

Dirección:

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Coordinación

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA (*Coordinador general*)
ALEJANDRO MUROS POLO
SHEILA LÓPEZ VICO

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: PROBLEMAS Y MANIFESTACIONES ACTUALES

LIBRO HOMENAJE A ALFREDO MONTOYA MELGAR



Editorial

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA

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

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Directores

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA (*Coordinador general*)

ALEJANDRO MUROS POLO

SHEILA LÓPEZ VICO

Coordinadores

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: PROBLEMAS Y MANIFESTACIONES ACTUALES

Manuela Abeleira Colao
David Aceves López
Raquel Aguilera Izquierdo
María Mar Alarcón Castellanos
Francisco Alemán Páez
Belén Alonso-Olea García
Juan Carlos Álvarez Cortés
Henar Álvarez Cuesta
Iciar Alzaga Ruiz
María Areta Martínez
Francisco Javier Arrieta Idiakez
Alberto Arufe Varela
Alfredo Aspra Rodríguez
Inmaculada Ballester Pastor
Susana Barcelón Cobedo
Guillermo L. Barrios Baudor
Inmaculada Baviera Puig
Pablo Benlloch Sanz
Carolina Blasco Jover
Eva María Blázquez Agudo
Dulce M^a Cairós Barreto
Alberto Cámara Botía
Ferrán Camas Roda
Yolanda Cano Galán
Miguel Cardenal Carro
Dolores Carrascosa Bermejo
Davide Casale
María Emilia Casas Baamonde
María Antonia Castro Argüelles
Faustino Cavas Martínez
Felipe Cegarra Cervantes
Pilar Charro Baena
Diana del Pilar Colorado Acevedo
Oriol Cremades Chueca
Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Rosario Cristóbal Roncero
Jesús Cruz Villalón
M.^a Elisa Cuadros Garrido

Mercedes de Ávila Alzu
Luis Enrique De La Villa Gil
Ángel Luis de Val Tena
Juan Ignacio del Valle de Joz
Elena Desdentado Daroca
Luis Díaz Bernardo
Pablo Gimeno Díaz de Atauri
Juan Miguel Díaz Rodríguez
Julia Dormido Abril
Diego Escolano Martínez
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés
M^a Belén Fernández Collados
Juan José Fernández Domínguez
Fco. Javier Fernández Orrico
Javier Fernández-Costales Muñiz
Olga Fotinopoulou Basurko
Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada
Carolina Gala Durán
Fermín Gallego Moya
Juan García Blasco
José Ignacio García Ninet
Nuria P. García Piñeiro
Bernardo García Rodríguez
Belén García Romero
María Dolores García Valverde
Jordi García Viña
Mario Garmendia Arigón
Miguel Ángel Garrido Palacios
Eva Garrido Pérez
Juan Gil Plana
José María Goerlich Peset
Rosa M^a González de Patto
Francisco A. González Díaz
Sergio González García
José Antonio González Martínez
Juan Gorelli Hernández
Ángel Guillén Pajuelo

Sara Guindo Morales
Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo
Francisco Javier Hierro Hierro
María Teresa Igartua Miró
Francisco Jiménez Rojas
Djamil Tony Kahale Carrillo
Alberto Llorente Álvarez
María José Lopera Castillejo
J. Eduardo López Ahumada
María del Carmen López Aniorte
Mercedes López Balaguer
Lourdes López Cumbre
Rubén López Fernández
Belén del Mar López Insua
Sheila López Vico
José Luján Alcaraz
Juan Antonio Maldonado Molina
Juan Pablo Maldonado Montoya
Xosé Manuel Carril Vázquez
M^a Teresa Marbán Pinilla
Inmaculada Marín Alonso
Isabel Marín Moral
Antonio Márquez Prieto
Rocío Martín Jiménez
Antonio Martín Valverde
María de los Reyes Martínez Barroso
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Juan Martínez Moya
Diego Megino Fernández
Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
Jesús R. Mercader Uguina
Margarita Miñarro Yanini
María Luisa Molero Marañón
Cristina Monereo Atienza
José Luis Monereo Pérez
David Montoya Medina
M^a Nieves Moreno Vida

