el art.6.1 CEDH por valorar prueba ilícita, al existir otros medios de prueba totalmente válidos y sin que hubiera conexión alguna de antijuridicidad de los mismos con el medio de prueba ilícito (la vídeo grabación).

<u>Sobre el derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH):</u> motivación suficiente y razonable sobre la inexistencia de invalidez de los acuerdos de finiquito por no haber coacción

Se aducía la vulneración del derecho a un proceso justo por haberse valorado los acuerdos de finiquito que, al decir de las recurrentes, habrían sido obtenidas bajo coacción o amenaza de denunciar los hechos a la justicia penal.

El TEDH considera el presente caso que los tribunales nacionales abordaron cuidadosamente la admisibilidad y fiabilidad de los acuerdos del finiquito. Recuerda que las trabajadoras tuvieron amplias oportunidades para impugnar tales acuerdos y que los tribunales españoles resolvieron todas las alegaciones formuladas por ellas y ofrecieron razones suficientes para considerar válido el consentimiento. El TEDH, además, constata que los tribunales españoles no han apreciado ninguna prueba de coacción en el sentido alegado por las recurrentes, que las hubiera llevado a la firma de los finiquitos. En particular, los tribunales españoles consideran que el comportamiento del empresario no puede calificarse como una amenaza que invalidase el consentimiento de las recurrentes, sino como el legítimo ejercicio de su derecho decidir si iniciaba o no procesos penales contra los recurrentes, quienes ya habían admitido voluntariamente su implicación en los hurtos. La ausencia de todo indicio de coacción es corroborada por la presencia del representante sindical, así como la del representante legal de la empresa, que estaban presentes en las reuniones en que las trabajadoras firmaron dichos acuerdos.

Por ello, el TEDH concluye que no puede por sí mismo valorar los hechos que aprecia un juez nacional para adoptar una decisión en lugar de otra; pues de hacerlo, estaría actuando como un una cuarta instancia y sobrepasaría los límites impuestos a su jurisdicción (vid., mutatis mutandis, Kemmache v. France (no. 3), 24 November 1994, § 44, Series A no. 296-C).

En conclusión el TEDH respalda la conclusión de los tribunales españoles de que podían utilizarse los acuerdos firmados por las demandantes tercera, cuarta y quinta como prueba, incluso si la firma de tales acuerdos se obtuvo después de que las demandantes hubieran visto las grabaciones de vídeo que eran ilícitas.

2.- Resumen de la STEDH 17/10/2019, CASO LÓPEZ RIBALDA c. ESPAÑA (GRAN SALA)3

Se examinan por la Gran Sala la existencia de violación del art.8 CEDH y del art.6 CEDH, y en ambos casos se concluye que no hubo vulneración de dichos preceptos. Abordaremos la traducción de los apartados 109 a 161 de la sentencia, donde se halla el núcleo de la fundamentación.

2.1.- SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ART.8 CEDH

A) Obligaciones positivas del Estado demandado

109.- El TEDH considera que, en el presente caso, la medida de vídeo vigilancia denunciad por las trabajadores fue impuesta por el empresario, una empresa privado, y por tanto, no puede considerarse como una injerencia por parte del Estado en el ejercicio de los derechos del CEDH. Sin embargo, los demandantes denunciaron que al confirmar los despidos en base a la vídeo vigilancia, los tribunales españoles no protegieron de forma eficaz su derecho a la vida privada.

110. El TEDH reitera que aunque el objeto del Artículo 8 es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia de las autoridades públicas, no solo obliga al Estado a abstenerse de dicha interferencia: además de esa obligación principalmente negativa, pueden derivarse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo por la vida privada o familiar.

Estas obligaciones pueden reclamar la adopción de medidas diseñadas para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de personas privadas entre sí (ver Söderman v. Suecia [GC], no. 5786/08, § 78, CEDH 2013, y Von Hannover (No. 2), citado anteriormente, § 98). De este modo, la responsabilidad del Estado puede verse comprometida si los hechos denunciados se derivan de un incumplimiento de su obligación de garantizar a los interesados el disfrute del derecho consagrado en el Artículo 8 de la Convención (ver Bărbulescu, citado anteriormente, § 110, y Schüth v. Alemania, n. ° 1620/03, §§ 54 y 57, CEDH 2010).

111. En consecuencia, de acuerdo con el enfoque que ha seguido en casos similares, el Tribunal considera que **la demanda debe examinarse desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 8 de la Convención** (véase Bărbulescu, citado anteriormente, § 110; Köpke, citado anteriormente; y De La Flor Cabrera, citado anteriormente, § 32). Si bien los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud de la Convención no se prestan a una definición precisa, los principios aplicables son, sin embargo, similares. En ambos contextos, debe tenerse en cuenta, en particular, el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses privados y públicos en conflicto, equilibrio sujeto en cualquier caso al margen de apreciación del Estado (véase Palomo Sánchez y otros v. España [GC],

[3] Traducción propia. Los destacados en negrita y subrayados son nuestros.

núms. 28955/06 y otros 3, § 62, CEDH 2011, y Bărbulescu, citados anteriormente, § 112). El margen de apreciación va de la mano de la supervisión europea, abarcando tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por tribunales independientes. Al ejercer su función de supervisión, el TEDH no tiene ocupar el lugar de los tribunales nacionales sino revisar, a la luz del caso en su conjunto, si sus decisiones fueron compatibles con las disposiciones del CEDH (ver Peck, citado anteriormente, § 77, y Von Hannover (n. 2), citado anteriormente, § 105).
112. La elección de **los medios adecuados para garantizar el cumplimiento del artículo 8 de la Convención en el ámbito de las relaciones de las personas entre sí es,** en principio, una cuestión que cae dentro del **margen de apreciación de los Estados contratantes**. Hay diferentes maneras de garantizar el respeto por la vida privada y la naturaleza de la obligación del Estado dependerá del aspecto particular de la vida privada que esté en cuestión (véase Von Hannover (no. 2), citado anteriormente, § 104; Söderman, citado anteriormente, § 79; y Bărbulescu, citado anteriormente, § 113).

113. El TEDH ya ha mantenido que, en ciertas circunstancias, **el cumplimiento de las obligaciones positivas** impuestas por el Artículo 8 **requiere que el Estado adopte un marco legislativo para proteger el derecho en cuestión** (ver X e Y v. Holanda, 26 de marzo de 1985, §§ 23, 24 y 27, Serie A no. 91, y MC v. Bulgaria, no. 39272/98, § 150, CEDH 2003 XII, sobre casos de agresión sexual a menores; y Codarcea v. Rumania, no. 31675 / 04, §§ 102 04, 2 de junio de 2009, por negligencia médica). Con respecto a los actos más graves, como la violación, esta obligación puede llegar a requerir la adopción de disposiciones de derecho penal (véase M.C.v. Bulgaria, citado anteriormente, § 150).

Con respecto a **los actos menos graves entre individuos** que pueden afectar los derechos protegidos por el Artículo 8, la Corte considera que el Artículo 8 **deja a discreción de los Estados decidir si aprobar o no una legislación específica y verifica que las garantías existentes fueran capaces de proporcionar una protección suficiente de los derechos en cuestión** (véase, sobre la protección de la integridad personal de un menor, Söderman, citado anteriormente, §§ 86-91; y sobre el derecho a la protección de la imagen de uno, Von Hannover (n. 2), citado anteriormente, §§ 95-126, y Reklos y Davourlis, citado anteriormente, §§ 34-43).

114. En lo que respecta, más concretamente, a la vigilancia de los trabajadores en el puesto de trabajo, el TEDH ha considerado que el Artículo 8 deja libertad de los Estados decidir si promulgar o no una legislación específica sobre vídeo vigilancia (véase Köpke, citado arriba) o la vigilancia de la correspondencia no profesional y otras comunicaciones de los empleados (ver Bărbulescu, citado arriba, § 119). No obstante, ha señalado que, independientemente de la libertad de la que gocen los Estados para elegir los medios más adecuados para la protección de los derechos en cuestión, **las autoridades nacionales deben garantizar que la introducción por un empleador de medidas de vigilancia que afecten el derecho al respeto de los asuntos privados, la vida o la correspondencia de sus trabajadores, sea proporcionada y se acompañe de garantías adecuadas y suficientes para evitar el abuso** (ver Bărbulescu, citado anteriormente, § 120, y Köpke, citado arriba).

115. En la **sentencia Bărbulescu, el TEDH estableció un cierto número de requisitos que debe cumplir cualquier supervisión de la correspondencia y las comunicaciones de los empleados** para no violar el Artículo 8 del Convenio (véase

Bărbulescu, citado anteriormente, § 121) También concluyó en esa sentencia que, para **garantizar el cumplimiento efectivo de esos requisitos, los empleados en cuestión deben tener acceso a un recurso ante un órgano judicial independiente** con jurisdicción para determinar, al menos en esencia, si se cumplieron las condiciones pertinentes (ibid., § 122).

116. El Tribunal considera que los **principios establecidos en la sentencia Bărbulescu**, algunos de los cuales provienen de la decisión de Köpke, que se referían a hechos similares a los del presente caso, s**on extrapolables, *mutatis mutandis*, a las circunstancias, en el que un empleador puede implementar medidas de vídeo vigilancia en el lugar de trabajo**. Estos criterios **deben aplicarse teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de nuevas tecnologías,** que pueden permitir tomar medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de los empleados.

En ese contexto, **para garantizar la proporcionalidad de las medidas de vídeo vigilancia** en el lugar de trabajo, **los tribunales nacionales deben tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesan los diversos intereses en competencia:**
*(i) Si el **trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empleador adopte medidas de vídeo vigilancia y de la implementación de tales medidas**. Si bien en la práctica los trabajadores pueden ser informados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso**, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza del vídeo vigilancia y debe darse anterior a su aplicación de la***

*(ii) **El alcance del vídeo vigilancia por parte del empleador** y el **grado de intrusión en la privacidad del empleado**. En este sentido, se debe tener en cuenta el **nivel de privacidad en el área que se está vigilando,** junto con las li**mitaciones de tiempo y espacio y la cantidad de personas que tienen acceso a los resultados**.*

*(iii) Si el **empleador ha proporcionado razones legítimas para justifica**r la vídeo vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más **intrusivo sea la vídeo vigilancia, mayor será la justificación que se requerirá.***

*(iv) Si **hubiera sido posible establecer un sistema de vídeo vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos**. A este respecto, debe haber una evaluación a la luz de las **circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del empleado.***

*(v) Las **consecuencias de la vídeo vigilancia para el trabajador sujeto a él**. Debe tenerse en cuenta, en particular, el **uso que hace el empleador de los resultados de la supervisión** y si dichos **resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado** de la medida.*
*(vi) Si el **trabajador ha recibido las garantías apropiadas**, especialmente cuando las operaciones **vídeo vigilancia del empleador son de naturaleza intrusiva**. Dichas garantías pueden tomar la forma, entre otras, de **proporcionar información a los empleados interesados** o **a los representantes del personal** en cuanto a la instalación y el alcance de la vídeo vigilancia, o una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja .*

117. Por lo tanto, el TEDH determinará en el presente caso si la legislación interna, y en particular su aplicación por los tribunales sociales que examinaron los casos de los demandantes, proporcionaron protección suficiente, al sopesar los intereses en conflicto, de su derecho al respeto de su vida privada.

B) Aplicación al presente caso de los principios mencionados anteriormente

118. En el presente caso, las obligaciones positivas impuestas al Estado por el artículo 8 de la Convención requerían que las autoridades nacionales establecieran un **equilibrio justo entre dos intereses en conflicto**, a saber, por un lado, **el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y, por otro lado, la posibilidad de que su empleador garantice la protección de la propiedad y el buen funcionamiento de su empresa, en particular ejerciendo su autoridad disciplinaria.**

119. El Tribunal observa desde el principio que al tiempo de los hechos enjuiciados, **la ley española había establecido un marco legal destinado a proteger la vida privada de los trabajadores en situaciones como la del presente caso**. Por lo tanto, **la Ley de Protección de Datos Personales y la Instrucción no. 1/2006 específicamente sobre vídeo vigilancia preveía un cierto número de garantías y condiciones** que debían cumplirse con cualquier medida de vídeo vigilancia y el consiguiente tratamiento de datos personales. **El incumplimiento de estas garantías podría dar lugar a sanciones administrativas y comportar la responsabilidad civil del responsable del tratamiento de los datos** (véanse los párrafos 46 y 48 anteriores). Además, **el Artículo 20 § 3 del Estatuto de los trabajadores limitaba el uso de la supervisión por parte del empleador**, en lo que respecta **al cumplimiento por parte de los empleados de sus deberes laborales**, al exigir que las medidas tomadas en ese sentido fueran **compatibles con su dignidad humana.** Además, las reglas de **procedimiento aplicables requerían que los tribunales nacionales excluyeran cualquier prueba obtenida en violación de un derecho fundamental**.
Por último, **hubo jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional que exigía que cualquier medida que interfiriera con la privacidad de los empleados tuviera que perseguir un objetivo legítimo** ("prueba de adecuación") y que **fuera necesario** para el cumplimiento del objetivo perseguido. ("Prueba de necesidad") y **proporcional a** las circunstancias de cada caso ("prueba de proporcionalidad estricta") (véanse los párrafos 54 y siguientes supra).
120. En estas circunstancias, el **TEDH observa que el marco jurídico que estaba en vigencia en virtud de la legislación interna no se discute en el presente caso**. De hecho, los **demandantes no han cuestionado la pertinencia de ese marco** (véase el párrafo 97 supra), pero argumentaron que **fue precisamente la negativa de los tribunales sociales** a alcanzar las conclusiones apropiadas **derivadas incumplimiento por parte del empleador de su obligación de ley nacional de proporcionar información, lo que había violado la Convención**.
121. En consecuencia, el **TEDH valorará la forma en que los tribunales nacionales ante los que recurrieron los demandantes examinaron su queja de que se había violado su derecho al respeto de su vida privada en el lugar de trabajo** y si, como argumentó el Gobierno, las garantías de otras leyes nacionales podrían haberles proporcionado la protección adecuada.

122. El Tribunal comenzaría señalando que **los tribunales laborales identificaron los diversos intereses en juego**, refiriéndose **expresamente al derecho de los**

demandantes a respetar su vida privada y al equilibrio entre ese derecho y el interés del empleador en garantizar el buen funcionamiento de la empresa ejerciendo sus poderes de gestión. Por lo tanto, determinará cómo esos tribunales tuvieron en cuenta los factores enumerados anteriormente cuando sopesaron estos intereses

123. Los tribunales nacionales primero determinaron, de conformidad con los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que **la instalación de la vídeo vigilancia había sido justificada por razones legítimas**, a saber, la sospecha presentada por el gerente del supermercado derivada de **pérdidas significativas registradas** durante varios meses, que se habían cometido robos. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en tomar medidas para descubrir y sancionar a los responsables de las pérdidas, con el objetivo de **garantizar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa**.

124. Después, los **tribunales nacionales examinaron el alcance de la supervisión y el grado de intrusión en la privacidad de los demandantes**, concluyendo **que la medida era limitada en cuanto a las áreas y al personal que se estaba vídeo vigilando**, ya que **las cámaras solo cubrían el área de pago,** lo que **probablemente estar donde ocurrieron las pérdidas**, y que su **duración no había excedido lo necesario** para confirmar las sospechas de robo. En opinión del Tribunal**, esta evaluación no puede considerarse irrazonable**. Señala que la **vídeo vigilancia no cubrió todo el centro de trabajo**, sino que **se centró en las áreas alrededor de las cajas,** donde **probablemente se cometieron robos**. Las tres demandantes que trabajaban como cajeras fueron vídeo vigiladas por cámaras de CCTV durante su jornada laboral. Como resultado de **sus trabajos dentro de la empresa, no pudieron evadir estas grabaciones, que estaban dirigidas a todo el personal que trabajaba en el área de pago, y se operaban permanentemente y sin ninguna limitación** (contraste Köpke, citado anteriormente, sobre un solicitante que fue tanto una dependienta como una cajera de la tienda en cuestión, la medida de vídeo vigilancia no cubre la totalidad de su lugar de trabajo). **Hasta cierto punto, se encontraron en áreas limitadas** (ver, mutatis mutandis, Allan v. The United Kingdom, no. 48539/99, § 35, ECHR 2002 IX, y Perry, citado anteriormente, §§ 39-43). En cuanto a los demandantes cuarto y quinto, las cámaras de CCTV los filmaron cada vez que pasaban por el área de pago.

125. Al mismo tiempo, debe señalarse que las **tareas de las demandantes se realizaban en un lugar abierto al público y que implicaba un contacto permanente con los clientes**. A este respecto, el Tribunal considera **que es necesario distinguir**, en el análisis de la **proporcionalidad de una medida de vídeo vigilancia**, los **diversos lugares en los que se llevó a cabo la supervisión**, a la luz de la **protección de la privacidad** que un empleado razonablemente podría esperar. Esa **expectativa es muy alta en lugares privados por naturaleza, como inodoros o guardarropas**, donde se justifica **una mayor protección**, o incluso una prohibición total de la vídeo vigilancia (ver, en este sentido, los instrumentos internacionales relevantes citados en los párrafos 61 y 65 arriba). Sigue **siendo alta en áreas de trabajo cerradas como oficinas**. Es **manifiestamente menor en lugares visibles o accesibles para colegas o, como en el presente caso, para el público en general**.

126. En cuanto **al alcance de la medida a lo largo del tiempo**, el Tribunal observa que, si bien, como argumentaron los demandantes, **el empleador no había**

establecido de antemano la duración de la vídeo vigilancia, en r**ealidad duró diez días y cesó tan pronto los empleados responsables habían sido identificados**. Por lo tanto, la **duración de la monitorización no parece excesiva en sí misma** (compárese Köpke, citado anteriormente, donde no se encontró que una duración de catorce días fuera desproporcionada). **Por último, solo el gerente del supermercado, el representante legal de la empresa y el representante sindical vieron las grabaciones obtenidas a través de la vídeo vigilancia impugnada antes de que las propias trabajadoras hubieran sido informado**s. Teniendo en cuenta estos factores, el Tribunal considera que la intrusión en la privacidad de las demandantes no alcanzó un alto grado de seriedad.

127. En cuanto a las **consecuencias del control impugnado** para las demandantes, el Tribunal considera que **fueron importantes porque los empleados afectados fueron despedidos sobre la base de las grabaciones obtenidas por ese medio**. Sin embargo, observa, como también señalaron los tribunales nacionales, que **la vigilancia por vídeo y las grabaciones no fueron utilizadas por el empleador para ningún otro propósit**o que **no fuera descubrir a los responsables de las pérdidas registradas de bienes y tomar medidas disciplinarias** contra ellos (compárese con Peck, citado anteriormente, §§ 62-63, donde las imágenes grabadas por una cámara CCTV de lugares públicos que mostraban el intento de suicidio del solicitante habían sido distribuidas a los medios de comunicación).

128. Además, los tribunales nacionales consideraron que, en las circunstancias del caso, no **había otro medio para cumplir el objetivo legítimo perseguido y que, por lo tanto, la medida debería considerarse "necesaria" en el sentido de la doctrina del Tribunal Constitucional.** Ley (véase el párrafo 33 supra). Incluso **si hubiera sido deseable que los tribunales nacionales hubieran examinado de manera más intensa la posibilidad de que el empleador hubiera utilizado otras medidas que implican una menor intrusión en la vida privada de los trabajadores,** el **Tribunal no puede dejar de notar que el alcance de las pérdidas identificadas por el empleador indicaban que varios trabajadores habían cometido robos y que el suministro de información a cualquier miembro del personal podría haber frustrado el propósito de la vídeo vigilancia,** que era, como señalaron esos tribunales, **descubrir a los responsables por los robos**, pero también para **obtener evidencia para su uso en procedimientos disciplinarios en su contra.**

129. El Tribunal considera, además, que **la legislación nacional prescribe un cierto número de garantías con el fin de evitar cualquier interferencia indebida** con los derechos de las personas **cuyos datos personales están sujetos a recopilación o procesamiento**. La Ley de Protección de Datos Personales, en particular, **confirió a esas personas el derecho a ser informadas de antemano de tales garantías,** según lo dispuesto en el art. **5 de la Ley (LO 15/99),** junto con un **derecho de acceso, rectificación y eliminación con respecto a los datos recopilados.** El **requisito de proporcionalidad en la obtención y uso de las imágenes obtenidas a través de vídeo vigilancia fue expresamente establecido por la Instrucción no. 1/2006** y, según la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tribunales nacionales tuvieron que revisar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de tales medidas** a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (véanse los párrafos 47, 50 y 54 supra).

130. Por último en **cuanto a si se informó a los demandantes de la instalación de la vídeo vigilancia**, el Tribunal observa que **no se discute que se instalaron dos tipos de cámaras** en el supermercado donde trabajaban: por **un lado , cámaras visibles dirigidas hacia las entradas y salidas de la tienda**, de las cuales el **empleador había informado** al personal; y, por otro, **cámaras ocultas dirigidas a las áreas de pago**, de las cuales **ni los demandantes ni los demás miembros del personal habían sido informados.** En las observaciones de las partes se indicó que uno o más paneles informativos se habían colocado en el supermercado para notificar al público la presencia de cámaras de CCTV, pero no se ha determinado el contenido exacto de la información en estos paneles.

131. El Tribunal observa que, si **bien tanto la legislación española como las normas internacionales y europeas pertinentes no parecen requerir el consentimiento previo de las personas que se someten a vídeo vigilancia** o, en general, que tienen sus datos personales recopilados, esas normas establecen que, en principio, **es necesario informar a las personas interesadas, de forma clara y previa a la implementación, de la existencia y las condiciones de dicha recopilación de datos, aunque solo sea de manera general** (véanse los párrafos 47, 60 y 63 anteriores). El **TEDH considera que el requisito de transparencia y el consiguiente derecho a la información son de naturaleza fundamental**, **particularmente en el contexto de las relaciones laborales,** donde el em**pleador tiene poderes significativos con respecto a los empleados y se debe evitar cualquier abuso de esos poderes** (ver párrafos 61-62 y 64-65 arriba). Sin embargo, **hay que subrayar que la facilitación de información al individuo que se está vídeo vigilando y su alcance, constituyen solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso dado**. No obstante, **si falta dicha información, las garantías derivadas de los otros criterios serán aún más importantes**.

132. En el presente caso, el Tribunal observa que **los tribunales laborales que examinaron las reclamaciones de los demandantes llevaron a cabo un ejercicio de ponderación específico** entre, por un lado, su **derecho al respeto de su vida privada** y, por otro, el **interés del empleador en asegurar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa.** Señala que los **criterios de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y seguidos en el presente caso son similares a los que ha desarrollado en su propia jurisprudencia el TEDH.** Los tribunales nacionales verificaron así si la vídeo vigilancia estaba justificada por una finalidad legítima y si las medidas adoptadas con ese fin eran apropiadas y proporcionadas, observando en particular que el objetivo legítimo perseguido por el empleador no podía lograrse con medidas que fueran menos intrusivas para los derechos de las demandantes.
133. Es cierto que los tribunales laborales no tuvieron en cuenta que el empleador, como alegan las demandantes, **no les proporcionó la información previa requerida por la sección 5 de la Ley de Protección de Datos Personales**, ya que **consideraron que el asunto era irrelevante e incapaz de afectar a la proporcionalidad**, en el sentido constitucional, de la medida, **siempre que se cumpliesen los demás criterios establecidos por el Tribunal Constitucional**. Dada la importancia del derecho a la información en tales casos, **el Tribunal considera que solo un requisito primordial relacionado con la protección de intereses públicos o privados importantes podría justificar la falta de información previa**.

134. Sin embargo, **en las circunstancias específicas del presente caso**, **teniendo en cuenta** particularmente **el grado de intrusión en la privacidad de los demandantes** (véanse los párrafos 125 a 26 supra) **y las razones legítimas que justifican la instalación de la vídeo vigilancia,** el **Tribunal considera que los tribunales sociales pudieron, sin sobrepasar el margen de apreciación otorgado a las autoridades nacionales, considerar que la interferencia con la privacidad de las demandantes fue proporcional** (véase, para una situación similar, Köpke, citado anteriormente). Por lo tanto, **aunque no puede aceptar la proposición de que,** en términos generales, **la más sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de vídeo vigilancia encubierta por parte del empleador**, la **existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave que comprometido la propiedad y dado el alcance de las pérdidas identificadas en el presente caso puede parecer una justificación importante**.

Esto es aún más cierto en una situación en la **que el buen funcionamiento de una empresa está en peligro no solo por la sospecha de mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados**, ya que esto crea una **atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo.**

135. Además, como argumentó el Gobierno, **las demandantes tenían a su disposición otros recursos, según lo dispuesto por la Ley de Protección de Datos Personales**, con el propósito específico **de obtener sanciones por incumplimiento de esa legislación**. Por lo tanto, **las demandantes podrían haberse quejado ante la Agencia de Protección de Datos de un incumplimiento por parte del empleador de cumplir con su obligación de proporcionar información previa**, como exige el art. 5 de esa Ley (LO 15/99). La Agencia tenía el poder de investigar la presunta violación de la ley e imponer sanciones financieras a la persona responsable. También podrían haber remitido el asunto a los tribunales ordinarios para obtener reparación por la presunta violación de sus derechos en virtud de la Ley de Protección de Datos Personales. El Tribunal observa a este respecto que, si bien la jurisprudencia citada por el Gobierno (véase el párrafo 49 supra) se refiere a una situación que no es idéntica a la del presente caso, **el derecho a obtener reparación por daños causados por una violación de la Ley de protección de datos personales se estableció expresamente en la sección 19 de la misma y no hay ninguna razón para cuestionar la efectividad de ese remedio ahora**.

136. La legislación nacional había puesto a disposición de **las demandantes otros recursos para asegurar la protección específica de sus datos personales**, pero **decidieron no utilizarlos**. A este respecto, el **Tribunal reitera que la protección efectiva del derecho al respeto de la vida privada en el contexto de la vídeo vigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios, que pueden estar comprendidos en el derecho laboral, pero también en el derecho civil, administrativo o penal** (véase, mutatis mutandis, Bărbulescu, citado anteriormente, § 116).

137. En esas circunstancias, teniendo en cuenta las importantes garantías previstas por el ordenamiento jurídico español, incluidos los recursos que las demandantes no utilizaron, y el peso de las consideraciones que justifican la vídeo vigilancia, tal como lo tienen en cuenta los tribunales nacionales, el **Tribunal concluye que las autoridades**

nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 de la Convención, tales como sobrepasar su margen de apreciación. En consecuencia, no ha habido violación de esa disposición.

2.2.- SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ART.6 CEDH

Se denuncia por las demandantes que las grabaciones obtenidas vulnerando su derecho al respeto a la vida privada se admitieron y utilizaron en juicio, lo que supondría una infracción del art. 6 CEDH.

a) La valoración del Tribunal

1. Principios generales

149. El TEDH reitera que su único deber, de conformidad con el artículo 19 CEDH, es garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención. En particular, **carece de competencia para examinar una demanda que alegue que los tribunales nacionales han cometido errores de derecho o de hecho**, excepto cuando considere que **dichos errores pueden haber implicado una posible violación de cualquiera de los derechos y libertades establecidos en el Convención**.

Si bien el **artículo 6 garantiza el derecho a una juicio justo**, **no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de las pruebas** como tal, lo **cual es principalmente una cuestión de regulación en virtud de la legislación nacional** (véase Schenk v. Suiza, 12 de julio de 1988, § 45, Serie A no 140 y García Ruiz v. España [GC], no 30544/96, § 28, CEDH 1999 I). Normalmente, cuestiones como el **peso asignado** por los tribunales nacionales **a ciertos elementos de prueba o** las **conclusiones o valoraciones** que alcanzan en el caso concreto, no son elementos que el TEDH pueda los revisar. El Tribunal **no debe actuar como tribunal de cuarta instancia** y, por lo tanto, no cuestionará en virtud del Artículo 6 § 1 la sentencia de los tribunales nacionales, a **menos que sus conclusiones puedan considerarse arbitrarias o manifiestamente irrazonables** (véase Bochan v. Ucrania (núm. 2) [GC], nº 22251/08, § 61, CEDH 2015).

150. Por lo tanto, **no corresponde al Tribunal determinar**, **por principio,** si determinados tipos de pruebas, por ejemplo, las pruebas obtenidas ilegalmente en términos de derecho interno, pueden **ser admisibles**. La pregunta que debe responderse **es si los procedimientos en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvieron las pruebas, fueron justos**. Esto implica un **examen de la ilegalidad en cuestión** y, en lo que respecta a la violación de otro derecho de la Convención, la naturaleza de la violación encontrada (ver PG y JH v. Reino Unido, citado anteriormente, § 76, y Gäfgen v. Alemania [GC], nº 22978/05, § 163, CEDH 2010).

151. En lo que respecta a la **naturaleza de la ilegalidad o de la violación** del CEDH, mientras que el **uso de pruebas obtenidas como resultado de una medida que viola el Artículo 3 siempre** plantea **serios problemas en cuanto a la imparcialidad del procedimiento** (ver Gäfgen, citado anteriormente, § 165), la **cuestión de si el uso como prueba de la información obtenida en violación del artículo 8 o de la ley nacional convirtió un juicio en su conjunto injusto, contrario al artículo 6,** debe determinarse **con respecto a todas las circunstancias del caso, incluido el respeto**

de los derechos de defensa del solicitante y la calidad e importancia de la prueba en cuestión. En particular, debe **examinarse si el demandante tuvo la oportunidad de impugnar la ilicitud de la prueba** y de oponerse a su uso. Además, debe **tenerse en cuenta la calidad de la prueba, al igual que la cuestión de si las circunstancias en las que se obtuvo arrojan dudas sobre su fiabilidad o precisión** (véase Schenk, citado anteriormente, §§ 46-48; PG y JH v Reino Unido, citado anteriormente, §§ 77-79, y Gäfgen, citado anteriormente, § 164). Si bien **no surge necesariamente ningún problema de equidad cuando la prueba obtenida no fue respaldada por otro material**, cabe señalar que cuando la la prueba es muy conclusiva y no hay riesgo de que no sea confiable, la necesidad de prueba de corroboración es consecuentemente más débil (ver Gäfgen, citado anteriormente, § 164).

152. El Tribunal observa que los principios establecidos anteriormente sobre la admisibilidad de las pruebas se **desarrollaron en un contexto de derecho penal, aunque ya ha tenido la oportunidad de aplicarlos en un caso relativo a la justicia de los procedimientos civiles** (véase Vukota-Bojić, citado arriba, §§ 92-100). Observa que, si bien las **garantías de "juicio justo" no son necesariamente las mismas en los procedimientos de derecho penal y civil, los Estados que tienen mayor libertad en el tratamiento de casos civiles,** sin embargo, pueden **inspirarse al examinar el carácter justo de de los proceso civiles, a partir de los principios desarrollados bajo la extremidad penal del artículo** 6 (ver Carmel Saliba v. Malta, no. 24221/13, § 67, 29 de noviembre de 2016). **En el presente caso, el Tribunal considera que los principios en cuestión son aplicables a su examen de la justicia de los procedimientos civiles en cuestión.**

2. Aplicación al presente caso

153. El Tribunal examinará la queja de una violación del Artículo 6, hecha por los cinco demandantes sobre la base de la admisión como evidencia de grabaciones de vídeo vigilancia, y luego la queja de una violación de esa disposición hecha por el tercero, cuarto y quinto demandantes con respecto a la aceptación de los acuerdos de solución firmados por ellos.

(a) Consideración de las imágenes de vídeo vigilancia como parte de prueba

154. El Tribunal señala que no aprecia una violación del artículo 8 CEDH a causa de la vídeo vigilancia a la que fueron sometidas las demandantes (véase el párrafo 137 supra). Señala, sin embargo, que las demandantes argumentaron que la vídeo vigilancia se había instalado con **infracción de la obligación legal establecida por la legislación nacional de proporcionar información previa** y que **los tribunales laborales no abordaron esa cuestión**, ya que **consideraron que no era pertinente** (ver párrafo 34 supra). Por lo tanto, el **TEDH examinará si el uso como prueba de las imágenes obtenidas mediante la vídeo vigilancia en cuestión socava la imparcialidad del procedimiento en su conjunto.**

155. El Tribunal comienza señalando que, en el contexto de los procedimientos ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia, las **demandantes tuvieron acceso a las grabaciones obtenidas mediante la vídeo vigilancia impugnada y pudieron impugnar** su autenticidad y **oponerse a su uso como prueba**. Los tribunales nacionales **examinaron el argumento de las demandantes de que las grabaciones debían excluirse del expediente del caso porque se habían obtenido en violación**

de un derecho fundamental y en sus decisiones dieron un amplio razonamiento sobre este punto. De este modo**, concluyeron que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la vídeo vigilancia no se había implementado en violación del derecho de los demandantes a respetar su vida privada**. **Apreciaron además que las imágenes obtenidas de la vídeo vigilancia no eran los únicos medios de prueba en el proceso.**

156. En cuanto a la calidad de las pruebas, el Tribunal señala que **los demandantes no cuestionaron en ningún momento la autenticidad o precisión de las imágenes grabadas** mediante vídeo vigilancia, ya que **su queja principal se basaba en la falta de información previa** sobre la instalación de las cámaras. Los tribunales nacionales, por su parte, **valoraron que las grabaciones presentaban suficientes garantías de autenticidad**. Dadas las circunstancias en las que se obtuvieron las grabaciones, el **Tribunal no ve ninguna razón para cuestionar su autenticidad o fiabilidad. P**or lo tanto, **considera que constituían pruebas sólidas** que no necesariamente tenían que ser corroboradas por otro material.

157. No obstante**, el TEDH constata que las grabaciones en cuestión no fueron la única prueba en la que los tribunales nacionales basaron sus conclusiones**. De sus sentencias se puede también observar que **tuvieron en cuenta el interrogatorio de las demandantes**, el **testimonio del gerente del supermercado**, **el representante legal de la compañía y el representante del personal,** ante quienes **las demandantes habían admitido la mala conducta**, y el **informe pericial que contrasta las imágenes grabadas con la vídeo vigilancia y los recibos de caja.** El Tribunal observa que los **recibos de caja, constituyen una prueba objetiva que no está "contaminada" por la visualización de las grabaciones**, mostraron que un número significativo de compras habían sido canceladas sin pago. Con respecto a los demandantes, tercero, cuarto y quinto, los tribunales también se basaron en su reconocimiento de los hechos en los acuerdos de solución que habían firmado. Habiendo **examinado este marco probatorio en su conjunto, encontraron que los hechos estaban ampliamente acreditados.**

158. A la luz de lo anterior, el **Tribunal considera que el uso como prueba de las imágenes obtenidas por vídeo vigilancia no socava la justicia del proceso en el presente caso**.

(b) Valoración de los acuerdos de despido firmados por los demandantes tercero, cuarto y quinto

159. Para empezar, el TEDH considera que los tribunales nacionales aceptaron los acuerdos de extinción del contrato firmados por estos tres demandantes, ya que consideraron que su consentimiento no había sido viciado. Sin embargo, a diferencia del Juzgado de lo Social, que determinó que, al firmar esos acuerdos, renunciaron a su derecho a emprender acciones legales, el Tribunal Superior de Justicia, que falló en un grado superior, determinó que esos acuerdos no constituían una renuncia de los demandantes de su derecho de acceso a un tribunal y examinó el caso sobre el fondo. Valoró que los **acuerdos dieron lugar a la aceptación inequívoca por parte de los demandantes de la decisión del empleador de rescindir sus contratos de trabajo por los motivos establecidos en la carta de despido**. En esas circunstancias, el Tribunal considera **que la demanda, según lo establecido por los demandantes**, se **relaciona con la evaluación por los tribunales nacionales de la validez y la importancia de la prueba.**

160. El TEDH consideras a este respecto que **las tres demandantes pudieron impugnar la validez de los acuerdos de despido y oponerse a su admisión como prueba**. Los tribunales nacionales analizaron todos los argumentos presentados por esos demandantes y consideraron que las circunstancias del presente caso **no indicaban ninguna intimidación o engaño por parte del empleador.** Examinaron las **circunstancias en que se habían firmado los acuerdos** y apreciaron que **la presencia del representante sindical en el momento de la firma, el reconocimiento previo de los actos por parte de las demandantes durante una reunión con ese representante y el hecho de que otros empleados que fueron despedidos no habían firmado el acuerdo propuesto por el empleador, suponía descartar cualquier indicio de coacción**. Sus **conclusiones a este respecto no parecen arbitrarias ni manifiestamente irrazonables**. Por último, como se **señaló anteriormente, los tribunales nacionales basaron sus decisiones en varios medios de prueba** (véase el párrafo 157 supra).

161. A la luz de esas observaciones, **no hay razón para que el Tribunal cuestione las conclusiones de los tribunales nacionales en cuanto a la validez y** la importancia o peso de los acuerdos de despido firmados por los demandantes tercero, cuarto y quinto. Por lo tanto, considera que tampoco ha habido violación del artículo 6 en este punto.

Por todo ello el TEDH falla por 14 votos a 3 que no hubo violación del art.8 CEDH y por unanimidad que no hubo violación del art.6, por el uso de las pruebas de vídeo vigilancia y por unanimidad que no hubo violación del art.5 CEDH por la aceptación de los acuerdos de despido firmados por tres de las demandantes.

3.- CONCLUSIONES

La STEDH 17 octubre de 2019, Caso López Ribalda c. España (Gran Sala), es una sentencia de un importante calado en un tema frecuentemente litigioso en el ordenamiento laboral español, como es la vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y los controles ocultos. Analiza el ordenamiento español, (anterior a la LO 3/2018 de 5 de diciembre), así como la doctrina del TC 186/2000 y concluye, en resumen, que **son válidos los controles ocultos a los trabajadores mediante vídeo vigilancia**, pero nunca ante **la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de vídeo vigilancia encubierta por parte del empleador, sino sólo ante supuestos como el presente, en que hay sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, con perjuicio importante para la empresa.**

Lo primero que hay que subrayar como gran avance de esta sentencia, que la misma **incorpora el Test Barbulescu (relativo al control del uso del ordenador) al control por vídeo vigilancia de los trabajadores en su puesto de trabajo**.