Juan Pablo Mugnolo
Alejandro Muros Polo
Patricia Nieto Rojas
Nuria de Nieves Nieto
Alberto Novoa Mendoza
Antonio Ojeda Avilés
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Francisco Miguel Ortiz González-Conde
Fulgencio Pagán Martín-Portugués
Pilar Palomino Saurina
Sira Pérez Agulla
Ana I. Pérez Campos
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Danny Pieters
Raquel Yolanda Quintanilla Navarro
Cristina Rincón Sánchez
Pilar Rivas Vallejo
Iván Antonio Rodríguez Cardo
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta
Estefanía Rodríguez Santos
Gloria P. Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Francisco Rubio Sánchez
María Otero Ruiz de Alegría
Carlota M^a Ruiz González
Juan Sagredo Cañavate
Carolina San Martín Mazzucconi
Esther Sánchez García-Nieto
Carmen Sánchez Trigueros
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Alejandra Selma Penalva
Antonio V. Sempere Navarro
Noemí Serrano Argüello
Francisco Javier Torollo González
Andrés Ramón Trillo García
Francisco Vila Tierno
Carmen Viqueira Pérez

Esta publicación se integra dentro del Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI), SEJ 184 “Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social”, en el marco del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Edita:

📖 Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

ISBN: 979-13-88025-22-8

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2025

© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2025

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (BY-NC-ND): El material puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.

Índice

Prólogo	19
<i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	

I. ALFREDO MONTOYA Y EL PODER DE DIRECCIÓN

“El poder de dirección del empresario” del profesor Alfredo Montoya Melgar: una recensión retrospectiva.....	23
<i>Antonio Martín Valverde</i>	
Alfredo Montoya Melgar en la encrucijada de la dependencia como nota derivada o como nota definitiva de la relación laboral	31
<i>Juan Pablo Maldonado Montoya</i>	
El poder de dirección del empresario según “el Montoya”	39
<i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	
El poder de dirección del empresario y <i>El panamá y otros cuentos</i>	49
<i>José Luján Alcaraz</i>	
El poder de dirección empresarial y sus límites en la doctrina de Alfredo Montoya Melgar: premisa para el debate contemporáneo sobre digitalización y relaciones laborales.....	55
<i>Rosa M^a González de Patto</i>	

2. CUESTIONES GENERALES

Poderes directivos y de organización empresarial y modificaciones sustanciales..	61
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	

Los derechos fundamentales entre bastidores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 79/2023, de 3 de julio, en recurso de amparo 3638/2020.....	75
<i>Prof. Dr.h.c. Dr.h.c. Antonio Ojeda Avilés</i>	
La buena fe en contrato de trabajo y el poder de dirección.....	81
<i>Jordi García Viña</i>	
La buena fe como principio orientador y atemperador del poder de dirección del empresario	87
<i>Antonio Márquez Prieto</i>	
El poder de dirección en la literatura	93
<i>Inmaculada Baviera Puig</i>	
La dignidad del trabajador como límite al poder empresarial: genealogía y desarrollo.....	101
<i>Cristina Monereo Atienza</i>	
Algunas consideraciones sobre los protocolos en el ámbito del derecho del trabajo.....	109
<i>Dulce Mª Cairós Barreto</i>	
La formación en el contrato de trabajo.....	119
<i>Rosario Cristóbal Roncero</i>	

3. DEBER DE OBEDIENCIA

El deber de obediencia y sus límites. Algunas cuestiones	127
<i>José Ignacio García Ninet</i>	
El deber del trabajador de cumplir las órdenes del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas y el <i>ius resistentiae</i>	135
<i>David Montoya Medina</i>	
El <i>ius resistentiae</i> del trabajador, ante una orden empresarial irregular emanada de su poder de dirección.....	145
<i>José Antonio González Martínez</i>	
El <i>ius resistentiae</i> como contrapoder de los trabajadores ante el poder de dirección de los empresarios en la era de las transiciones	151
<i>Francisco Javier Arrieta Idiakez</i>	