De esta forma, **los tribunales nacionales deben tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesan los diversos intereses en conflicto:**

*(i) Si el **trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empleador adopte medidas de vídeo vigilancia y de la implementación de tales medidas**.*

*Si bien en la práctica los trabajadores pueden ser informados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso**, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza del vídeo vigilancia y debe darse anterior a su aplicación de la***

(ii) ***El alcance de la vídeo vigilancia por parte del empleador*** *y el* ***grado de intrusión en la privacidad del empleado****. En este sentido, se debe tener en cuenta el* ***nivel de privacidad en el área que se está vigilando,*** *junto con las li****mitaciones de tiempo y espacio y la cantidad de personas que tienen acceso a los resultados****.*

(iii) Si el ***empleador ha proporcionado razones legítimas para justifica****r la vídeo vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más* ***intrusivo sea la vídeo vigilancia, mayor será la justificación que se requerirá.***

(iv) Si ***hubiera sido posible establecer un sistema de vídeo vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos****. A este respecto, debe haber una evaluación a la luz de las* ***circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del empleado.***

(v) Las ***consecuencias de la vídeo vigilancia para el trabajador sujeto a él****. Debe tenerse en cuenta, en particular, el* ***uso que hace el empleador de los resultados de la supervisión*** *y si dichos* ***resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado*** *de la medida.*

(vi) Si el ***trabajador ha recibido las garantías apropiadas****, especialmente cuando las operaciones* ***vídeo vigilancia del empleador son de naturaleza intrusiva****. Dichas garantías pueden tomar la forma, entre otras, de* ***proporcionar información a los empleados interesados*** *o* ***a los representantes del personal*** *en cuanto a la instalación y el alcance de la vídeo vigilancia, o una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja .*

Por tanto, se establece **un riguroso control garantista de los derechos a la intimidad y la protección de datos de las personas de los trabajadores.**

En segundo lugar, un notorio avance introducido por la sentencia es **que clarifica la espinosa cuestión de los controles ocultos y viene a validar y acotar la doctrina del TC, sentada en su STC 186/2000,** en cuya virtud, sólo puede prescindirse de la información previa y la transparencia en la vídeo vigilancia en supuestos excepcionales, cuando consten sospechas razonables de una infracción laboral que afecte gravemente a los intereses de la empresa, y siempre que no haya medios alternativos menos intrusivos. El TEDH acota dicha doctrina precisando que **no son válidos los controles ocultos por vídeo vigilancia ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados**, sino que se deben existir **sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave que afecte gravemente los intereses de la empresa.**

En tercer lugar, no **aprecia vulneración del art.8 CEDH, en los controles ocultos, porque los mismos fueron proporcionados**, pero también porque **las demandantes**

podía denunciar la infracción de su derecho a la información en la protección de datos ante la AEPD y ante los tribunales.

Para terminar, con el derecho a la privacidad, el TEDH considera que la información que se debe suministrar a los trabajadores objeto de vídeo vigilancia, hay que subrayar que la facilitación de información al individuo que se está vídeo vigilando y su alcance, constituyen solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso dado. No obstante, **si falta dicha información, las garantías derivadas de los otros criterios serán aún más importantes**.

En cuanto **al proceso justo** (art.6 CEDH), hay que destacar que el TEDH reitera que no puede pronunciarse sobre la valoración de la prueba hecha por los tribunales nacionales y sobre la admisión de las pruebas. Sin embargo, en este punto hay que significar varias cuestiones:

- Se **admite el esquema de la prueba ilícita y de la doctrina de los frutos del árbol prohibido en el marco de litigios laborales.**
- En **el caso concreto, el marco probatorio ofrecía otros medios no conectados antijurídicamente con la vídeo vigilancia**, por lo que entran en juego la doctrina de los frutos del árbol prohibido (art.11 LOPJ):
- La **infracción del deber de información de los trabajadores en materia de protección de datos puede recibir su adecuada compensación (AEPDE, demanda daños y perjuicios), a pesar de que en casos como éste, la grabación se utilice como prueba.**

Para terminar, en cuanto a la validez de los acuerdos de despido o finiquitos firmados con intimidación o coacción, el TEDH admite que de darse tales supuestos, los documentos así obtenidos (finiquito firmado) no serían prueba lícita, pero en la circunstancias del caso concreto no considera acreditada ni coacción ni intimidación.

ARTÍCULOS

EXTINCION DEL CONTRATO POR “NULIDAD” SOBREVENIDA. Causa objetiva y situación de discapacidad/enfermedad.

Fernando Cabezas Lefler
Magistrado, Juzgado de lo social 3 de Pontevedra

Quisiera con las siguientes palabras reflexionar sobre una de las causas de despido objetivo y la situación de enfermedad del trabajador que puede erigirse y así ocurre frecuentemente, como causa de nulidad de la extinción del contrato cuando esta responde a otras distintas o a la situación de enfermedad misma. No son pocos los casos en los que las empresas no tienen inconveniente en acudir al reconocimiento de la improcedencia del despido, con abono de la indemnización correspondiente sin alegar causa alguna o disfrazar su decisión con un despido disciplinario, normalmente por bajo rendimiento, comunicado con una carta del todo genérica que asegure esa declaración, cuando realmente lo que concurre es una situación de enfermedad o discapacidad o un proceso de I.T. de mayor o menor duración que viene a anticipar su presencia y justifica esa alegación de vulneración de un derecho fundamental.

Reconozco que siempre me causó cierta perplejidad la aparente contradicción entre estas peticiones de nulidad por enfermedad y la causa de despido por ineptitud sobrevenida del artículo 52 a) del E.T. y mayor sorpresa el que una posible estimación de la pretensión tuviera como consecuencia la reincorporación inmediata del trabajador, que precisamente, ha visto extinguido su contrato por razón de una patología que le impide trabajar. Sin embargo, ninguna demanda solicitando una declaración de nulidad en base a esta causa de despido ha tenido entrada en los 16 años que llevo en este Juzgado, lo que pone de manifiesto el escaso juego que para las empresas tiene en la práctica el recurso a este tipo de extinción.

La discriminación por razón de enfermedad, de enorme complejidad, ofrece un indicio de fácil constatación con el correspondiente parte o informe médico; ahora bien, su consideración como causa de nulidad de la extinción del contrato no ha sido ni es pacifica, partiendo de la base de que una decisión de este tipo provoca auténticas situaciones de desamparo al trabajador, que ve su relación laboral extinguida por cualquiera de las causas previstas en el E.T. cuando la verdadera razón es la incapacidad temporal o enfermedad que sufre, haciendo así que el principio de la causalidad del despido pierda, una vez más, toda su operatividad, avalando la jurisprudencia esta actuación de las empresas a la que califican de “medida de conveniencia” pues el mantenimiento del contrato de trabajo, señala la sentencia del T.S. de 17 de mayo de 2000, no se considera rentable, rechazando que esto sea un factor discriminatorio en el sentido estricto que el termino tiene en el artículo 14 de la Constitución. El mismo Tribunal en sentencia de l2 de julio de 2004, reitera esta doctrina y señala que la pérdida de rendimiento normal en el trabajo, determina que la continuación de la actividad laboral de un trabajador pueda no ser rentable a la empresa y el despido supone una medida de conveniencia, al preferir prescindir de un

trabajador que no garantiza la actividad para el que ha sido contratado, afirmando que esta situación no sería una lícita causa de extinción del contrato de trabajo, pero ello no determinaría la nulidad, sino su improcedencia. Tampoco puede entenderse que el derecho a la salud sea un derecho fundamental de los previstos en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, que son los que junto al artículo 14 tienen un procedimiento especial de tutela y cuya vulneración tiene como sanción la nulidad del despido.

Algunas resoluciones, como la sentencia del T.S.J. del País Vasco de 12 de julio de 2005 rechazan esta posibilidad entendiendo que no está en juego derecho fundamental alguno, pues el derecho a la salud no tiene ese rango y el acto empresarial no puede considerarse contrario al derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución, aunque que su móvil real fuese la baja médica del trabajador, de conformidad con la doctrina unificada antes citada y ello a salvo de que concurran otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, que en el caso que se examina no se han alegado ni probado. Esta última apreciación sobre la prueba de la discriminación o tratamiento diferenciado es especialmente interesante, desde el momento en que algunos Juzgados se han planteado la incidencia que ha podido suponer para el debate la transposición al ordenamiento interno español de la Directiva 2000/78 por medio de la ley 62/2003 y que produjo la reforma de los artículos 4.2.c) y 17.1 del E.T. señalando la discapacidad, incluida la temporal, como una de las causas de discriminación prohibidas. Así el Juzgado de lo Social Nº 33 de Barcelona realiza esta declaración al entender que la enfermedad ha sido y es objeto de segregación por la situación de debilidad que provoca en quien la padece, razonamiento similar al utilizado por el Juzgado de lo Social Nº 33 de Madrid al elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que fue rechazada por sentencia de fecha 11 de julio de 2006.

Estas opiniones, no son incompatibles con la sustentada por el T.S. que deja siempre a salvo la posibilidad de que resulte apreciable el elemento de segregación que se denuncia, considerando que no todo despido en situación de I.T. merece automáticamente esa calificación de nulidad y que entender la enfermedad o incapacidad temporal como equivalente a discapacidad o factor discriminatorio puede resultar confuso, desde el momento en que el mandato del artículo 17 del E.T. no es sino concreción del artículo 14 de la Constitución, consideraciones que hacen a la doctrina decir que, sin perjuicio de la calificación ética o moral que merezcan actitudes en las que se subordina a la rentabilidad empresarial la salud y el empleo de los trabajadores, se sigan calificando estas decisiones como no constitutivas de despido nulo.

La sentencia del T.J.U.E. de 1 de diciembre de 2016 viene a abundar en esta conflictiva cuestión, sin que la misma suponga, a mi entender, una novedad relevante ni en la doctrina del T.S. ni en la Comunitaria. Así, este último tribunal en sentencia de 3 de mayo de 2016, con cita de resoluciones del T.C. afirma que no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 de la Constitución encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo, singularmente cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la

enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato, rechazándose la nulidad cuando la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo. Precisamente lo esencial en el debate es diferenciar enfermedad y discapacidad a efectos de discriminación, manteniendo el T.S. en sentencia de 27 de enero de 2009 que no son equiparables, señalando que la cláusula final del artículo 14 de la Constitución no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas, tratándose de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 del mismo texto. Así, la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo, identificándose como una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, estando ante una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa.

Lo cierto es que la propia disparidad en el contenido de muchas de las resoluciones dictadas, pone de manifiesto que, aparte de cierta inquietud o sensibilidad diferente a la hora de abordar este debate, son las circunstancias concretas de cada supuesto las que deben de llevar a calificar el despido como nulo o improcedente, implicando la necesidad de examinar conceptos médicos que no siempre resultan claros e inequívocos. Parece pues que la cuestión sigue sin estar resuelta, tratando con esta breve reflexión de examinar la tercera calificación de procedente mediante el recurso al despido objetivo, asimilando la situación de enfermedad con la “ineptitud sobrevenida” que como causa de extinción se contempla en el artículo 52 del E.T. lo que nos lleva en primer lugar a llenar de contenido esta expresión. El Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 2 de mayo de 1990, mantiene que el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.- Para que la ineptitud pueda originar la extinción del contrato de trabajo se requiere que el empresario la demuestre, sin que quepa la presunción de la misma, añadiéndose que debe constatarse un resultado defectuoso del trabajo desarrollado, una disminución cuantitativa o cualitativa del rendimiento del trabajador, y que ese resultado no se genere por una actuación dolosa o negligente del trabajador, obedeciendo a causas exógenas al mismo. Por otro lado, una mínima exigencia de proporcionalidad requiere que no se trate de una ineptitud menor, tanto desde el punto de vista cualitativo como temporal, sino de

entidad suficiente como para que sea razonable adoptar la medida de proceder a extinguir el contrato de trabajo.

En una primera aproximación, una enfermedad y son muchos los ejemplos que se me vienen a la cabeza, tanto en trabajo manuales como de contenido más intelectual, puede entrar en esa definición, provocando esa carencia sobrevenida y duradera para trabajar y a su vez, integrar el concepto de discapacidad como supuesto habilitante para la nulidad, esto es, situación duradera y limitante en los términos de la última doctrina comunitaria y del T.S. En este sentido, la sentencia del T.J.U.E. Navas Chacón de 11 de julio de 2008 afirma que queda proscrito el despido que sea discriminador por razón de discapacidad (artículos 2, apartado 1 y 3, apartado 1, letra c de la Directiva 2000/78) lo que supone que no cabe despedir en razón de la discapacidad que una persona presente, sin más, pues existe la obligación empresarial de ajuste razonable del puesto de trabajo ocupado por esa persona con discapacidad (artículo 5) y por ello solo se justificaría ese despido si tal persona consta que no tiene aptitud para desarrollar las tareas fundamentales del puesto de trabajo que se trate, pues tampoco hay obligación empresarial de contratar o mantener en el puesto de trabajo a quien no puede desarrollar las tareas esenciales del mismo (punto 2 de tal artículo 5). Como veremos el "ajuste razonable" se erige en uno de los parámetros esenciales para justificar la procedencia del despido en estas circunstancias, y una de estas posibilidades de ajuste es la reducción de jornada, entendiendo el T.J.U.E. en sentencia de 11 de abril de 2013, en un paso más a la hora de precisar estas cuestiones, que debe ser el Tribunal remitente el que pondere si la tal reducción de jornada es o no medida de ajuste razonable, imponiendo la Directiva a estos efectos la necesidad de valorar los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, así como el tamaño de la empresa, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa, así como la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayudas previstas.

Nuevamente se devuelve al Tribunal remitente un aspecto esencial en la tarea de juzgar, como operación intelectual y no es otro que la "razonabilidad" del esfuerzo dirigido a esa adaptación, con lo que ello supone de inseguridad jurídica y posibles sentencias dispares a la hora de interpretar un concepto jurídico indeterminado como el expresado, no faltando compañeros que atribuyen esta remisión a una actuación reflexiva del Tribunal europeo, consciente de las dificultades de establecer conceptos unívocos de discapacidad, limitación duradera o de discriminación en los diferentes ordenamientos europeos. Así Pedro Rabanal, en su comentario EL DESPIDO DURANTE LA CAPACIDAD TEMPORAL NO ES NULO…. afirma que *esta génesis de los criterios interpretativos comunitarios es precisamente la que condiciona su probablemente calculada ambigüedad (¿o prudencia?).*

Hay por otro lado en este tipo de actuaciones empresariales y como el mismo autor subraya en este trabajo, un "rechazo social al daño del más débil" que supone, en palabras del T.S.J. del País Pasco de 25 de noviembre de 2008 "*tratar al trabajador como mera cosa, de la que se prescinde en cuanto se avería, lo que supone una humillación y una afrenta a su condición de persona".* Esta misma preocupación por la consideración personal del trabajador está presente también para la misma Sala en los despidos objetivos de la letra d) del este artículo 52 en sentencia de 10 de julio de 2001 al decir que "*esa determinación de porcentajes nunca puede ser acomodada y real, pues las personas no somos ni un 0,20 ni un 1,22, sino sujetos de derecho con*

entidades propias y nuestro trabajo se mide por la actividad que realizamos". Sin embargo y volviendo a la causa de extinción que nos ocupa, existe no solo una previsión legal, sino también una circunstancia debidamente comunicada por el empresario que por lo tanto, no oculta que la enfermedad es la causa de su decisión y que al ser sobrevenida y ajena al trabajador, pero también al propio empleador, conlleva la obligación de abono de la indemnización legal. Tal situación y cierta comprensión apoyada en la lógica de que no cabe mantener una relación laboral, cuando una de las partes, siempre que se pruebe, no puede cumplir sus obligaciones, provoca un sentimiento de menor intensidad a la hora de atribuir al despido las notas de arbitrario o discriminatorio. En definitiva, tratándose de conceptos distintos, la enfermedad y la discapacidad tendrían bajo el amparo de esta norma las mismas consecuencias de provocar una extinción por causas objetivas. No podemos en ese sentido pasar por alto que el artículo 49 del E.T. contempla como causa de extinción del contrato y sin indemnización alguna la gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, situaciones estas que desde luego provienen de una enfermedad o accidente de trabajo y que generan una discapacidad, entendida como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada.

Un breve recorrido por la reciente jurisprudencia en la materia nos obliga a citar la sentencia del T.S. de 22 de febrero de 2018 en la que, tras un breve repaso a las sentencias europeas dictadas, señala que se parte de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la sentencia de 11 de abril de 2013, "Asunto Ring" que se aporta de contraste, poniendo de manifiesto que la Sala señaló ya en su sentencia de 3 de mayo de 2016 que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad, que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. No parece sin embargo y para muestra este botón, que esta postura más amplia y sensible a los postulados de la nulidad tenga hoy día suficiente recepción.

La resolución de instancia y del T.S.J. del País Vasco de 28 de julio de 2015 tratan del despido de una trabajadora de un banco que tras un atraco con arma en 2001, es diagnosticada de trastorno por estrés post-traumático, siendo tras su reincorporación trasladada a otras sucursales, desarrollando finalmente funciones de operativa/administrativa en un piso superior sin contacto con el público, calificándose como apta para el desempeño de puesto de trabajo. El 5 de junio de 2014, estando de baja, la empresa la despide por ineptitud sobrevenida, con el pronunciamiento de improcedencia ya señalado y que se apoya básicamente en su declaración de apta, por lo que *la empresa carece de cualquier base médica para despedirla acudiendo a la norma de la que se intenta valer, y, por ende, también de una prueba con la suficiente consistencia para avalarlo.*

En este caso, la declaración de apta por el Servicio de Vigilancia correspondiente, parece que convierte esos esfuerzos que subrayan las Salas del T.S.J. y del T.S. – en concreto traslado de sucursal, cambio de funciones y estructura o dimensión de la oficina a la que es trasladada- en insuficientes, pues es evidente que esta opinión

mantenida por expertos sugiere el mantenimiento del puesto de trabajo o en caso de extinción del contrato, su nulidad, apuntando no obstante el T.S.J. antes de examinar el concreto motivo por infracción de los artículos 93 y 96, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; así como la que denomina doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335-11 y C-337-11 y los artículos 4.2 c) del E.T. y 14 de la Constitución, "que la empleadora le ofreció retornar a la sucursal anterior en el mes de febrero de 2014, con una adscripción diferente al estar en una sección de empresa, mientras que antes estaba en la de particulares, pero no lo aceptó al entender que era un nuevo cambio de ocupación". En sus razonamientos, mezcla la consideración individual propia de este despido, con la necesidad de elegir a cuál de los trabajadores puede despedir en caso de que fuera necesario prescindir de uno de ellos, afirmando "que no parece irrazonable que la Sra. Julieta fuera la elegida al no poder realizar funciones en la caja ni en esa sucursal, ni, en su caso, a las que había que apoyar coyunturalmente. A lo que unimos que la nueva oficina y las tareas encargadas cumplían en líneas generales los requisitos antes comentados y con el fin de mantener su salud psíquica". El Recurso de Suplicación de la trabajadora iba precisamente dirigido a poner de manifiesto la aplicación del concepto europeo de discapacidad, partiendo de que ha sido reconocida como apta para el trabajo y, a su vez, con unas limitaciones perfectamente definidas y conocidas por la entidad bancaria con anterioridad, apoyando la pretensión de nulidad del despido en el Recurso de Casación en "la afirmación de la condición de discapacitada de la actora que justificaría, a su entender, la desigual situación en que se halla respecto de otros trabajadores y, por ende, la existencia de un trato discriminatorio por parte de la empresa en la utilización de esta causa extintiva".

El T.S. asumiendo la condición de discapacitada de la trabajadora, entiende que estamos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78, recordando que la sentencia del T.J.U.E. referencial declara que procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo (Ap. 57). De ello cabe colegir que, en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables, concluyendo el Tribunal que "se llevaron a cabo distintas y sucesivas medidas todas ellas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación. Recordemos, finalmente, que según el citado art. 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores".

Esta declaración de improcedencia no deja de provocar algún comentario crítico, pues desde mi punto de vista, la presencia de medidas de ajuste razonables, que por otro lado, son una imposición de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debería de

determinar la calificación del despido como procedente y la insuficiencia o inexistencia de ajustes, su nulidad, no cabiendo otra alternativa, de la misma forma que ocurre en los supuestos de nulidad legal en los artículos 53 y 55 del E.T. Esta decisión encierra pues cierta contradicción, pues por un lado admite que realizó los ajustes razonables, pero que fue injustamente despedida.

Es evidente que una persona enferma, si la patología es de la suficiente intensidad y duradera, no puede trabajar, pero también la experiencia nos dice que en muchas ocasiones, estas dolencias no concluyen en una declaración de invalidez, permaneciendo por tanto el trabajador en el mercado laboral, pero con una capacidad limitada, por lo que cabe preguntarse hasta donde alcanzan "los ajustes razonables" y de qué manera pueden desvincularse la resolución administrativa, en cualquiera de los sentidos, y la conclusión que mantenga la empresa o sus Servicios de Vigilancia, pareciendo difícil que en casos de que la resolución sea denegatoria pueda acreditarse que está imposibilitado para trabajar, sobre todo atendiendo a lo dispuesto en el artículo 25 de la L.P.R.L. sobre protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. Todo este recorrido me lleva a pensar que cuando el trabajador pueda calificarse como discapacitado, con la dificultad que esto ya entraña y a su vez como apto o apto con limitaciones, lo que aumenta la dificultad de coordinar ambos conceptos discapacitado/apto, el juego de este precepto debería de ser escaso y que la empresa tiene poco espacio para amparar su despido objetivo en esta causa, particularmente, en aquellos casos en los que no exista puesto y la movilidad funcional no tenga cabida, cuestión distinta, como se apuntó, de los casos en los que existiendo, se prescinda del enfermo para mantener a otro trabajador con más capacidades profesionales. Otra podría haber sido la conclusión si esa enfermedad/discapacidad derivara en la calificación contraria de ineptitud, lo que introduciría un nuevo elemento más en el debate, como es si este tipo de informes vinculan o no a la empleadora y cuál es su valor probatorio, apuntando que incluso con esta última declaración, cabria -o no- exigir a la empresa ajustes razonables para mantener el puesto de trabajo. Nuevamente la casuística y complejidad del tema auguran resoluciones dispares y el mantenimiento de una conflictividad presente hace muchos años en esta materia de enfermedad y discriminación.

Para finalizar, el incumplimiento del compromiso de entregar el presente comentario en plazo, me permite una pequeña y rápida reflexión sobre la reciente sentencia del T.J.U.E. de 11 de septiembre de 2019 que posibilita una nueva lectura de la decisión anteriormente examinada, en particular respecto a la relevancia que otorga al contenido del artículo 25 de la L.P.R.L. y sus consecuencias, en línea con las reflexiones apuntadas, tratándose de una sentencia que resulta de sumo interés puesto que hace un repaso a toda la doctrina del propio Tribunal y a la normativa interna, con cita del precepto citado y del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta resolución tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Barcelona, mediante auto de 30 de mayo de 2018 y el supuesto de hecho es el siguiente: La trabajadora fue contratada en julio de 2004 y adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, acogiéndose a una reducción de la jornada de trabajo por razones de guarda legal de hijos menores y realizando una jornada semanal de 35 horas de trabajo en turnos de mañana y noche. Fue diagnosticada de epicondilitis y operada en enero de 2012, calificándose como enfermedad profesional permaneciendo en situación de

incapacidad temporal durante varios períodos entre septiembre de 2011 y abril de 2014, así como, debido a un diagnóstico de trastorno de ansiedad, del 4 de septiembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y del 6 al 20 de mayo de 2016. A partir del 15 de diciembre de 2011 se le reconoció la condición de "trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo", en el sentido del artículo 25 de la Ley 31/1995, situación en la que se mantuvo desde entonces. Entre abril y agosto de 2016, acudió en diversas ocasiones al servicio médico de la empresa quejándose de dolor en el codo y remitió diversas comunicaciones al servicio médico y a la empresa reclamando la adecuación de su puesto de trabajo a su situación física, padeciendo varios períodos de incapacidad temporal a partir del 31 de agosto de 2016 por la epicondilitis. Desde la fecha en que se le diagnosticó la epicondilitis, se sometió a un reconocimiento médico después de cada alta médica, siendo calificada en todos ellos como apta con limitaciones para ocupar su puesto de trabajo o para ejercer tareas de conformado vapor. Con el fin de proceder a un despido por causas objetivas en la empresa, adoptó los cuatro criterios siguientes: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo, considerando la empresa que cumplía con los cuatro criterios de selección, ya que se encontraba adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, presentaba una productividad media ponderada del 59,82 % y una polivalencia muy reducida en las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, y su índice de absentismo era del 69,55 %. En consecuencia, el 22 de marzo de 2017, mientras la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal, se le notificó carta de despido por causas objetivas, basándose en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, siendo despedidas igualmente nueve personas más que trabajaban en la empresa, lo que nos permite conectar este asunto, con el resuelto por el T.S.J. del País Vasco y el T.S. al estar ante la elección del trabajador que verá extinguido su contrato de trabajo.

Dando respuesta al órgano remitente, el Tribunal declara que:

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 el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de "discapacidad", en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que* se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos.

El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de *que el despido por "causas objetivas" de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de*

absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido de dicha disposición, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Niega pues la equiparación automática entre los sujetos protegidos en el artículo 25 de la L.P.R.L. citado con el de "persona con discapacidad" en el sentido de dicha Directiva, asimilación que solo se producirá si la situación entra dentro de la definición dada por el propio Tribunal, lo que corresponde valorar al órgano nacional, subrayando la importancia que tiene la calificación atribuida a esos parámetros de selección –a saber, productividad, polivalencia y absentismo, que nos recuerdan a la rentabilidad utilizada por el T.S. para mantener la improcedencia y rechazar la nulidad- que aparentemente neutros, sin embargo constituyen una discriminación indirecta porque todos ellos están vinculados o son consecuencia de la patología que sufra el trabajador, a no ser que se hayan realizado ajustes razonables, que nuevamente debe de valorar el juez nacional, dejando pues estas dos circunstancias a la ponderación, que no tiene por qué coincidir, de los órganos nacionales, algo que como ya se apuntó, resulta inevitable teniendo en cuenta la extensión de estos conceptos.

Con permiso del T.S. y del compañero que formuló la cuestión prejudicial, me inclino por la declaración de nulidad, pues esos criterios de selección tienen su explicación y antecedente en la enfermedad de la trabajadora, siempre y cuando se constate que su epicondilitis integra el concepto de discapacidad, como así parece ser por esa calificación de "trabajador especialmente sensible" que sin duda, constituye un poderoso indicio para esa asimilación. En este sentido, si la trabajadora fue declarada "apta con limitaciones" los cambios operados por la empresa no pueden alcanzar el adjetivo de razonables cuando ha optado por prescindir de la misma, aun cuando el último puesto de trabajo si se acomodaba a sus limitaciones al exigir una fuerza y carga menor, lo que nos lleva a concluir que efectivamente hubo un "ajuste razonable" pero no "de" la empresa sino "para" la empresa en el contexto del despido objetivo realizado.

Es evidente que por propia definición si la trabajadora fue calificada APTA PARA TRABAJAR COMO ADMINISTRATIVA/OPERATIVA, no hay INEPTITUD y para el caso de que se la califique como persona discapacitada, la valoración de los ajustes razonables resulta decisiva para transformar la improcedencia en nulidad, permitiéndome introducir para terminar, otro apunte más para el debate, como la posibilidad de rechazar esa razonabilidad cuando la patología tiene la calificación de profesional –como en el caso resuelto por el T.S. al señalarse que la contingencia determinante de las lesiones del proceso de incapacidad temporal es Accidente de Trabajo, recaída de las lesiones sufridas en el Accidente de Trabajo previo- existiendo denuncias ante la Inspección de Trabajo; o es directamente imputable al empresario por incumplimiento de las medidas de seguridad como en el asunto sometido al T.J.U.E. donde la Inspección de Trabajo propuso sancionar a la empleadora por dos faltas consistentes, por un lado, en la exposición de la trabajadora a los riesgos ergonómicos que produjeron su dolencia y, por otro, en el mantenimiento de las condiciones de prestación de servicio de la trabajadora una vez conocida su epicondilitis, es decir, por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud.

ARTÍCULOS

LA RECIENTE DOCTRINA DE SUPLICACIÓN SOBRE LA LABORALIDAD DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL TRABAJO COLABORATIVO DE LAS PLATAFORMAS VIRTUALES

Alicia Catalá Pellón
Magistrada especialista de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

¿No queríamos novedades sobre la naturaleza jurídica de los contratos atípicos[1] en el trabajo a demanda y no convencional? Pues las tenemos. Me refiero a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 25 de julio de 2019, RS nº 1143/2019, confirmando la muy acertada a mi parecer, sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 20 de febrero de 2019 (en autos nº 724/2018) en la que se había declarado la laboralidad de la relación que vinculó a las partes del procedimiento y a la sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2019, RS nº 195/2019[2], que se ha pronunciado en sentido opuesto, considerando que una relación de esa clase, encaja con la del trabajo autónomo económicamente dependiente y confirmando, de este modo, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de fecha 3 de septiembre de 2018 (autos nº 1353/2017) que así lo había declarado.

Esta sentencia, sin embargo, cuenta con un interesante voto particular que, reconociendo la solvencia de los razonamientos contenidos en el voto mayoritario (lo que yo, sin duda, comparto, en atención a la delgada línea que separa el trabajo convencional del que no lo es), da una excelente respuesta a la compleja realidad de quienes prestan servicios a demanda, en plataformas on line: demasiado libres para considerarse asalariados, según los indicios de laboralidad tradicionalmente exigidos

[1] La consideración B de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0290&from=ES), expresa que en los <<…*últimos diez años las formas típicas de empleo han descendido del 62 % al 59 % (y) que, de continuar esta tendencia, bien puede suceder que los contratos típicos se apliquen únicamente a una minoría de trabajadores*…>>.

[2] Ha sido comentada ya en el Blog del Profesor Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, en la entrada titulada "Volvemos a hablar de la saga de los glovers. Reflexiones varias, y notas críticas, al hilo de la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019" http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/volvemos-hablar-de-la-saga-de-los.html (recuperada el 14-10-2019).

por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y demasiado dependientes, sin embargo, para considerarse freelance.

En el trabajo colaborativo que se desarrolla a través de plataformas, a pesar de que existe cierta dependencia y subordinación, dichos rasgos difieren bastante de los propios del trabajo tradicional, sin que ello signifique, sin embargo, que esa mayor flexibilidad en los tiempos determine, sin más, la consideración de estos colaboradores, como a veces se les denomina, como trabajadores independientes o trabajadores autónomos, porque lo esencial, en estos casos, no es cuánto control ejerce el empresario, sino "*cuánto control el empresario se reserva a ejercer" (Todolí Signers, A. 2017)*[3]*.*

La dependencia, nota característica de las relaciones asalariadas, también se produce en el contexto de la economía digitalizada, aunque como ya dijera el Abogado General[4] en el apartado 52 de las conclusiones emitidas en el asunto C-434/15 (Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.), ya no se identifica como <<… *una subordinación jerárquica de corte clásico…>>,* sino que se articula de manera indirecta, a través de <<…*una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución…>>.*

Por eso y con cierta clarividencia, se advertía en tales conclusiones, quizá vaticinando la continua negación de una relación laboral que sostienen las empresas de esta naturaleza, no debemos <<…*dejarnos engañar por las apariencias…*>>.

No puedo estar más de acuerdo con esta forma de definir la dependencia con la que los conductores de Uber (en el asunto C-434/15) y los glovers (en las dos sentencias de los TSJ antes referidos), realizan sus cometidos.

[3] Aragúez Valenzuela, L.. El impacto de las tecnoclogías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: Una especial referencia a la desconexión digital. En Miranda Boto, JM. El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. (2018). Ediciones Cinca.

[4] Conclusiones del Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 11-5-2017, en el asunto C-434/15 Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.(http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=ES), acogidas por la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 20-12-2017, asunto C-434/15 (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1)

Siempre y solo en apariencia, libres y sin vincularse a ninguna instrucción empresarial y en el fondo, más sometidos que un trabajador al uso, porque no es sencillo distinguir ante quién o ante qué, deben demostrar la calidad de su prestación, si la vigilancia en la forma de ejecución de sus tareas es asumida por la crítica colectiva, infinita (y encima anónima lo que propicia, además, una salvaje sinceridad en la evaluación) de todos los consumidores del servicio, quienes, a través de algo tan sencillo como la cumplimentación, en escasos minutos de las encuestas de calidad, se encargan de controlar el servicio, indirectamente, pero reportando a la empresa su consideración sobre el buen o mal hacer del profesional, para que aquella tome las decisiones que considere oportunas (bajadas de nivel o categoría[5], postergación en la asignación de nuevos encargos o incluso dejar de contar con sus servicios).

Los beneficios que para cualquier empresa de la economía colaborativa entraña la consideración de estos profesionales como algo distinto de trabajadores en el sentido legal del término, no solo se traducen en la eliminación de los costes sociales, sino en una potencial reducción de gastos por la ventaja que obtienen de prescindir o al menos, reducir, por innecesarios, los servicios que se desarrollan en los Departamentos de Recursos Humanos que suelen encargarse de este tipo de cometidos[6].

Y todo ello, en un contexto en el que parece que <<*todo el mundo sale ganando*[7]>>.
Por eso, se suele decir y comparto, que pueden correr malos tiempos para el derecho del trabajo.

De hecho, sobre los efectos devastadores que, en la calidad del empleo, pueden comportar estas nuevas formas de trabajo, ya se ha hecho eco la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE-L-2019-81159) [8], cuando afirma en los diversos considerandos que preceden al articulado que <<*… con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, así como al acceso a la protección social y a la formación (…) que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias,*

[5] Por ejemplo, así se describe en el séptimo hecho declarado probado de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de 3-9-18, autos nº 1353/2017.

[6] Ver Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (2018). Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Editorial Aranzadi. Se afirma (págs. 30 y 31) que: <<…*Hoy en día, las entrevistas de trabajo, los procesos de selección, son sustituidos por la reputación on line. Esto es, por la posibilidad que tiene el cliente de valorar la calidad del servicio recibido mediante la tecnología. Antes de la existencia de la reputación on line, la empresa necesitaba asegurarse de que los servicios prestados por sus trabajadores eran de calidad. Y lo hacían a través de dar formación al trabajador, de los mandos intermedios, etc. Hoy en día con el sistema de valoración de las "estrellitas", el cliente le dice a la empresa quién es buen trabajador y quién es malo de forma muy barata para la empresa, lo que permite a la empresa despedir a los trabajadores <<malos>> y quedarse con los <<buenos>> (poder disciplinario) o dar más trabajo a los mejores trabajadores (poder organizativo)…>>.".*

[7] Mercader Uguina, J.R. La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad (pág. 156). En Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (2018). Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Editorial Aranzadi.

[8] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L1152.

en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos…>> (punto 2) y que en su jurisprudencia << *…el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (…)ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador (…). La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores (…) a demanda, los trabajadores (…) los trabajadores de las plataformas en línea (…) pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación (…)*>> (punto 8).

Añadiendo que <<…*Los contratos de trabajo a demanda o similares (…) en virtud de los cuales el empleador tiene la flexibilidad de llamar al trabajador para que trabaje como y cuando sea necesario, son particularmente imprevisibles para el trabajador. Los Estados miembros que permitan estos contratos deben garantizar que se apliquen medidas eficaces para evitar el abuso. Estas medidas podrían adoptar la forma de limitaciones al uso y a la duración de dichos contratos, de una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo o de una relación laboral con una cantidad garantizada de horas pagadas basándose en las horas trabajadas en un período de referencia anterior, o de otras medidas equivalentes que garanticen la prevención efectiva de las prácticas abusivas…*>> (puntos 34 y 35).

El artículo 11, dentro de las medidas complementarias para los contratos a demanda, establece que <<…*Si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas: a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares; b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas. Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de dichas medidas…*>>.

Quizá, después de todo, lo convencional no esté tan mal, por inestable y enormemente precario que sea el trabajo al que se enfrentan las personas nacidas después de la década de los años setenta[9].

El tratamiento de este tipo de relaciones ha sido analizado en diversas ocasiones con brillantez, profundidad y sobre todo, con enorme generosidad por los Profesores D. Eduardo Rojo y D. Ignasi Beltrán, en sus respectivos blogs de acceso público[10] muy aconsejables para cualquier profesional de la rama social del derecho y respecto a los cuales y aun sin conocerles, profeso una especie de deuda de gratitud por el valor doctrinal de sus aportaciones.

Poco más se puede añadir a lo que, reitero, de manera detenida y enormemente rigurosa, se ha reflexionado y examinado ya en dichos blogs, así como por otros muy cualificados expertos en economía colaborativa[11], permitiéndome destacar ahora, dos aspectos que me parecen relevantes para entender el marco en el que nos encontramos y una consideración sobre la medida en la que la doctrina actual del Tribunal Supremo, puede proteger, desde ya y sin necesidad de una reformulación, la situación de vulnerabilidad de los trabajadores de plataformas, en estos tiempos, en los que parece que vale todo.

Como dice el Profesor Ignasi Beltrán[12]<<*… Las principales (…) particularidades de los servicios de las plataformas (…) que ponen en duda la nota de subordinación…>>,* son: <<*…en primer lugar, la capacidad del trabajador de concretar el momento para ejecutar la prestación; y, en segundo lugar, la facultad de rechazo de las tareas (y, por tanto, el número de ellas).*

Respecto de la primera (…) no puede decirse que se trate de una particularidad única de este tipo de entorno, porque el trabajo por cuenta ajena admite configuraciones flexibles sobre el tiempo de trabajo sin que redunde en la devaluación de la nota de subordinación.

En relación a la "facultad de rechazo", tampoco se entiende que sea una nota característica exclusiva y/o novedosa de la economía de las plataformas.
Lo verdaderamente novedoso con respecto al trabajo "ordinario" o "tradicional" no es que el trabajador "pueda" no dar cumplimiento a los sucesivos requerimientos

[9] Ver Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (2018). Trabajo en Plataformas Digitales: inovación, Derecho y mercado. Editorial Aranzadi. Se afirma (pág. 39) que esa *"precariedad era un proceso que facilitaba la entrada y que, a medio plazo, permitía la estabilidad en un empleo con condiciones laborales aceptables. Sin embargo, ahora es una característica estructural de toda una generación que la acompañará durante toda su vida (Gentile, 2013), pues no solo condiciona el presente sino también las futuras prestaciones sociales a las que pueda tener derecho"*.

[10] http://www.eduardorojotorrecilla.es/ y https://ignasibeltran.com/.

[11] Debe resaltarse, por su calidad en el análisis, la publicación de Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (2018). Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho mercado. Editorial Aranzadi.

[12] *https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/* (recuperado el 11-10-2019).

empresariales (en este caso, la propuesta de cada nueva tarea), sino la decisión de la plataforma de tolerar (en mayor o menor grado) este tipo de comportamiento.
En la relación laboral "ordinaria", la nota de voluntariedad "habilita" a todo trabajador a apartarse del programa de prestación (en el extremo, la facultad de abandono o desistimiento puede ejercerse en cualquier instante durante la ejecución de la relación de trabajo).