4. IUS VARIANDI Y MSCT

El poder de dirección empresarial. ¿Movilidad funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo? [Comentario a la sentencia del TS de 12 de marzo de 2025 (rec. 924/2023)]	159
<i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	
Límites inéditos al poder de dirección empresarial ¿indemnidad de la representación legal frente al ejercicio del <i>ius variandi</i> ordinario?	165
<i>Carolina Martínez Moreno</i>	
El poder de dirección del empresario y el traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia: a propósito de la STS 194/2025, de 12 de marzo	171
<i>Nuria de Nieves Nieto</i>	
Los avances tecnológicos como causa para modificar condiciones laborales	177
<i>Carolina San Martín Mazzucconi</i>	
La modificación sustancial como límite al poder de dirección del empresario en la jurisprudencia más reciente	183
<i>Alejandra Selma Penalva</i>	
El poder de dirección a través de la movilidad funcional	191
<i>Julia Dormido Abril</i>	
Límites al poder de dirección del empleador en los traslados con cambio de residencia de trabajadores con responsabilidades familiares: el caso peruano	199
<i>Ana Cecilia Crisanto Castañeda</i>	
El poder de dirección o modificación sustancial de las condiciones de trabajo: STS 624/2021, de 15 de junio	207
<i>M^a Teresa Marbán Pinilla</i>	

5. DESAFÍOS TECNOLÓGICOS

Poder de dirección empresarial y decisiones automatizadas de probabilidad (“scoring”)	213
<i>Maria Emilia Casas Baamonde</i>	
La desafectación del poder de dirección empresarial en la era de las máquinas seudointeligentes: la alienación de la gestión empresarial y la lucha por la rehumanización y la autonomía de los trabajadores	223
<i>Inmaculada Marín Alonso</i>	
El futuro del poder de dirección. Un análisis de las decisiones automatizadas en la regulación europea	227
<i>Eva María Blázquez Agudo</i>	

Nuevas tecnologías y poderes del empresario: lineamientos desde el control judicial constitucional.....	235
<i>Diana del Pilar Colorado Acevedo</i>	
Desafíos tecnológicos del poder de dirección	243
<i>Alberto Novoa Mendoza</i>	
Poder de dirección empresarial en el metaverso	249
<i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i>	
<i>Miguel Cardenal Carro</i>	

6. FISCALIZACIÓN (VIDEOVIGILANCIA, GPS, DETECTIVES, REGISTROS)

Límites a la geolocalización como expresión de las facultades directivas empresariales.....	253
<i>Juan Gorelli Hernández</i>	
Posibilidades y límites en la videovigilancia empresarial. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 14 de enero de 2025	263
<i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	
Videovigilancia, deber de información y despido: la STS 14 enero 2025 (REC. 5248/2023)	271
<i>Carolina Blasco Jover</i>	
Requisitos que han de concurrir para entender cumplido el deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar del trabajo (Comentario de la sentencia del TS de 14 de enero de 2025. Rec. 5248/2023)	277
<i>Pilar Palomino Saurina</i>	
Detectives contra la mala fe de los trabajadores: el artículo 48 de la Ley de Seguridad Privada	281
<i>Juan Miguel Díaz Rodríguez</i>	
Requisitos de licitud del registro de enseres personales del trabajador. A propósito de la STS 3062/2024 ECLI:ES:TS:2024:3062.....	289
<i>Carmen Viqueira Pérez</i>	
El control de la actividad laboral mediante detectives privados. Detectives privados y derechos fundamentales.....	293
<i>David Aceves López</i>	
El registro de enseres personales del trabajador. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 3062/2024 de 5 de junio de 2024 (rec. 5761/2022).....	301
<i>Pilar Charro Baena</i>	
<i>Pablo Benlloch Sanz</i>	

Poder de dirección, videovigilancia y derecho a la protección de datos.....	307
<i>Raquel Aguilera Izquierdo</i>	
Una síntesis sobre el control del trabajador vía TIC en 2025.....	315
<i>M.ª Elisa Cuadros Garrido</i>	

7. INSTRUMENTOS, DATOS Y REDES SOCIALES

Aportación a la relación laboral de datos personales vinculados a la conectividad: límites	321
<i>José María Goerlich Peset</i>	
Videos de <i>TikTok</i> y poder disciplinario empresarial: los límites a la libertad de expresión y a la privacidad del trabajador	329
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
Breve nota sobre la obligación de la persona trabajadora de facilitar su teléfono y correo electrónico personal, ¿excede de las facultades empresariales de organización y gestión?	339
<i>Carlos de Fuentes G^a-Romero de Tejada</i>	
La proyección de la ley de secretos empresariales sobre el deber de sigilo y la dispensa informativa (art. 65 ET)	347
<i>Eva Garrido Pérez</i>	
Limitaciones en el poder de dirección: las comunicaciones por Whatsapp	355
<i>Isabel Marín Moral</i>	
El poder de dirección del empresario sobre el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores.....	363
<i>Manuela Abeleira Colao</i>	
El control del uso de los dispositivos tecnológicos y la expectativa de intimidad: una consolidada construcción sobre un castillo de naipes	371
<i>Juan Gil Plana</i>	
El uso personal de los ordenadores de la empresa y el alcance del control empresarial. Reflexiones a propósito de la STS 4ª de 6 de febrero de 2024	379
<i>Elena Desdentado Daroca</i>	

8. ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS

El poder de dirección del empresario en estructuras empresariales complejas, según el maestro Alfredo Montoya Melgar. A propósito de una sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2007 387

Alberto Arufe Varela

Xosé Manuel Carril Vázquez

Jesús Martínez Girón

El contrapeso al poder de dirección de las grandes corporaciones continentales: los comités de empresa europeos que vienen.....393

Juan José Fernández Domínguez

El poder de dirección del empresario en contratas y subcontratas.....399

Alberto Cámara Botía

La problemática del ejercicio de los poderes de dirección en el ámbito de las redes de empresa 407

J. Eduardo López Ahumada

Nuevas fórmulas para “enmascarar” el poder de dirección: el recurso ilegal a las ETT por parte de empresas extranjeras.....415

Carolina Gala Durán

Ejercicio del poder de dirección y determinación del salario de las personas trabajadoras adscritas a una contrata.....421

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde

Sentencia del pleno de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2024: esquirolaje ilícito de la empresa principal durante una huelga en la empresa contratista externa que no forma parte de un grupo de empresa.....429

Sira Pérez Agulla

El poder directivo en las relaciones triangulares de trabajo, con particular atención a la singular fórmula prevista en el RD 667/2025, de 22 de julio.....435

María del Carmen López Aniorte

Poder de dirección y relaciones interempresariales. Con especial atención a la economía digital.....441

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

El poder de dirección del *empresario líquido*: variaciones sobre un tema de Alfredo Montoya Melgar.....451

Pilar Rivas Vallejo

Supuestos especiales. Ayuntamiento que ofrece en calidad de empresario. Derechos y Obligaciones en la sucesión de contratas.....457

Mercedes de Ávila Alzu

9. TRABAJO A DISTANCIA Y EN PLATAFORMAS

Poder de dirección en las plataformas <i>delivery</i>	461
<i>Luis Enrique De La Villa Gil</i>	
El consentimiento del empresario con la aplicación del acuerdo marco sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del reglamento (CE) n° 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.....	469
<i>Danny Pieters</i>	
Los poderes empresariales en el trabajo a distancia.....	477
<i>Jesús Cruz Villalón</i>	
Poder de dirección empresarial y plataformas digitales de trabajo	485
<i>María Luisa Molero Marañón</i>	
El poder de dirección en el teletrabajo	493
<i>Juan Antonio Maldonado Molina</i>	
La plataforma digital de trabajo como instrumento de ejercicio del poder de dirección empresarial (Comentario de la Sentencia 166/2025 del Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Barcelona, de 10 de julio)	499
<i>María José Lopera Castillejo</i>	
Límites al ejercicio de los poderes del empresario en el teletrabajo: ¿puede la empresa exigir a los trabajadores que faciliten su correo electrónico y número de teléfono personal?	505
<i>Sheila López Vico</i>	
Poder de dirección y algoritmos en las plataformas digitales: la metamorfosis...511	
<i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	
Sobre el poder de dirección del empresario en el trabajo a distancia: relejendo al profesor Montoya Melgar	519
<i>Nuria P. García Piñeiro</i>	