Es obvio que lo que retiene al trabajador a hacerlo es la posibilidad de ser sancionado o, incluso, ver resuelto el contrato. Por consiguiente, en el ensayo se defiende que, "lo verdaderamente particular" (la esencia) de la economía de las plataformas es la voluntaria "pasividad" empresarial en el ejercicio de la facultad sancionadora y/o de la facultad resolutoria.

Y, en este sentido, en ocasiones, se trata de una "permisividad meramente contenida" que no conlleva a una renuncia completa de las mismas, pues, el rechazo puede acarrear la suspensión temporal o la desconexión definitiva de la plataforma. Al hilo de esta reflexión y después de analizar las reacciones normativas, judiciales y administrativas más recientes a nivel comparado y nacional, el estudio rechaza las propuestas que abogan por la configuración de una nueva categoría conceptual (próxima a lo que se conoce como "trabajador independiente"). Y, por derivación, también se cuestiona la necesidad de crear a nivel interno una relación laboral especial. Especialmente por los siguientes motivos (cuatro):
En primer lugar, porque la reciente propuesta de Directiva 91/533, sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles, ha apostado por la figura del "trabajador" para este entorno (y, además, de acuerdo con una conceptuación de indicios "clásica").

En segundo lugar, porque, las consecuencias de un marco normativo de estas características podría tener efectos muy contraproducentes (y, dada la experiencia reciente, difícilmente corregibles una vez puesto en marcha), pues, incrementaría sustancialmente las ya de por sí difusas fronteras del trabajo por cuenta ajena, incrementando su inestabilidad e imprecisión.

En tercer lugar, porque, en la medida que, en un futuro, no es descartable que el trabajo en plataforma se extienda a las organizaciones empresariales "tradicionales" y, por consiguiente, los trabajadores alternen la prestación de servicios en las dos "modalidades", la justificación de esta especialidad quedaría seriamente comprometida;
En cuarto lugar, porque, de crearse, es probable que se articularía un estatuto menos protector que el común y, en un contexto en el que la precariedad y la atipicidad son fenómenos en expansión, no parece oportuno crear un nuevo nicho para estimularlas (segmentando aún más el mercado de trabajo y promoviendo una nueva vía para la huida del Derecho del Trabajo)…>>.

Creo que en estas creativas aseveraciones que asumo en su integridad, está la clave para conseguir, si algún día se decidiera regular normativamente este tipo de relaciones, que las empresas colaborativas que se nutren de estos profesionales para desarrollarse y crecer en el mercado, salgan del cómodo espacio en el que se han instalado.

Antes de analizar el contenido de las dos únicas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (de signo opuesto, como decía al principio) y que, hipotéticamente (y ojalá suceda), permitan que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el particular en un recurso de casación para la unificación de doctrina[13], deviene necesario la significativa, a mi juicio, evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el análisis de las nuevas formas de trabajo hacia una tesis, que, como dice el Profesor Eduardo Rojo, supone una vuelta al principio al recordar la esencia de su antigua doctrina sobre los mensajeros[14] que hace más de treinta años poblaban nuestras ciudades, como ahora lo hacen los repartidores con las cajas amarillas, al menos, en la plataforma que ha sido parte demandada en los procedimientos seguidos ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y de Madrid.

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se representa fundamentalmente por los recursos dictados en relación a la empresa Zardoya Otis (STS de 24-1-18, Recs 3595/15; 3394/2015) y STS 8-2-18, Rec. nº 3389/2015, que es la que reproduce y aplica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19-9-2019, RS nº 195/2019 y que, sin duda, es interesante por la casuística que recopila sobre paralaboralidad y líneas fronterizas con la jurisdicción social.

Aunque yo quiero colacionar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 16-11-2017, Rec. nº 2806/2015, que es la que sirve al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, para alcanzar su conclusión final y que se planteó en un procedimiento promovido por un traductor de la empresa Ofilingua contratada por la Administración Autonómica andaluza para prestar servicios de traducción e interpretación en los procedimientos judiciales de Huelva.

[13] Ver STS 27-6-18, Rec. nº 962/17 y las que en ella se citan, cuando se razona que <<… *es doctrina constante y reiterada de esta Sala la que sostiene que, dado que el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de la singulares peculiaridades del caso, resulta imposible aceptar que la calificación de las conductas pueda ser materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico*…>>.

[14] Interesantes reflexiones al respecto, se contienen en tres entradas del Blog del Profesor Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales: ¿De verdad los "glovers" son sus propios jefes, son auténticos autónomos?. Notas críticas a propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (Actualización a 27.9) http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/09/de-verdad-los-glovers-son-sus-propios.html. En la titulada "Mensajeros 1984 – Riders 2017. Tan lejos en el tiempo, tan cerca en la realidad laboral. Materiales para un caso práctico del curso 2017- 2018", http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/mensajeros-1984-riders-2017-tan-lejos.html. Y en la titulada "Riders", "repartidores", "mensajeros", "mejoradores del estilo de vida", "autónomos", "TRADES", ¿o simplemente trabajadores? Notas y reflexiones varias al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona de 11 de junio de 2019. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/06/riders-repartidores-mensajeros.html (las tres, recuperadas el 13-10-2019).

Razona el Tribunal Supremo que ni la firma de un "acuerdo de colaboración y confidencialidad" por el que el traductor prestaría sus servicios "actuando por cuenta propia", ni la libertad para aceptar o no las traducciones, ni que acudiera a los Juzgados por sus propios medios, ni que, en ocasiones, hubiera sido sustituido por su esposa o hermano, privan de laboralidad a la relación entablada, si se tiene en cuenta que: a) aunque el horario no era fijo, venía impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa este tipo de servicios, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir, de modo que *"…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…";* b) la actividad se desempeñaba a cambio de una retribución determinada por la empresa en proporción con la actividad prestada; c) sin que se desvirtúe la laboralidad de la relación por la falta de prestación de servicios a tiempo completo, ni porque no conste régimen de exclusividad, ni por el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.

Todos estos argumentos, creo que siguen siendo útiles para despejar la cuestión que analizamos.

Examinemos, ahora sí, qué situación fáctica concurría en el asunto enjuiciado por el Juzgado de lo Social nº 39 de Refuerzo, de fecha 3 de septiembre de 2018 (autos nº 1353/2017), acumulados de despido, resolución indemnizada del contrato y nuevo despido, seguidos a instancia de un trabajador de la empresa Glovo App 23.
Solo voy a destacar el contenido de algunos apartados del relato de hechos probados, todos ellos invariados tras la revisión fáctica propuesta ante la Sala de suplicación.

- El demandante, suscribió con la empresa Glovo App 23, S.L. un contrato de prestación de servicios profesionales como trabajador autónomo, dándose de alta en el RETA, aunque después suscribió un contrato para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente sin pacto de exclusividad.
- El actor tenía que realizar los recados o encargos siguiendo el sistema siguiente: Previa reserva de la franja horaria en la que deseaba trabajar, el actor activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asignaba un reparto automático de recados que el trabajador podía rechazar de forma manual. En la modalidad manual (MA), la plataforma no asigna el pedido al repartidor, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que disponibles. Una vez aceptado el pedido el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma

directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

- El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo, siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes.
- El demandante podía rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, en cuyo caso, el recado era reasignado a otro repartidor de la misma zona sin penalización alguna.
- El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del 'glovo sencillo' que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de Glovo en concepto de comisión por la intermediación realizada. El sistema de cobro de los servicios se realizaba con periodicidad quincenal, girando el actor a la empresa las facturas que eran confeccionadas por Glovo y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación, la cantidad se abonaba por transferencia bancaria.
- El trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería. No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana y tampoco la empresa indicaba los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Si no se colocaba en posición 'auto-asignación', no le entraban pedidos. Podía rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna. De hecho, el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017, sin sufrir ninguna consecuencia desfavorable y sin que se rebajara su puntuación por este motivo.
- La empresa tiene establecido un sistema de puntuación de los 'glovers', clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la Empresa puede decidir bajarle de categoría. La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: La valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la empresa 'horas diamante'. La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos. Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador. Los repartidores que tienen mejor puntuación, gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.

- El demandante tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute. No estaba obligado a justificar sus ausencias del servicio ante la demandada, debiendo sólo comunicarlas con antelación.
- El demandante asumía la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo sólo si lo terminaba a satisfacción del cliente). También asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte.
- Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por Glovo APP.
- Mientras el trabajador realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino.
- Para el ejercicio de su actividad, el demandante utilizaba una moto y un teléfono móvil de su propiedad, asumiendo todos los gastos inherentes a su uso.

En la fundamentación jurídica, la sentencia de instancia considera que la relación entre las partes no es laboral, porque no reúne las notas de ajenidad ni dependencia.

Por una parte, porque así se desprende del contenido de los contratos suscritos (sin vicios del consentimiento) y de la circunstancia de que las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las aportaba el repartidor.

Y por otra, porque el "glover" decidía el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios, pudiendo incluso desistir de un servicio, previamente aceptado, a mitad de ejecución, sin sufrir por ello penalización alguna.

Ausencia de control y poder disciplinario empresarial que cabe predicar incluso, dice, de que el geolocalizador GPS no se utilizara como un instrumento de control, sino como forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura siguiente y de que lo que la sentencia califica como pequeña 'penalización' en la puntuación del repartidor, no era tal, porque el sistema servía para regular la preferencia de acceso a pedidos, de modo que "… *el repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar al menos puntuado, ya que premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a los demás, siempre que se le sigan entrando pedido y pueda seguir trabajando con normalidad, como así sucedía…El contrato contempla un solo supuesto de sanción para el caso de que el repartidor no esté operativo dentro de la franja horaria que previamente ha reservado, en cuyo caso se le rebaja 0,3 puntos. Si acredita que la no disponibilidad obedece a enfermedad u otra causa justificada, no sufre penalización…".*

Esta tesis es acogida por la Sala de Madrid, en su fundamento de derecho undécimo, cuando asume la calificación que de la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes, se contiene en la sentencia de instancia, por dos razones básicas:

En primer lugar, porque <<…. *partiendo de la afirmación que realiza el Tribunal Supremo de la especial dificultad que supone la unificación doctrinal en los supuestos de determinación de si existe o no contrato de trabajo, por la necesidad de apreciar las circunstancias concurrentes en cada supuesto…>>,* atendiendo a la doctrina representada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8-2-2018, **Rec. nº 3389/2015,** la relación entre las partes no es de carácter laboral y sí, por el contrario, responde a la denominación del contrato que vinculó a las partes a partir de junio de 2016 como trabajador autónomo económicamente dependiente, tal y como aparece definido en los artículos 1 y 11 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre todo porque <<… *Hay que partir de la Jurisprudencia que reconoce un papel preponderante en la interpretación de los contratos al Juez de instancia (…) debiendo partirse de la conducta del propio recurrente que fue quien, al considerarse "trabajador autónomo económicamente dependiente" y no "trabajador por cuenta ajena", instó de la mercantil recurrida con base en el art. 11 bis de la citada Ley la formalización de un contrato de esa naturaleza, sin que el cliente –Glovo App 23 S.L.- se negara a ello, contrato respecto del cual (…)no se ha alegado incumplimiento formal ni material de las exigencias contenidas en el artículo 12 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. Tampoco se acredita que el desarrollo diario de la prestación del servicio se hiciera de forma distinta de la libremente pactada por las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y sin prueba de la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento en el momento de su firma…>>.*

Y en segundo lugar, porque <<…*ya en cuanto a la concurrencia de las notas características de un trabajador autónomo económicamente dependiente, en los términos descritos en los preceptos desarrollados anteriormente (…) nuevamente ha de partirse del inalterado relato fáctico contenido en la sentencia del Juzgado de lo Social, al no haber prosperado los motivos de suplicación tendentes a modificar los hechos probados.*

Y así, aparece Glovo App 23 S.L. como una empresa calificada con el término inglés de start-up (empresa emergente con un alto componente tecnológico) (…)>>, destacándose:

<<… La libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activar la posición de auto asignación, lo que significa que no desea estar disponible, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas.

(…) La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).

(…) La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.

(…) La realización personal por D. Isaac de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, aquí una moto y un teléfono móvil, con asunción de los gastos de su uso.

(…) La afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que supone su previa declaración de que en el desarrollo de su trabajo cumple con los requisitos que tal Régimen exige para estar integrado en el mismo.

(…) La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo. Al cobrar también por kilometraje, resulta necesaria su comprobación por un geolocalizador.

(…) No existencia de pacto de exclusividad, siempre con respeto a los límites que marca la propia definición de TRADE, pudiendo compatibilizar las tareas derivadas de su contrato con Glovo con otras de cualquier naturaleza que pudiera desarrollar con un tercero.

(…) No necesidad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos, lo que realizó incluso en fechas muy cercanas a su reclamación judicial en petición de relación laboral cuando manifestó -vía correo electrónico- a Glovo que se encontraba enfermo, sin adjuntar informe médico alguno ni parte de baja laboral, siendo suficiente su propia declaración.

(…) Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo terminaba a satisfacción del cliente) y asunción frente al usuario/cliente final de los daños o perdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte (…)>>.

Concluyendo en el sentido de que el actor <<*…organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, podía rechazar solicitudes de trabajo asignadas y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.*

No cuestionándose las notas de prestación personal de la actividad y su carácter retribuido, las características antes expuestas, excluyen la concurrencia de los otros dos elementos, y precisamente los más destacados, en una relación laboral que son los de dependencia y ajenidad, sin perjuicio de destacar la conveniencia de contar con un marco normativo específico para este tipo de prestaciones de servicio que comienzan a proliferar en la sociedad actual (…)>>.

El voto particular, después de expresar de antemano la complejidad que presenta la <<…*calificación de la relación jurídica litigiosa entre el repartidor ("glover" en la denominación de la aquí demandada) y una sociedad que gestiona una plataforma digital, recientemente planteada en este y en otros asuntos similares, en procedimientos individuales y de oficio ante la jurisdicción social*…>> y de que con la jurisprudencia clásica en la materia <<… *parecería, en principio, difícil, admitir que la relación es laboral si el repartidor puede elegir estar disponible o no, escoger la franja horaria, o rechazar pedidos, lo cual se presenta como serio obstáculo para la declaración de relación laboral…>>,* hace una matización de esta doctrina tan general como alejada de las particularidades del caso, adaptándola al <<…*contexto de una red organizada y gestionada por la demandada – mediante la plataforma digital – que, al incluir a un gran número de repartidores, le permite otorgar esa amplia libertad a cada uno de ellos, ya que siempre podrá contar con otros …*>> y precisando que <<… *Hay una estructura organizativa en la que se insertan los repartidores y se diseña de tal modo que se puede conceder a cada uno de ellos un amplio margen de decisión. Así, el dato de esa libertad de acción resulta engañoso, porque solo existe gracias a la organización del servicio que establece la demandada, quien además efectúa una evaluación del repartidor que tiene en cuenta su comportamiento en tales aspectos. Glovo necesita un cierto tipo de repartidores que se ajusten a unas pautas de organización de la plataforma y al disponer de un gran número de ellos, puede permitirles gozar de un cierto margen o flexibilidad de actuación. El glover existe porque existe Glovo y a la inversa, Glovo no podría existir sin glovers. No cabe hablar de cientos de repartidores autónomos que organizan libremente su actividad, sino de una empresa que recluta a cientos de trabajadores insertándolos en una gran red en la que por sus dimensiones es posible atribuir a aquellos un margen de decisión sobre la realización del trabajo…>>.*

Añade después, con cita de la misma sentencia del Tribunal Supremo que la que consta en el voto mayoritario que <<… *El demandante no era un repartidor dedicado profesionalmente a esta actividad, sino que esta actividad surge al ser reclutado por Glovo, quien le encarga la realización de transporte de determinados bienes de consumo y su entrega a domicilio. El encargo y la apropiación de los frutos del trabajo, es decir el servicio, cuya utilidad redunda en favor de Glovo, determinan la ajenidad en los frutos. Respecto a la ajenidad en los medios, si bien el actor es propietario de una moto y un teléfono móvil, se trata de bienes de reducido coste económico y accesorios en comparación con la herramienta constituida por la plataforma digital, que es lo verdaderamente esencial. La ajenidad en el mercado es evidente, pues el actor es*

extraño al entramado de relaciones entre Glovo, usuario y establecimientos, y no interviene en absoluto en la determinación de las contraprestaciones. En cuanto a la ajenidad en los riesgos, no hay constancia de que el repartidor respondiera ante el cliente en caso alguno, ni de que realmente asumiera daños o pérdidas. Cuando el salario es por unidad de obra, el hecho de no cobrar el importe de un servicio no realizado no significa que se preste el servicio a riesgo y ventura del trabajador…[15]*>>.*
Y concluye en el sentido siguiente: <<…*Comparto los razonamientos y solución de la Sala de Asturias en su sentencia de 25 de julio de 2019, en el único pronunciamiento hasta ahora de los Tribunales Superiores de Justicia, declarando la naturaleza laboral de la relación de un repartidor de Glovo en un proceso por despido. Como señala dicha sentencia, es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores a los que acuden los usuarios.*

La dependencia consiste en la integración del demandante en el ámbito de organización y dirección de Glovo al insertarse en la plataforma digital dentro de una red de repartidores que resulta indispensable para el desarrollo de la actividad comercial de la demandada. Mediante esa herramienta se asigna y distribuye el trabajo de transporte entre los repartidores inscritos. Es verdad que el demandante goza de un notable grado de flexibilidad – posibilidad de activar o no la asignación, rechazar pedidos, comunicar que se halla enfermo sin justificarlo – pero este dato se relativiza porque presta sus servicios dentro de una franja horaria predeterminada, y para

[15] En el mismo sentido, resulta ilustrativa la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de 11-2-2019 (autos nº 1214/2018), cuando después de describir detalladamente el contenido del contrato suscrito, expresa una serie de prohibiciones impuestas por la empresa al repartidor, como las de utilizar distintivos corporativos propios, usar la imagen corporativa de Glovo en sus perfiles en redes sociales, cuidando los comentarios que en ellas realice sobre la empresa, haciendo hincapié en el hecho de que el <<…*repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, limitándose a asentir las condiciones impuestas de contrario*…>>, no teniendo capacidad para decidir ninguna cuestión atinente el precio del servicio que no queda establecido en el momento de la suscripción del contrato, sino que será la empresa <<…*quien lo fije en el momento en que el servicio se solicita a la plataforma por el cliente y atendiendo a la distancia y tiempo que se prevé se pueda emplear… pudiendo la demandada establecer un precio inicial y orientativo que se ajustará tras el servicio realizado. Además, podrá Glovo SL calcular unas cuotas de cobertura o complejidad adicionales que alterarían el precio*…>>, escapando de la facultad del repartidor <<… *fijar o negociar su retribución*…>>.