10. TIEMPO DE TRABAJO

Poder de dirección y permisos retribuidos: la rigidez de una relación condenada a entenderse	525
<i>Rocío Martín Jiménez</i>	
Sobre el registro del tiempo de trabajo, los excesos de jornada y la prueba en torno a las horas extraordinarias	537
<i>Diego Megino Fernández</i>	
Liberalidad empresarial y límites al poder de dirección en materia de permisos laborales.....	545
<i>Francisco Miguel Ortiz González-Conde</i>	

Acceso al registro de la jornada diaria de trabajo por la representación legal de las personas trabajadoras	553
<i>Alfredo Aspra Rodríguez</i>	

La concepción unitaria del poder de dirección del empresario del profesor Montoya Melgar: a propósito de la STS 288/2025, de 4 de abril, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de jornada	559
<i>Esther Sánchez García-Nieto</i>	

Jornada de trabajo, nuevas tecnologías y facultades de control del empresario ..	567
<i>M^a Nieves Moreno Vida</i>	

Ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y límites del poder de dirección empresarial.....	575
<i>Belén García Romero</i>	

El poder de dirección de la persona empresaria y la conciliación de la vida personal y laboral de las mujeres trabajadoras: una perspectiva jurídico-laboral.....	583
<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	

11. CONTRATOS ESPECIALES Y CON PECULIARIDADES

El poder de dirección del empresario en el deporte profesional: ¿también reviste una cierta especialidad?.....	591
<i>Ángel Guillén Pajuelo</i>	

El ejercicio «delegado» del poder de dirección por el personal de alta dirección	597
<i>Ángel Luis de Val Tena</i>	

Órdenes e instrucciones en el deporte profesional.....	605
<i>Francisco Rubio Sánchez</i>	

Reflexiones sobre el «poder de dirección» en el mar	611
<i>Olga Fotinopoulou Basurko</i>	

El poder de dirección en la relación del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares: ¿cuáles son sus particularidades?	617
<i>María Dolores García Valverde</i>	

El recurrente abuso de autoridad en el ejercicio del poder de dirección en las relaciones laborales del ámbito público.....	625
<i>Noemí Serrano Argüello</i>	

Límites del poder de actuación empresarial en la ordenación de las guardias del personal de vuelo y sus efectos	633
<i>Estefanía Rodríguez Santos</i>	

Poder de dirección del empresario deportivo	641
<i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués</i>	

12. CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y DEL ENTORNO

Los riesgos medioambientales como límite al poder de dirección de la empresa 647
Margarita Miñarro Yanini

Libertad de empresa y poder de dirección: potestad, vicisitudes y límites.....653
Francisco Jiménez Rojas

El poder de dirección y el ius variandi empresarial: comentario a la STS 1301/2025, de 12 de marzo (RUD Núm.: 924/2023).....661
María Mar Alarcón Castellanos

La gestión y organización empresarial desde la perspectiva de la sostenibilidad 671
Belén Alonso-Olea García

13. DISPOSITIVOS Y DESCONEXIÓN DIGITALES

El poder de dirección y la participación de los representantes de los trabajadores en la regulación del uso de dispositivos digitales.....679
María Antonia Castro Argüelles

Control de uso del teléfono y del WhatsApp. La necesaria implementación de políticas de uso interno y de medidas de seguridad (claves de acceso) 685
María de los Reyes Martínez Barroso

La desconexión digital como límite al poder de dirección del empresario 691
Juan Carlos Álvarez Cortés