Esta sentencia también alude a que, nuevamente, es la empresa quien ostenta <<… *la facultad de designar el repartidor concreto que presta el servicio*…>>, al contar <<…*con un elenco amplio de repartidores con los que cubre … los repartos en los distintos días y por franjas horarias. La aplicación realiza previsiones de la demanda y en función de ello determina el número de repartidores que ocuparán las distintas franjas. Pero entre los repartidores adscritos en una determinada franja la encomienda de un concreto reparto la realiza G. SL asignándola siguiendo el criterio del menor coste mediante la solución que proporciona el algoritmo a tal efecto creado y atiendo a diversos parámetros, entre ellos el mejor perfil de los repartidores potenciales elaborado a través de criterios de eficacia, pedidos atendidos en ocasiones anteriores y valoración entre los clientes y proveedores….(…) Antes de aceptar el reparto el trabajador está disponible para trabajar, en situación de espera para ser llamado. Se le asigna un reparto y se le fija un precio que acepta con la asunción de la actividad ofertada y que percibirá si la lleva a cabo. Vuelve a situarse en estado de disponible esperando que una nueva microtarea se le oferte y con ello se reactiva la relación*…>>, repitiéndose continuamente esta <<… *"contratación a demanda"* …>> y sin que el repartidor pueda <<…*realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra: es impensable que con su vehículo y su móvil pudiera transportar mercancías entre proveedores y clientes. Si decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca*…>>.

establecer la preferencia de acceso a las más favorables existe un sistema de puntuación, en el que se tiene en cuenta la valoración del cliente, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, y hay una penalización por no estar operativo en la franja horaria previamente reservada. Además, el actor estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS y resulta visiblemente asociado a la demandada en virtud del emblema que lleva la caja que porta. De este modo hay un control y dirección de la actividad realizada, y aunque no se ha estipulado ni aplicado un poder sancionador en el curso de la relación, en las causas de extinción del contrato sí se prevén conductas tales como la transgresión de la buena fe contractual o el retraso continuado en la prestación del servicio, las ofensas verbales o físicas etc., análogas o equivalentes a las causas de despido del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores.

Por fin, no resulta dudoso que el actor percibía un salario como contraprestación por sus servicios, en este caso fijado por cada entrega realizada, es decir por unidad de obra, como permite el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, más una cantidad por kilometraje y tiempo de espera, habiendo percibido un montante anual de unos 18.000 euros. Es sabido que la elaboración de facturas con IVA, y la inclusión en el RETA, no son datos determinantes en la calificación de la relación.

Tampoco es decisivo, dada la indisponibilidad de los derechos laborales – art. 3.5 del ET – el hecho de que se concertase a instancias del actor un contrato como TRADE. En todo caso, el actor no cumple el criterio del art. 11.b) de la ley 20/2007, no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con otros trabajadores que prestan sus servicios mediante contratación laboral con el cliente, ni el del art. 11.d), desarrollar su actividad con criterios organizativos propios.

Por todo ello considero que se debería haber declarado la naturaleza laboral de la relación…>>.

Comparto esta tesis porque, en mi opinión, se adecúa mejor a las particularidades del trabajo no convencional.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 25 de julio de 2019, RS nº 1143/2019, a la que se alude en el voto particular parcialmente transcrito, fue la primera que se ha dictado en España en relación a la plataforma Glovo, confirmándose en ella, el elocuente razonamiento que se desarrolló en la sentencia entonces recurrida, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 20-2-2019, en autos nº 724/2018.

De esta última, interesa destacar que detalla minuciosamente (fijando incluso en diversos porcentajes, la puntuación de los repartidores: 35% por la eficacia, entendida tal como el porcentaje de la puntuación asignada por los consumidores en las últimas 40 entregas realizadas en modo de asignación automática frente a la manual; el 35%

por el número de pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda; el 10% por el volumen total histórico de pedidos entregados, valorados porcentualmente sobre un total de 750 pedidos; el 15% por la valoración de los usuarios en los últimos pedidos evaluados, con posibilidad de escoger puntuación positiva o negativa; el 5% a partir de la valoración de los establecimientos, con idéntica posibilidad) y que tras un muy exhaustivo análisis de las circunstancias en las que se prestó el servicio, concluye afirmando que en un entorno tecnológico <<…*el gran aporte logístico lo supone la propia aplicación, que es de titularidad de la empresa y cuyo control ostenta ésta en exclusiva…*>>.

El Tribunal Superior de Justicia ratifica esta decisión, partiendo de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 16-11-2017, Rec. nº 2806/2015, a la que antes, he hecho referencia, trayendo a colación, con un criterio muy atinado a mi juicio, la conocida doctrina comunitaria, a partir de la sentencia del TJUE de 3-7-1986, en el asunto Lauwrie Blum, C 66/85)[16] y aludiendo también a la ya antes citada Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUEL 11/7/2019), vigente desde el 31 de julio de 2019, razona, muy acertadamente desde mi punto de vista, que en el caso enjuiciado, concurrían las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, dado que <<…*para realizar su actividad el repartidor, rider o glover necesariamente se integra en la plataforma y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por GLOVO APP 23 S.L. que mantiene un completo control de la actividad desempeñada…>>,* que tal como se destaca en la sentencia recurrida <<… *…una vez hecho el encargo por un consumidor, la plataforma asigna el pedido … es decir, es la tecnología de la plataforma la que facilita el contacto entre el usuario y el prestador del servicio, jugando los algoritmos un papel preeminente en las "tomas de decisión", pero detrás de dicho conjunto de algoritmos existe un titular a efectos jurídicos que pretende desarrollar una actividad económica y ostenta la "propiedad de esos medios digitales" que es Glovo…*>> siendo <<… *impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra…*>> e insistiendo en que <<…*el medio esencial de producción, sobre el que se construye la entera actividad de la plataforma digital, es la instalación técnica que emplea para su desarrollo y la explotación de la marca, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y*

[16] Recordemos que en este asunto, el TJUE relativizó la importancia de la naturaleza pública o privada del vínculo del trabajador con la empresa, priorizando las prestaciones reales y efectivas, porque el concepto de trabajador se refiere a toda persona que desarrolla en beneficio y bajo la dependencia de otra de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

eficacia confían restaurantes y clientes. En definitiva, se aprecia la ajenidad de los frutos, pues es la plataforma la que percibe la contraprestación del servicio de los restaurantes y establecimientos adheridos o girando las correspondientes comisiones a los usuarios finales, haciendo suyo de esta forma el resultado de la actividad del repartidor. Existe ajenidad del mercado, pues es la plataforma la que fija los precios y elige a los clientes, constituyéndose en un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final y, por último, respecto a la ajenidad de los riesgos, no consta que el repartidor asuma algún tipo de responsabilidad frente a los usuarios finales…>>.

Lo que permite afirmar que la <<…*figura del TRADE no encaja de ninguna forma… porque la nota característica de aquél, es precisamente que el ejercicio de la actividad profesional se efectúe fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona (ex Art. 1.1 y 1.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del ETA), circunstancia ésta que… no se da en el caso supuesto debatido. En segundo lugar, la potencial traslación de ciertos riesgos (limitados, además, a la concurrencia de negligencia en la actuación del trabajador), no dejan de ser circunstancias impuestas por la empresa, que es quien tiene el poder de determinación de las condiciones de trabajo, o como reza la STS de 26 de febrero de 1986 "el que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.º del Estatuto de los Trabajadores ". En tercer lugar, tampoco se cumple con otra de las notas características de los TRADE cuál es la recogida en el Art. 11.2.b) de la LETA , consistente en "no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente", así como tampoco con la señalada en el apartado 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"-. Cierto es que la herramienta que utiliza para prestar el servicio, sobre todo si es un coche, es relevante económicamente, pero lo verdaderamente esencial, como se ha señalado, es la App…>>.*

De los razonamientos contenidos en estas dos últimas sentencias, cabe desprender que la calificación de este tipo de relaciones, no es ni sencilla ni mucho menos pacífica y que aunque intuyo que las organizaciones sindicales habrán estallado en vítores al analizar tanto la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, como el sólido voto particular contenido en la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el voto mayoritario de la sentencia dictada por este, habrá sido recibido con particular entusiasmo por las organizaciones empresariales.

Quizá todo esto suceda, porque hay preguntas que, en realidad, no quieren una respuesta de los Tribunales sino del legislador, que, en mi opinión y aquí sí coincido con la sugerencia contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, debiera entablar con urgencia una reforma laboral con la envergadura

suficiente y en la que se arbitren medidas de protección de quienes optan por el trabajo a demanda.

LEGISLACIÓN

UNIÓN EUROPEA
ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea pone en marcha la nueva agencia de la Autoridad Laboral Europea. Ir al texto

La agencia nace como forma de mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en los distintos aspectos que afectan a la movilidad laboral.
La directora del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social será miembro de su Consejo de Administración.

En la actualidad, alrededor de 17,5 millones de ciudadanas y ciudadanos europeos viven o trabajan en otro Estado miembro

Reglamento Delegado (UE) 2019/1673 de la Comisión de 23 de julio de 2019 que sustituye al anexo I del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana europea. Ir al texto

ESTATAL

Acuerdo de 26 de septiembre de 2019, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre la aplicabilidad del permiso retribuido establecido en la disposición adicional decimosexta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, a las Juezas y Magistradas en estado de gestación. Ir al texto

Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad. Ir al texto

Resolución de 3 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2020. Ir a texto

Real Decreto 599/2019, de 18 de octubre, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Federación Española de Municipios y Provincias para la gestión del Servicio Telefónico de Atención y Protección para víctimas de la violencia de género. Ir al texto

Resolución de 27 de septiembre de 2019, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2018. Ir al texto

Resolución de 1 de octubre de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2018. Ir a texto

Resolución de 30 de septiembre de 2019, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2018 y el informe de auditoría. Ir a texto
Resolución de 30 de septiembre de 2019, del Instituto Social de la Marina, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2018. Ir a texto

Real Decreto-ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook. Ir al texto

AUTONÓMICA

Andalucía

Orden de 7 de octubre de 2019, por la que se establece la distribución complementaria de las cantidades a percibir por las Entidades Locales para la financiación de las Ayudas Económicas Familiares correspondientes al ejercicio 2019, con crédito procedente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Ir a texto

Orden de 7 de octubre de 2019, por la que se aplica la tramitación de urgencia al procedimiento de concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, destinadas a entidades privadas para la realización de actuaciones de interés general para atender fines sociales con cargo a la asignación tributaria del 0,7% del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el ámbito de las competencias de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, para el ejercicio 2019. Ir a texto

Aragón

ORDEN EPE/1280/2019, de 20 de septiembre, por la que se establecen instrucciones relativas a becas y ayudas para las personas trabajadoras desempleadas que participen en acciones formativas y prácticas no laborales de formación profesional para el empleo, aprobadas en el año 2019. Ir a texto

ORDEN EPE/1406/2019, de 9 de octubre, sobre permisos retribuidos a los trabajadores que participen como electores y a los que formen parte de las mesas electorales con motivo de las elecciones que se celebrarán el domingo 10 de noviembre de 2019. Ir a texto

Asturias

Resolución de 17 de octubre de 2019, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se regula, en el ámbito del Principado de Asturias, la concesión de permiso a los trabajadores a fin de poder ejercer el derecho a voto en las elecciones al Congreso de los Diputados y del Senado convocadas para el día 10 de noviembre de 2019, domingo, por el Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, BOE número 230, de 24 de septiembre de 2019, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. Ir a texto

Illes Balears

Decret llei 2/2019, de 4 d'octubre, pel qual s'estableixen ajudes puntuals per pal·liar els impactes econòmics produïts pel concurs de creditors de l'agència de viatges majorista Thomas Cook sobre l'economia de les Illes Balears. Ir al texto

Canarias

DECRETO-ley 6/2019, de 10 de octubre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las Administraciones canarias. Ir a texto

RESOLUCIÓN de 16 de septiembre de 2019, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación del Reglamento del Parlamento de Canarias: Texto consolidado. Ir al texto

RESOLUCIÓN de 16 de septiembre de 2019, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación de la Reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias. Ir al texto

Galicia

ORDE do 4 de outubro de 2019 pola que se establecen os domingos e festivos en que se autoriza a apertura de establecementos comerciais durante o ano 2020. Ir a texto

Euskadi

ORDEN de 2 de septiembre de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan, para el ejercicio 2020, las ayudas destinadas a preparar el acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, y al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Ir al texto

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ESTATAL
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ESTATAL

Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora. Ir al texto

Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021). Ir al texto

Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020. Ir al texto

Resolución de 16 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022). Ir a texto

CURTIDOS CORREAS Y CUEROS INDUSTRIALES Y CURTICION DE PIELES PARA PELETERIA[..] Ir a texto

Resolución de 30 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida. Ir a texto

AUTONÓMICA

Cantabria

FABRICACION DE ARTICULOS DERIVADOS DEL CEMENTO. Ir al texto

Catalunya

l·lustre Col.legi de l'Advocacia de Barcelona. Ir al texto

Real Club de Polo de Barcelona. Ir a texto

NESTLE ESPAÑA, S.A. Ir a texto

CONVENI COL.LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA CESPA SA PER ALS SERVEIS DE NETE. Ir a texto

Magatzemistes de fusta de la província de Barcelona. Ir al texto

Comerç de materials de construcció de la província de Barcelona. Ir al texto

Comerç i importadors d'articles fotogràfics de la província de Barcelona. Ir al texto

Extremadura

Convenios Colectivos.- Resolución de 26 de septiembre de 2019, 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 del sector "Empresas prestadoras de servicios funerarios de la provincia de Badajoz". Ir al texto

Valencia

EMPRESAS TRANSITARIAS DE VALENCIA. Ir al texto

JURISPRUDENCIA
Juzgados de lo Social

INCAPACIDAD PERMANENTE

Juzgado de lo Social nº 2 de Elche. Ir al texto

VOCES: incapacidad permanente. Profesión habitual. Limpiadora. Menoscabos funcionales. Fibromialgia. Valoraciones del EVI.

RESUMEN: En la sentencia comentada, se fija una situación de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total a una limpiadora, considerando que las secuelas que padece le deambulación y bipedestación prolongada, así como movimiento de extremidades y de columna, entendiendo que ello es necesario para desempeñar la profesión aludida.

Llama la atención sobre el hecho de que el dictamen médico emitido en el curso del expediente administrativo no concrete para nada el grado de evolución de cada enfermedad o los elementos sintomáticos que se aprecian, por ejemplo, en relación a la fibromialgia (número de puntos gatillo).

DISCRIMINACIÓN

Juzgado de lo Social nº 2 de Elche. Ir al texto

VOCES: Despido disciplinario. Disminución voluntaria y continuada del rendimiento pactado. Discriminación. Discriminación por discapacidad. Indicios. Carga de la prueba. Enfermedad. Enfermedad equiparable a discapacidad.

RESUMEN: El demandante, albañil de profesión, tenía un problema neurológico que había determinado su reconocimiento por la Administración Pública la condición de persona con discapacidad en el año 2014. En el año 2018, sufrió una baja laboral de once meses de

duración. La empresa, al incorporarse al trabajo, le dice que disfrute de vacaciones pendientes y a la vez, le remite a reconocimiento médico del servicio de prevención de riesgos laborales, el cuál le considera apto para su trabajo. Al reincorporarse es despedido alegándose de forma genérica disminución continuada y voluntaria del rendimiento y la indisciplina y desobediencia laboral.

En la sentencia comentada, partiendo de que la empresa asume la improcedencia del despido, declara su nulidad, pues entiende que la empresa incurrió en discriminación por razón de discapacidad, al ser despedido el demandante por su condición de personal con discapacidad, debiendo considerarse que fue despedido por razón de aquella enfermedad, generadora de discapacidad, como lo ha asumido la Administración Pública competente.

EJECUCIÓN

Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid. Ir al texto

VOCES: conflicto colectivo, modificación sustancial de condiciones laborales colectivas. Posibilidad de ejecución de sentencias de conflicto colectivo. Cosa juzgada.

RESUMEN: Tras decidir la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, la imposibilidad de ejecutar una sentencia de conflicto colectivo, dado que la demanda no contenía los requisitos marcados por la ley, el Juzgado estima la demanda actuada individualmente por las demandantes invocando el derecho reconocido en conflicto en relación con la modificación sustancial de condiciones que en su día sufrieron, reponiéndolas en los puestos de trabajo que tenían con anterioridad a la misma y fijando el correspondiente devengo económico derivado de ello, examinando la vinculación de la cosa juzgada que el anterior pleito produce en éste.

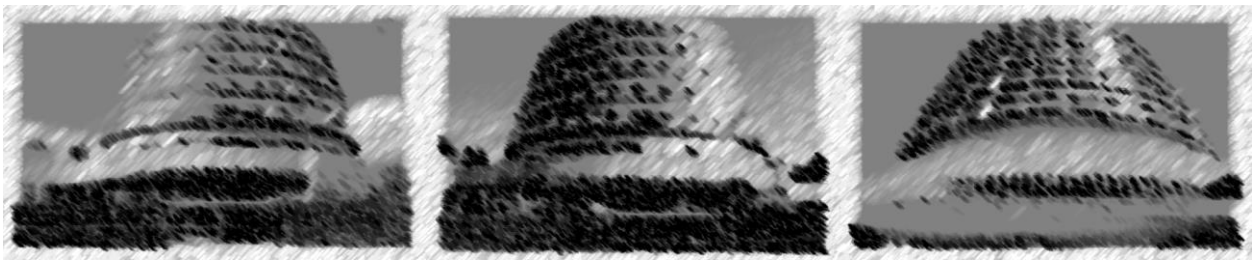
DESPIDO

Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell. Ir al texto

VOCES: despido disciplinario. Acoso sexual. Hostigamiento. De empleado jefe de línea a trabajadora contratada a través de empresa de trabajo temporal. Alegación de indefensión. Contenido de la carta de despido. Suficiencia.

RESUMEN: el despedido fue despedido disciplinariamente por haber realizado diversos actos de contenido sexual explícito y sugerencias de tal condición a una trabajadora que trabajaba en la empresa contratada a través de una empresa de trabajo temporal. El Juzgado considera que la carta de despido tiene un relato suficiente de hechos que permite la defensa contra la imputación del despedido, considerando que no se le genera indefensión alguna y entendiendo probado lo imputado, entiende que los hechos tienen la suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar la calificación del mismo como despido procedente.

JURISPRUDENCIA
Tribunal Constitucional



COMPETENCIAS SOBRE FUNCIÓN PÚBLICA

STC 106/2019, de 19 de septiembre ir al texto

Pleno. Sentencia 106/2019, de 19 de septiembre de 2019
Cuestión de inconstitucionalidad 1461-2019. Planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en relación con la disposición transitoria segunda del Decreto-ley del Gobierno de Illes Balears 1/2017, de 13 de enero, de modificación de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, y de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balears; y con el art. 41 de la Ley del Parlamento de Illes Balears 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears.

Competencias sobre función pública y policías locales: constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos relativos al nombramiento de funcionarios interinos para el desempeño de funciones de policía local.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

STC 108/2019, de 30 de septiembre ir al texto

Recurso de amparo 2925-2018. Promovido por doña María del Carmen Santacreu Tomás respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó en suplicación su demanda de tutela de derechos fundamentales.

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución del Instituto Nacional de Estadística que impidió la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se hallaba en situación de baja por maternidad.

a) Prohibición de discriminación antes del contrato: no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.

b) La pretensión de la ahora recurrente, entonces, no podría decaer por la no articulación jurídica previa de la relación contractual, ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas.

c) El deber de la administración de garantizar la no discriminación de la mujer con fórmulas flexibles. consecuencia: en consecuencia, para el recurso actual, como en aquellos casos también ocurriera, que el órgano administrativo estaba obligado a adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora ahora recurrente, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad cuando aquella puso de manifiesto, en fecha 4 de agosto de 2015, en escrito dirigido al INE, su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a su adjudicación a la siguiente candidata. Así se deduce de la doctrina antes recogida, fundada en la necesidad de que la administración neutralice una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE (en este sentido, STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli, así como la STC 66/2014, FJ 5).

d) Intencionalidad lesiva: no es precisa para apreciar la vulneración del derecho fundamental

e) La irrelevancia del término de comparación: no obsta a la discriminación el hecho de que fuera contratada otra mujer.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 102/2019, de 16 de septiembre ir al texto

Recurso de amparo 2578-2018. Promovido por Natural Biscuit, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de lo social de Burgos en procedimiento de despido.
Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento de la entidad demandada (SSTC 6/2019 y 47/2019).