El derecho a la desconexión digital como límite al poder de dirección del empresario (art. 20 bis ET).....699
María Teresa Igartua Miró

Poder de dirección, intimidación digital y desconexión: reflexiones a propósito de la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022) 707
Ana I. Pérez Campos

Políticas empresariales y desconexión digital 713
Ferrán Camas Roda

El poder de dirección de la empresa y sus implicaciones en el derecho de desconexión digital.....721
Cristina Rincón Sánchez

El derecho a la desconexión digital como límite al poder de dirección y control del empresario 727
Carlota Mª Ruiz González

El derecho a la desconexión digital en Uruguay.....735
Mario Garmendia Arigón

Doctrina judicial sobre desconexión digital.....	745
<i>Carmen Sánchez Trigueros</i>	

14. ALGORITMOS E IA

La obligación empresarial de facilitar a los representantes de los trabajadores “información veraz, clara y comprensible” de los algoritmos y programas informáticos: aproximaciones al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2025.....	755
<i>Francisco Alemán Páez</i>	

Gestión algorítmica del trabajo y poder de dirección empresarial.....	767
<i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i>	

¿Es legal el despido decidido por un algoritmo?	773
<i>Faustino Cavas Martínez</i>	

El poder de dirección algorítmico	779
<i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	

La “manipulación psicológica” de la persona trabajadora mediante sistemas de inteligencia artificial: nuevo límite al ejercicio del poder de dirección empresarial (notas para un debate)	789
<i>José Antonio Fernández Avilés</i>	

15. INCAPACIDAD TEMPORAL Y SALUD

Control empresarial e incapacidades temporales: una revisión a través de la doctrina de los tribunales.....	801
<i>Francisco Javier Hierro Hierro</i>	

Mecanismos de control empresarial ante la sospecha de fraude de la Incapacidad Temporal: a debate la Sentencia del Tribunal Supremo 16 de febrero de 2021 (nº 209/2021)	813
<i>Belén del Mar López Insua</i>	

Poder de dirección y verificación del estado de salud del trabajador de baja. Un apunte a propósito de la STS, sala cuarta, de lo Social, n. 629/2021, de 15 de junio de 2021.....	821
<i>Alberto Llorente Álvarez</i>	

El poder de dirección del empresario durante la situación de Incapacidad Temporal.....	827
<i>Diego Escolano Martínez</i>	

Verificación empresarial del estado de salud del trabajador en IT y suspensión de la mejora voluntaria	833
<i>Dolores Carrascosa Bermejo</i>	

La situación patológica del trabajador y su verificación por parte del empresario	839
<i>Guillermo Rodríguez Inieta</i>	

Los poderes del empleador sobre los trabajadores de baja por enfermedad en Italia, entre las normas comunes para los empresarios y las normas especiales para el trabajo en el sector público	847
<i>Prof. Davide Casale</i>	

16. PROPIA IMAGEN Y OTRAS LIBERTADES

Vestimenta laboral y poder de dirección: tensiones con la dignidad, la igualdad y la autonomía personal.....	855
<i>Gloria P. Rojas Rivero</i>	

La discriminación interseccional como límite a las políticas de neutralidad religiosa en la empresa	861
<i>María Otero Ruiz de Alegría</i>	

17. IMPOSICIÓN DE SANCIONES

El poder disciplinario y sus límites: análisis de la STS 2827/2025, de 11 de junio.....	871
<i>Francisco Vila Tierno</i>	

Los límites temporales al poder disciplinario	879
<i>Javier Fernández-Costales Muñiz</i>	

A propósito del poder sancionador de la Administración pública en la relación funcionarial (STC 12/2018, de 8 de febrero)	887
<i>Bernardo García Rodríguez</i>	

La proyección del poder de dirección sobre el poder sancionador: el “principio de benevolencia”	893
<i>Yolanda Cano Galán</i>	

El poder disciplinario como manifestación del poder de dirección del empresario: análisis a la luz de la STS de 10 de junio de 2025	901
<i>Sergio González García</i>	