Si bien la ley procesal exige la obligatoriedad de la comunicación con la administración de justicia de las

personas jurídicas a través de medios electrónicos, en su art. 273.3 a) y, acreditada su eficacia, produce efectos en el transcurso de tres días pese a que el destinatario no haya accedido a su contenido (art. 162.2 LEC), no obstante, cuando se trata del primer emplazamiento o citación del demandado, el régimen jurídico específicamente aplicable es el del art. 155.1.2 y 3 LEC. Así, el art. 155 LEC exige que en el primer emplazamiento, "los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes", estableciendo el párrafo segundo la obligación de hacer constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso", "el domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de este". Y asimismo, deberán presentarse en soporte papel "los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado".

La redacción del art. 155 LEC, y la nueva redacción de su apartado segundo, y del art. 273 LEC por la Ley 42/2015 que reforma la Ley 1/2000 LEC, y el fundamento jurídico 4 de la sentencia STC 6/2019, configuran la utilización de los medios electrónicos con la administración de justicia como un derecho-obligación, y especialmente con referencia las personas jurídicas, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 a) del Real Decreto 1065/2015.

La STC 47/2019 recuerda que "(iii) Como excepción, no se ha de llevar a cabo por medios electrónicos la comunicación al demandado aún no personado en el procedimiento, en cuanto al acto de citación o emplazamiento, conforme a lo previsto en el artículo 155.1 LEC, los cuales 'se harán por remisión al domicilio de los litigantes', regla que también opera en el proceso laboral (art. 53.1 LJS) y de hecho así se hizo en la causa a quo". Recuerda además esta sentencia la doctrina constitucional en relación con los actos de comunicación, y la importancia para la efectividad no solo del derecho de acceso a la jurisdicción, sino también del derecho al recurso, lo que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y con ello, el derecho al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar que las notificaciones, citaciones, emplazamientos, y en su caso, requerimientos, lleguen a sus destinatarios para evitar la indefensión y darles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses. La misma doctrina se repite en la STC 32/2019, de 28 de febrero, donde se compendia la posición del Tribunal sobre el especial deber de garantizar los actos de comunicación procesal.

JURISPRUDENCIA
Tribunal Supremo

ASISTENCIA SANITARIA

STS 11/10/2019 ir al texto

Roj: STS 3174/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:3174
No de Recurso: 3494/2017
No de Resolución: 705/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Asistencia sanitaria: A raíz de un accidente de trabajo ocurrido el 19 de septiembre de 2012 y precisando el trabajador la implantación de prótesis por perdida de una mano, se discute si rige el principio de reparación integra del daño o si hay que estar a las especificas previsiones reglamentarias sobre acción protectora del Sistema Nacional de Salud. El Reglamento 2766/67 fue derogado, sin embargo el TS declara que tiene derecho a la prótesis.

El principio de reparación integra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Eso no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común.

El viejo Convenio no 17 de la OIT sobre indemnización en caso de accidentes de trabajo (1925), que sigue vigente, prescribe en su art. 9o que las víctimas de accidentes del trabajo tendrán derecho "a la asistencia médica y a la asistencia quirúrgica y farmacéutica que se considere necesaria a consecuencia de los accidentes. La asistencia medica correrá por cuenta del empleador, de las instituciones de seguro contra accidentes o de las instituciones de seguro contra enfermedad o invalidez".

El derecho a la prótesis es acorde con el mandato del Convenio no 17 de la OIT (cuyo artículo 1o prescribe que su ratificación obliga al Estado a garantizar a las victimas del accidente "una indemnización cuyas condiciones serán por lo menos iguales a las previstas en el Convenio"), con nuestra jurisprudencia (que alude al derogado Decreto como positivador del principio, más que como su base) sino también con la diversa financiación de la asistencia sanitaria en función de la contingencia que la desencadena (a cargo de la Mutua o entidad aseguradora, a cargo del Sistema

Público de Salud) y con la propia responsabilidad empresarial en estos casos (proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900 como objetiva y automática).

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

STS 11/09/2018 ir al texto

Roj: STS 3021/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:3021
No de Recurso: 59/2018
No de Resolución: 623/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Conciliación de la vida personal, familiar y laboral: se declara válida la práctica empresarial consistente en que a los controladores que prestan servicios para ENAIRE, en la masa salarial a repartir entre el colectivo se reduzca en proporción a la jornada de aquellos que se encuentran en las situaciones de reducción de jornada por guarda legal o cuidado directo de familiar reguladas en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

CONTRATOS DE DURACIÓN DETEDERMINADA

STS 11/07/2019 ir al texto

Roj: STS 2837/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:2837
No de Recurso: 1189/2018
No de Resolución: 577/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Contratos de duración determinada: contrato de interinidad por cobertura de vacante: no constituye despido el cese de un trabajador interino por vacante por resultar cubierta su plaza tras un proceso de Promoción Profesional Específica; la singularidad del caso deriva de que quien obtiene la plaza accede de inmediato a la situación de excedencia y no llega a desempeñarla materialmente. No es despido porque la finalización del proceso de selección de personal, adjudicando la plaza vacante a quien la ha obtenido, constituye causa de terminación del contrato de interinidad por vacante.

A la vista de los datos anteriormente consignados, forzoso es concluir que la plaza que venía ocupando el demandante se cubrió en el proceso de promoción profesional específico para el acceso a la categoría de Auxiliar de Enfermería, siendo adjudicada a otra persona, por lo que el cese concuerda con la causa de interinidad válidamente consignada en su contrato.

COSA JUZGADA

STS 11/09/2019 ir al texto

Roj: STS 2847/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:2847
No de Recurso: 1650/2017
No de Resolución: 618/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Resumen: Cosa juzgada: inexistencia: RTVE reclamación de nivel retributivo. Se casa una sentencia que daba prioridad a la cosa juzgada de sentencia recaída en proceso individual, cuyo fallo era de sentido contrario a lo resuelvo con

posterioridad en proceso de conflicto colectivo.

Lo resuelto en una sentencia de conflicto colectivo no puede eludirse por el mero hecho de que con anterioridad se haya emitido otro pronunciamiento firme que pueda perjudicar a quienes se anticiparon en la reclamación individual, máxime cuando las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo vienen a dar sentido y alcance a la norma cuestionada, extendiendo su aplicación a todos los afectos, con categoría de norma para todos ellos.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando concurren sentencias contradictorias y con fuerza de cosa juzgada sobre un mismo tema ha de prevalecer el criterio de la recaída en conflicto colectivo.

DESPIDO COLECTIVO

STS 26/09/2019 ir al texto

No de Recurso: 143/2018
No de Resolución: 669/2019

Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ

Resumen: Despido colectivo: Inexistencia: incompetencia objetiva de la Sala Social de la AN, porque en el caso no se había producido propiamente un despido colectivo, al no haberse superado los umbrales legalmente previstos para ello. Para llegar a tal conclusión, en la sentencia ahora recurrida en casación se razona lo siguiente:
"... La Sala considera, en efecto, que no se superaron los umbrales, exigidos legalmente, para que concurra despido colectivo, puesto que se ha acreditado que ALM empleaba, en el momento de anunciar el despido colectivo, a 216 trabajadores y se ha probado contundentemente que el numero de afectados, identificado expresamente por la empresa demandada en ese momento, fue de 12, como se desprende inequívocamente de la documentación aportada el 17-12-2017, momento en el que se inició el periodo de consultas.

JUBILACIÓN ANTICIPADA

STS 17/09/2019 ir al texto

Roj: STS 2987/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:2987
No de Recurso: 1741/2017
No de Resolución: 634/2019

Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Jubilación anticipada: la parte actora, socia de una cooperativa de trabajo asociado afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de los requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

JUBILACIÓN PARCIAL

STS 13/09/2019 ir al texto

Roj: STS 3169/2019 - ECLI: ES:
TS: 2019:3169
No de Recurso: 99/2018
No de Resolución: 632/2019

Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Resumen: Jubilación parcial: TRAGSA : se estima la demanda de conflicto

colectivo y confirma el TS la sentencia de la AN que declara que para el cálculo de la indemnización por cese de los trabajadores que acceden a la jubilación parcial debe tomarse como cuantía la que figura en la tabla del artículo 56 del convenio correspondiente a la edad que tenga cada trabajador en el momento de su acceso a la jubilación parcial; esa cantidad debe multiplicarse por el número de años de permanencia del trabajador en la empresa, y al resultado así obtenido aplicarse el porcentaje con el que se accede jubilación parcial (normalmente el 75%), y la cantidad así obtenida debe ser abonada en el momento de acceso a la jubilación parcial".

SUCESIÓN DE EMPRESAS

STS 11/09/2019 ir al texto

No de Recurso: 1505/2017
No de Resolución: 617/2019

Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Sucesión de empresas: la apreciación de sucesión empresarial no puede ser eludida por la vía de la exclusión de las responsabilidades del adquirente, ni siquiera mediante la declaración del juez del concurso. En caso de transmisión de unidades productivas, se ceden al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada y el adquirente se subroga en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Es cierto que la transmisión no lleva aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario; mas ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.4 LC. Este precepto establece que, cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.a del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FGS de conformidad con el art. 33 ET. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

Consecuentemente, aun antes de la modificación que supuso el artículo 146 bis LC , introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal: "Especialidades de la transmisión de unidades productivas", hemos venido reiterando que los efectos del art. 44 ET son totales en estos supuestos, de suerte que no resulta posible ir más allá de lo permitido por la ley y exonerar de responsabilidad a la adjudicataria de las deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyo contrato se halle extinguido en el momento de la adjudicación y el trabajador no fue, por tanto, subrogado.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

STJUE 02/10/2019 ir al texto

«Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Directiva 2004/38/CE — Derecho de residencia de un nacional de un tercer Estado ascendiente directo de ciudadanos de la Unión menores de edad — Artículo 7, apartado 1, letra b) — Requisito relativo a la suficiencia de recursos — Recursos constituidos por ingresos procedentes de un empleo ejercido sin permiso de residencia y de trabajo»

En el asunto C-93/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal in Northern Ireland (Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido), mediante resolución de 15 de diciembre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de febrero de 2018, en el procedimiento entre Ermira Bajratari y Secretary of State for the Home Department, con intervención de: Aire Centre, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: El artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que un ciudadano de la Unión menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro.

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

STJUE 10/10/2019 ir al texto

Procedimiento prejudicial — Libre circulación de personas — Artículo 45 TFUE — Trabajadores — Reglamento (UE) n.º 492/2011 — Artículo 7, apartado 1 — Senior lecturers/postdoc — Limitación del cómputo de los períodos anteriores de actividad relevante cumplidos en otro Estado miembro — Sistema de retribución que vincula el beneficio de una retribución más elevada a la antigüedad acumulada en el empresario actual»

En el asunto C-703/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria), mediante resolución de 7 de diciembre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de diciembre de 2017, en el procedimiento entre Adelheid Krah y Universität Wien.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: El artículo 45 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de una universidad de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que, para establecer la categoría salarial de un trabajador como senior lecturer/postdoc en esa universidad, solo computa hasta una duración máxima de cuatro años los períodos anteriores de actividad cumplidos por ese trabajador en otro Estado miembro, si esa actividad era equivalente, o incluso idéntica, a la que dicho trabajador debe ejercer en el marco de la función de senior lecturer/postdoc.

El artículo 45 TFUE y el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de ese tipo si la actividad anteriormente desempeñada en ese otro Estado miembro no era equivalente, sino que resultaba meramente útil para el ejercicio de la citada función de senior lecturer/postdoc.

STJUE 24/10/2019 ir al texto

«Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Igualdad de trato — Impuesto sobre la renta — Legislación nacional — Exención fiscal para las prestaciones concedidas a personas con discapacidad — Prestaciones recibidas en otro Estado miembro — Exclusión — Diferencia de trato»

En el asunto C-35/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de première instance de Liège (Tribunal de Primera Instancia de Lieja, Bélgica), mediante resolución de 7 de enero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de enero de 2019, en el procedimiento entre BU y État belge, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara: El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de

un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, sin establecer justificación alguna al efecto, —extremo que, no obstante, corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente— dispone que la exención fiscal aplicable a las prestaciones para personas con discapacidad está supeditada a la condición de que dichas prestaciones sean pagadas por un organismo del Estado miembro de que se trata, por lo que excluye de la exención las prestaciones de la misma naturaleza pagadas por otro Estado miembro, siendo así que el beneficiario de esas prestaciones reside en el Estado miembro de que se trata.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

STJUE 21/10/2019 ir al texto

Política social — Diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión — Acuerdo titulado “Marco general de información y consulta a los funcionarios y a los empleados públicos de las administraciones dependientes de un gobierno central” — Petición conjunta de las partes firmantes para la aplicación de dicho Acuerdo a nivel de la Unión — Negativa de la Comisión a presentar una propuesta de decisión al Consejo — Recurso de anulación — Acto recurrible — Admisibilidad — Margen de apreciación de la Comisión — Autonomía de los interlocutores sociales — Principio de subsidiariedad — Proporcionalidad»

En el asunto T-310/18, European Federation of Public Service Unions (EPSU), con sede en Bruselas (Bélgica), Jan Goudriaan, con domicilio en Bruselas, representados por el Sr. R. Arthur, Solicitor, y el Sr. R. Palmer y la Sra. K. Apps, Barristers, partes demandantes, contra Comisión Europea, representada por la Sra. I. Martínez del Peral y los Sres. M. van Beek y M. Kellerbauer, en calidad de agentes, El 2 de junio de 2015, los interlocutores sociales miembros del Comité de Diálogo Social para las Administraciones de los Gobiernos Centrales, a saber, por una parte, la Trade Union’s National and European Delegation (Delegación Sindical de la Administración Nacional y Europea; en lo sucesivo, «TUNED») y, por otra, los European Public Administration Employers (Empleadores de la Administración Pública Europea; en lo sucesivo, «EUPAE»), informaron a la Comisión, sobre la base del artículo 154 TFUE, apartado 4, acerca de su voluntad de negociar y celebrar un acuerdo en virtud del artículo 155 TFUE, apartado 1.

> 3 El 21 de diciembre de 2015, la TUNED y los EUPAE firmaron un acuerdo titulado «Marco general de información y consulta a los funcionarios y a los empleados públicos de las administraciones dependientes de un gobierno central» (en lo sucesivo, «Acuerdo»).
>
> 4 Mediante escrito de 1 de febrero de 2016, la TUNED y los EUPAE pidieron conjuntamente a la Comisión que presentara una propuesta para la aplicación del Acuerdo a nivel de la Unión mediante una decisión del Consejo de la Unión Europea adoptada sobre la base del artículo 155 TFUE, apartado 2.

5 El 5 de marzo de 2018, la Comisión informó a la TUNED y a los EUPAE de que había decidido no presentar al Consejo una propuesta de decisión de aplicación del Acuerdo a nivel de la Unión (en lo sucesivo, «decisión impugnada»).

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena ampliada) decide:

1) Desestimar el recurso.
2) La European Federation of Public Service Unions (EPSU) y el Sr. Jan Goudriaan, por una parte, y la Comisión Europea, por otra, cargarán con sus propias costas.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

STJUE 07/10/2019 **ir al texto**

«Procedimiento prejudicial — Política social — Artículo 119 del Tratado CE (actualmente artículo 141 CE, tras su modificación) — Trabajadores y trabajadoras — Igualdad de retribución — Plan de pensiones de empresa — Edad ordinaria de jubilación diferenciada según el sexo — Fecha de adopción de medidas que restablecen la igualdad de trato — Equiparación retroactiva de dicha edad con la de las personas anteriormente menos favorecidas»

En el asunto C-171/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil, Reino Unido], mediante resolución de 16 de febrero de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de marzo de 2018, en el procedimiento entre Safeway Ltd y Andrew Richard Newton, Safeway Pension Trustees Ltd, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 119 del Tratado CE (actualmente artículo 141 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone, a falta de una justificación objetiva, a la adopción en un plan de pensiones —para poner fin a una discriminación contraria a esta disposición, resultante de la fijación de una edad ordinaria de jubilación diferente según el sexo— de una medida que uniformice, con carácter retroactivo, la edad ordinaria de jubilación de los partícipes de dicho plan con la de las personas de la categoría anteriormente menos favorecida, para el período comprendido entre la comunicación y la adopción de dicha medida, aun cuando tal medida esté autorizada en virtud del Derecho nacional y de la escritura de constitución de dicho plan de pensiones.

PROTECCIÓN DE DATOS

STJUE 01/10/2019 ir al texto

Procedimiento prejudicial — Directiva 95/46/CE — Directiva 2002/58/CE — Reglamento (UE) 2016/679 — Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas — Cookies — Concepto de consentimiento del interesado — Declaración de consentimiento mediante una casilla marcada por defecto»

En el asunto C-673/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), mediante resolución de 5 de octubre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de noviembre de 2017, en el procedimiento entre Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH, El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y con los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46 (Reglamento general de protección de datos), deben interpretarse en el sentido de que el consentimiento al que se hace referencia en estas disposiciones no se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de cookies se autoriza mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento.

2) Los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, en su versión modificada por la Directiva 2009/136, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 y con los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679, no deben interpretarse de manera diferente en función de que la información almacenada o consultada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet sean o no datos personales en el sentido de la Directiva 95/46 y del Reglamento 2016/679.

3) El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, en su versión modificada por la Directiva 2009/136, debe interpretarse en el sentido de que la información que el

proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las cookies estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas.

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

STJUE 03/10/2019 ir al texto

Procedimiento prejudicial — Política social — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Trato menos favorable de los trabajadores a tiempo parcial en comparación con los trabajadores a tiempo completo en cuanto a sus condiciones laborales — Prohibición — Legislación nacional que establece una duración máxima de las relaciones laborales de duración determinada más larga para los trabajadores a tiempo parcial que para los trabajadores a tiempo completo — Principio de pro rata temporis — Directiva 2006/54/CE — Igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación — Artículo 2, apartado 1, letra b) — Concepto de "discriminación indirecta" por razón de sexo — Artículo 14, apartado 1, letra c) — Condiciones de empleo y de trabajo — Artículo 19 — Carga de la prueba»

En el asunto C-274/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Arbeits- und Sozialgericht Wien (Tribunal de lo Laboral y Social de Viena, Austria), mediante resolución de 19 de abril de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de abril de 2018, en el procedimiento entre Minoo Schuch-Ghannadan y Medizinische Universität Wien, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece, para los trabajadores con contrato de duración determinada a los que se aplica, una duración máxima de las relaciones laborales más larga para los trabajadores a tiempo parcial que para los trabajadores a tiempo completo comparables, a menos que tal diferencia de trato se justifique por razones objetivas y sea proporcionada en relación con dichas razones, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. La cláusula 4, punto 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial debe interpretarse en el sentido de que el principio de pro rata temporis que ahí se contempla no se aplica a tal normativa.

2) El artículo 2, apartado 1, letra b), 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 opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece, para los trabajadores con contrato de duración determinada a los que se aplica, una duración máxima de las relaciones laborales más larga para los trabajadores a tiempo parcial que para los trabajadores a tiempo completo comparables si se demuestra que dicha normativa afecta negativamente a un porcentaje significativamente mayor de trabajadoras que de trabajadores y si dicha normativa no puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima o los medios para alcanzar dicha finalidad no son adecuados y necesarios. El artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que esta disposición no exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos referidos a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida si dicha parte no tiene acceso a tales estadísticas o hechos o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades.

ATJUE 15/10/2019 **ir al texto**

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Trabajadores y trabajadoras — Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Directiva 2006/54/CE — Artículo 14, apartado 1 — Trabajador fijo discontinuo — Reconocimiento de la antigüedad — Método de cálculo de los trienios — Exclusión de los períodos no trabajados»

En los asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante autos de 18 y de 22 de junio de 2018, respectivamente, recibidos en el Tribunal de Justicia el 2 y el 19 de julio de 2018, en los procedimientos entre OH (C-439/18), ER (C-472/18) y Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y el artículo 14, 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABUSO DE DERECHO

STEDH 03/10/2019. *Caso Pastörs c. Alemania* ir al texto

Abuso de derecho (art.17 CEDH): negacionismo del holocausto. El negacionismo no puede pretender la protección de la libertad de expresión del art.10 CEDH ni del derecho a un proceso justo del art.6.1 CEDH. El asunto trata sobre la condena de un diputado regional que había negado el Holocausto en un discurso ante el Parlamento regional. El TEDH considera que el diputado demandante profirió intencionadamente denuncias con la finalidad de difamar a los judíos. Tales declaraciones no pueden obtener la protección del derecho a la libertad de expresión que garantiza el CEH ya que las mismas resultan contrarias a sus valores. Por tanto, no hay ninguna apariencia de vulneración de los derechos del recurrente y la demanda interpuesta ante el TEDH se declara inadmisible.

DERECHO A UN JUICIO JUSTO

STEDH 08/10/2019. *Caso Grace Gatt c. Malta* ir al texto

Resumen: Derecho a un proceso justo: cese por motivos disciplinarios de una agente de policía. Violación del art.6 CEDH, existente.

El caso trata de los procedimientos disciplinarios por los que la agente fue despedida de su función de oficial de policía.

La Sra. Gatt fue acusada en 2001 y luego condenada por fraude, porque había recaudado fondos para su hijo gravemente enfermo sin autorización previa y luego nuevamente en 2007 porque actuó como investigadora privada en ausencia de

autorización previa cuando fue a Siria para recuperar a un niño secuestrado. Después del primer juicio, fue sentenciada prisión con libertad condicional y en el segundo juicio se la condenó a 1 año de prisión, condena que quedó suspendida.

En enero de 2006, el Prefecto de la Policía abrió un procedimiento disciplinario contra ella porque, según él, había desacreditado a la policía maltesa y se había ido al extranjero como investigadora privada, y había aparecido en un programa de televisión sin permiso. La comisión interna de la policía investigó los cargos contra la Sra. Gatt y descubrió que había pruebas suficientes para condenarla. El informe que produjo fue enviado a la Comisión del Servicio Público, que recomendó su despido. En diciembre de 2006, el primer ministro aprobó su despido con efecto inmediato.

La Sra. Gatt presentó un recurso ante el tribunal constitucional alegando una violación de sus derechos fundamentales, concretamente el Artículo 6 (derecho a un juicio justo) de la Convención Europea, porque según ella el tribunal que la juzgó estaba compuesto por subordinados del jefe de policía lo que le privaba de imparcialidad. Dicho recurso Fue desestimado en primera y segunda instancia debido a que, siendo oficial de policía, no estaba protegida por el artículo 6.

STEDH 22/10/2019. *Caso Deli c. Moldova* ir al texto

Resumen: imparcialidad judicial, Artículo 6 § 1 (derecho a una audiencia imparcial) del CEDH. Violación existente.

En este caso, un abogado alegó que se produjo un altercado entre un juez y él durante una audiencia y expresó temor de ser víctima, junto con su cliente, de una falta de imparcialidad por parte de este magistrado por este motivo. Por su parte, este último afirmó que se había limitado a aplicar la policía de vistas frente al comportamiento transgresor del abogado en cuestión. Con carácter previo a la presentación de su demanda ante el Tribunal, había acudido sin éxito los tribunales nacionales para impugnar su condena por desacato al tribunal y denunciar la falta de imparcialidad de este juez.

En el caso concreto el Tribunal concluye que desde el punto de vista de un observador externo, la imparcialidad del juez cuestionado podría legítimamente plantear dudas. Destaca que los tribunales rechazaron en su totalidad las alegaciones del demandante de falta de imparcialidad, sin haberlas analizado y sin haber verificado realmente los hechos. Además, se evidenciaron defectos procesales, observando que el magistrado involucrado había acumulado las funciones de fiscal y juez cuando condenó al demandante por desacato al tribunal.

Finalmente, el Tribunal concluyó que el Tribunal de Apelación no había citado debidamente al demandante el recurso presentado por este último contra su condena por desacato al tribunal, que la naturaleza del delito y las acusaciones contra el juez exigían que el tribunal lo escuchase en persona.

DERECHO A LA PROPIEDAD

STEDH 08/10/2019. *Caso Fedulov c. Rusia* ir al texto

Resumen: Derecho a la propiedad. (art. 1 Protocolo nº 1 al CEDH) Violación existente: denegación de medicamentos gratuitos por falta de presupuesto.

En este caso, se denuncia de que las autoridades no le facilitaron gratuitamente el medicamento que necesitaba y al que tenía derecho para curar su cáncer.

El Sr. Fedulov fue diagnosticado con cáncer en 2007. Descubrió que tenía derecho a medicamentos gratuitos, en este caso Bicalutamide, que necesitaba durante un período de ocho a doce meses.

Sin embargo, la farmacia que supuestamente debía suministrarle los medicamentos gratis se los dio solo una vez. En las demás ocasiones, la farmacia le dijo que no tenía más Bicalutamida gratuita en existencias, pero que podía comprarla a su costa. En los siguientes meses, pagó 1.400 euros por su tratamiento.

Denunció ante las autoridades y los tribunales la falta de disponibilidad de la medicación gratis, e intentó que se le reembolsaran sus gastos, pero en febrero de 2008 el tribunal de distrito desestimó su demanda en todos los puntos , resolviendo que las autoridades en cuestión, a saber, el Fondo de Seguro Médico de San Petersburgo y la Comisión de Salud de San Petersburgo, habían hecho todo aquello a lo que la ley les obligaba.

El tribunal dice en particular que el Fondo de Seguro Médico de San Petersburgo había satisfecho su obligación de solicitar fondos del Fondo de seguro médico para pagar el medicamento de forma gratuita, pero que este último había rechazado esta solicitud en 2007 con el argumento de que el presupuesto federal asignado para este fin ya se había gastado.

Basándose en el Artículo 1 del Protocolo No. 1 (protección de la propiedad), el demandante denuncia que no le dieron los medicamentos gratuitos a los que tenía derecho y que las autoridades no le devolvieron el dinero después de que él mismo tuvo que comprar los medicamentos necesarios.

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STEDH 15/10/2019. *Caso Kuzhelev y otros c. Rusia* ir al texto

Resumen: Derecho a un proceso justo (art.6.1 CEDH). violación existente. Derecho de propiedad (art.1 del protocolo 1 CEDH violación existente)
El caso se refería al incumplimiento de las decisiones judiciales estimatorias en relación con salarios y otros beneficios relacionados con el trabajo que no se pagaron a los demandantes.

Los demandantes trabajaban para una empresa de construcción y reparación de buques en San Petersburgo, Astillero Kronstadt, Empresa Unitaria Estatal ("FGUP") del Ministerio de Defensa. Dadas sus dificultades financieras, la empresa se colocó en

Marzo de 2005 bajo administración externa. Luego se tomó la decisión de transferir los activos de la compañía a otra compañía llamada astilleros OAO Kronstadt de la Orden de Lenin ("OAO") a través de un procedimiento de sustitución de activos que tuvo lugar en febrero de 2007. Los empleados de FGUP también fueron transferidos a OAO.

Las jurisdicciones posteriormente invalidaron la transferencia de activos y la creación del nuevo negocio. Los activos fueron devueltos a la FGUP. En agosto de 2008, OAO despidió a los demandantes. Las partes iniciaron acciones contra ambas compañíasen reclamación del pago de sus salarios no pagados o diferidos y su reincorporación a la FGUP. Ganaron su caso total o parcialmente ante los tribunales que dictaminaron a su favor. Las sentencias frente a OAO nunca fueron ejecutadas, mientras que las recaídas contra el FGUP llegaron tarde. Basándose en el Artículo 6 § 1 (derecho a una audiencia imparcial) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad) del Convenio, los demandantes denuncian la no ejecución de sentencias a su favor, que habían condenado a la FGUP los salarios y daños impagos de 2008 debido a retrasos en pago de indemnización por despido.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

STEDH 17/10/2019. *Caso López Ribalda c. España (Gran Sala)* ir al texto

Resumen: Derecho a la vida privada (art.8 CEDH) violación inexistente.

Hechos: Las demandantes son cinco españolas residentes en Sant Celoni y Sant Pere de Villamajor, que en 2009 trabajaban para una conocida cadena familiar de supermercados.

La vídeo vigilancia se puso en marcha por la empresa, que quería comprobar unas sospechas de hurto, después de que el director del supermercado en cuestión había denunciado incoherencias entre el nivel de los stocks y las cifras cotidianas de ventas. El empresario instaló cámaras visibles y cámaras ocultas. La empresa informó a los trabajadores/as de la instalación de las cámaras visibles (que enfocaban a las puertas), pero no les dijo nada sobre la presencia de cámaras ocultas (que enfocaban a las cajas).

Por tanto, los trabajadores/as no supieron nunca que eran filmados en las cajas. Todos los trabajadores sospechosos de hurto fueron convocados a entrevistas individuales en las que se les mostraron los vídeos. Las cámaras habían filmado a las demandantes mientras ayudaban a los clientes y a las compañeras a sustraer artículos y los sustraían ellas mismas. Las demandantes reconocieron haber tomado parte en los hurtos y fueron despedidas por razones disciplinarias.

Tres de las cinco demandantes firmaron un acuerdo por el cual reconocían su participación en los hurtos y renunciaban a accionar por despido ante los tribunales laborales mientras que la empresa, por su parte, se comprometió a no promover la iniciación de un proceso penal en contra de ellas. Las dos otras demandantes no firmaron el acuerdo. Todas las demandantes terminaron por ejercitar acciones, pero sus despidos fueron confirmados en primera instancia por los juzgado de lo social y después en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia, sin que fueran admitidos los recursos de casación que interpusieron. Los Tribunales admitieron las grabaciones de vídeo como pruebas, considerando que habían sido lícitamente obtenidas.

La sentencia de la Gran Sala cambia el criterio respecto de la sentencia de la Sala: STEDH 9 enero 2018. Es una resolución de enorme calado en un tema frecuentemente litigioso en el ordenamiento laboral español, como es la vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y los controles ocultos. Analiza el ordenamiento español, (anterior a la LO 3/2018 de 5 de diciembre), así como la doctrina del TC 186/2000 y concluye , en resumen, que son válidos los controles ocultos a los trabajadores mediante vídeo vigilancia, pero nunca ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de vídeo vigilancia encubierta por parte del empleador, sino sólo ante supuestos como el presente, en que hay sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, con perjuicio importante para la empresa.

Lo primero que hay que subrayar como gran avance de esta sentencia, que la misma incorpora el Test Barbulescu (relativo al control del uso del ordenador) al control por vídeo vigilancia de los trabajadores en su puesto de trabajo.

De esta forma, los tribunales nacionales deben tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesan los diversos intereses en conflicto:

(i) Si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empleador adopte medidas de vídeo vigilancia y de la implementación de tales medidas. Si bien en la práctica los trabajadores pueden ser informados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza del vídeo vigilancia y debe darse anterior a su aplicación.

(ii) El alcance de la vídeo vigilancia por parte del empleador y el grado de intrusión en la privacidad del empleado. En este sentido, se debe tener en cuenta el nivel de privacidad en el área que se está vigilando, junto con las limitaciones de tiempo y espacio y la cantidad de personas que tienen acceso a los resultados.

(iii) Si el empleador ha proporcionado razones legítimas para justificar la vídeo vigilancia y el alcance de esta. Cuanto más intrusivo sea la vídeo vigilancia, mayor será la justificación que se requerirá.

(iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de vídeo vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos. A este respecto, debe haber una evaluación a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del empleado.

(v) Las consecuencias de la vídeo vigilancia para el trabajador sujeto a él. Debe tenerse en cuenta, en particular, el uso que hace el empleador de los resultados de la supervisión y si dichos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.

(vi) Si el trabajador ha recibido las garantías apropiadas, especialmente cuando las operaciones vídeo vigilancia del empleador son de naturaleza intrusiva. Dichas garantías pueden tomar la forma, entre otras, de proporcionar información a los empleados interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vídeo vigilancia, o una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja.

Por tanto, se establece un riguroso control garantista de los derechos a la intimidad y la protección de datos de las personas de los trabajadores.

En segundo lugar, un notorio avance introducido por la sentencia es que clarifica la espinosa cuestión de los controles ocultos y viene a validar y acotar la doctrina del TC, sentada en su STC 186/2000, en cuya virtud, sólo puede prescindirse de la información previa y la transparencia en la vídeo vigilancia en supuestos excepcionales, cuando consten sospechas razonables de una infracción laboral que afecte gravemente a los intereses de la empresa, y siempre que no haya medios alternativos menos intrusivos. El TEDH acota dicha doctrina precisando que no son válidos los controles ocultos por vídeo vigilancia ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados, sino que se deben existir sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave que afecte gravemente los intereses de la empresa.

En tercer lugar, no aprecia vulneración del art.8 CEDH, en los controles ocultos, porque los mismos fueron proporcionados, pero también porque las demandantes podía denunciar la infracción de su derecho a la información en la protección de datos ante la AEPD y ante los tribunales.

Para terminar, con el derecho a la privacidad, el TEDH considera que la información que se debe suministrar a los trabajadores objeto de vídeo vigilancia, hay que subrayar que la facilitación de información al individuo que se está vídeo vigilando y su alcance, constituyen solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso dado. No obstante, si falta dicha información, las garantías derivadas de los otros criterios serán aún más importantes.

En cuanto al proceso justo (art.6 CEDH), hay que destacar que el TEDH reitera que no puede pronunciarse sobre la valoración de la prueba hecha por los tribunales nacionales y sobre la admisión de las pruebas. Sin embargo,

En este punto hay que significar varias cuestiones:

- Se admite el esquema de la prueba ilícita y de la doctrina de los frutos del árbol prohibido en el marco de litigios laborales.

- En el caso concreto, el marco probatorio ofrecía otros medios no conectados antijurídicamente con la vídeo vigilancia, por lo que entran en juego la doctrina de los frutos del árbol prohibido (art.11 LOPJ):

- La infracción del deber de información de los trabajadores en materia de protección de datos puede recibir su adecuada compensación (AEPDE, demanda daños y perjuicios), a pesar de que en casos como éste, la grabación se utilice como prueba.

Para terminar, en cuanto a la validez de los acuerdos de despido o finiquitos firmados con intimidación o coacción, el TEDH admite que de darse tales supuestos, los documentos así obtenidos (finiquito firmado) no serían prueba lícita, pero en la circunstancias del caso concreto no considera acreditada ni coacción ni intimidación.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

STEDH 24/10/2019. *Caso J.D. y A. c. Reino Unido* ir al texto

Resumen: Prohibición de discriminación: Nueva legislación británica sobre ayudas a la vivienda social. En un caso no hubo violación de la prohibición de discriminación del art.14 en relación con el derecho de propiedad del art.1 del Protocolo 1 y en el segundo caso sí que hubo violación del art.14 en relación con el derecho de propiedad.

En ese caso, las demandantes alegaron que las nuevas normas sobre ayudas a la vivienda en el sector de la vivienda social (conocido informalmente como "tasa por habitación") las había discriminado en función de su situación particular:

La primera demandante vivía con su hija gravemente discapacitada, mientras que la segunda demandante es una víctima de violencia doméstica. Ambas vivían en viviendas especialmente adaptadas.

El TEDH declara que las demandantes sufrieron un especial perjuicio por la medida en cuestión, que supone la reducción de los subsidios abonados a los inquilinos en aquellos casos en que la vivienda dispusiera de un dormitorio más que los que permite la ley, para incentivarlos a mudarse.

La existencia de un subsidio facultativa para la vivienda (Discretionary Housing Payments), que puede compensar la reducción en el subsidio de vivienda, lleva al TEDH a la conclusión de la diferencia de trato en el caso de la primera demandante, que vivía con la hija discapacitada, estaba justificado.

Sin embargo, ese no fue éste el caso de la segunda demandante, víctima de violencia doméstica, que era beneficiaria de una ayuda diferente, destinada a permitir a las víctimas de violencia doméstica quedarse en sus hogares, y la existencia de un subsidio facultativo de vivienda, no resolvía en modo alguno el conflicto entre esa finalidad y el objetivo perseguido por la tasa por habitación, que tenía la finalidad de incentivar a la parte interesada a que cambiase de vivienda.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

Más allá del techo de cristal: Por qué las empresas necesitan a las mujeres en puestos directivos **Ir a texto**

Un nuevo informe de la OIT revela el papel del trabajo por cuenta propia y de las pequeñas empresas en la creación de empleo **Il texto**

Un nuevo estudio de la OIT identifica las políticas para luchar contra la pobreza y las desigualdades

La combinación de políticas activas del mercado de trabajo y la ayuda al ingreso hace que ambas medidas sean más eficaces en la lucha contra la pobreza y ayuda a las personas a encontrar un trabajo decente, constata un nuevo informe. **Ir al texto**

Un nuevo estudio de la OIT identifica las políticas para luchar contra la pobreza y las desigualdades. **Ir a texto**

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

La media de trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social asciende a 2.145.263 en septiembre ir al texto

CALENDARIO ESTADÍSTICO

Estadística de Movimientos Turísticos en Fronteras (FRONTUR) ir al texto

- España recibe 9,9 millones de turistas internacionales en julio, un 1,3% menos que en el mismo mes de 2018

Encuesta de Gasto Turístico ir al texto

- El gasto total de los turistas internacionales que visitan España en julio aumenta un 2,0% respecto al mismo mes de 2018
- El gasto medio diario se sitúa en 160 euros, un 4,9% más que en julio de 2018

Índices de Producción Industrial (IPI). Base 2015 ir al texto

Julio 2019. Datos provisionales

- La variación mensual del Índice de Producción Industrial es del −0,4% si se eliminan los efectos estacionales y de calendario
- La tasa anual del Índice de Producción Industrial se sitúa en el 0,8% en la serie corregida de efectos estacionales y de calendario, y en el 2,9% en la serie original

Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares

Año 2018 **ir al texto**

- El 86,1% de la población de 16 a 74 años ha usado internet en los tres últimos meses. El 72,1% lo hace a diario
- El 65,4% de la población ha utilizado la administración electrónica
- El 43,5% de las personas de 16 a 74 años han comprado por internet en los tres últimos meses
- El 79,5% de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años dispone de ordenador en 2018. Este porcentaje es ligeramente superior (1,1 puntos) al del año pasado.

CARTA SOCIAL EUROPEA: ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

ARTÍCULO 1 CSE Derecho al Trabajo

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen:

1 a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo;

2 a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido;

3 a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores;

4 a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas."

Accede a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre este artículo de la CSE