Tipicidad y legalidad vs proporcionalidad: sanción disciplinaria “a la baja”	907
<i>Guillermo L. Barrios Baudor</i>	

El ejercicio del poder disciplinario ante actitudes violentas del trabajador en el marco de la relación laboral	915
<i>Francisco A. González Díaz</i>	

Límites del poder disciplinario empresarial en el cumplimiento de sanciones disciplinarias de suspensión de empleo y sueldo: potestad empresarial «ma non troppo» (A propósito de la sentencia TS, Social 571/2025 de 15 de junio) ...923
Juan Martínez Moya

Límites del poder sancionador en la empresa. A propósito de la STS de 11 de junio de 2025 (rec. 3357/2023).....929
Mercedes López Balaguer

Despido disciplinario y mantenimiento de la condición de representante legal. A propósito de la STS 25-4-2023 933
Patricia Nieto Rojas

18. AJUSTES RAZONABLES Y SALUD LABORAL

El poder de dirección empresarial ante el deber de ajustes razonables: hacia un paradigma proactivo de tutela antidiscriminatoria. A propósito de la STS 509/2025, de 4 de febrero, Rec. 2725/2024.....941
Gemma Fabregat Monfort

La potestad de seguridad y salud en el trabajo: el deber-derecho del empresario frente al derecho-deber del trabajador.....947
Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo

Poder de dirección empresarial y deber de seguridad y salud laboral en el trabajo a distancia 953
M^a Belén Fernández Collados

A propósito de la cuestión prejudicial C-235/25: la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total y la realización de actividades públicas en segunda actividad bajo el prisma de la discriminación por razón de la discapacidad.....959
Andrés Ramón Trillo García

La decisión empresarial como el nexo causal de un accidente de trabajo 965
Luis Díaz Bernardo

19. ASPECTOS COLECTIVOS

Poder de dirección empresarial y esquirolaje interno. (Comentario a la STS 499/2021, de 6 de mayo) 971
Iciar Alzaga Ruiz

Poder de dirección y conflicto colectivo: entre la libertad de empresa y la tutela de derechos laborales 977
Juan Sagredo Cañavate

La negociación colectiva y el poder de dirección empresarial	983
<i>Juan Pablo Mugnolo</i>	
La vulneración del derecho a huelga por el empresario: reflexiones en torno al esquirolaje interno.....	989
<i>Miguel Ángel Garrido Palacios</i>	
La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue de convenio colectivo como instrumentos para limitar y controlar el poder de dirección del empresario. Comentario a la STS 1622/2025 de 8 de abril (recurso 98/2023)	995
<i>Felipe Cegarra Cervantes</i>	
La participación de los representantes de las personas trabajadoras como límite al poder de control digital en la empresa	1003
<i>Henar Álvarez Cuesta</i>	
El interés empresarial en el proceso electoral laboral	1009
<i>Lourdes López Cumbre</i>	
¿El empresario, en virtud de su poder de dirección, puede designar por sorteo el personal necesario para cubrir los servicios mínimos durante la huelga? STS-SOC núm. 690/2025, de 3 de julio (RCO núm. 2025/2023. ECLI:ES:TS:2025:3649)	1017
<i>María Areta Martínez</i>	
La viabilidad de la vigilancia prospectiva por el empresario del correcto uso del crédito sindical. A propósito de la STS (4ª) de 7 de mayo de 2025 (Rº 2124/2024)	1025
<i>Pablo Gimeno Díaz de Atauri</i>	
¿Presunción (real) de probidad o vigilancia prospectiva del uso del crédito horario sindical? Comentario a la STS 402/2025, de 7 de mayo, REC. 2124/2024	1031
<i>Fermín Gallego Moya</i>	
Poder de organización y dirección y negociación colectiva: A propósito del convenio colectivo general de la industria química	1039
<i>Juan García Blasco</i>	
Poder de dirección, negociación colectiva y jubilación parcial. Análisis de la STS 510/2022, de 1 de junio	1045
<i>Juan Ignacio del Valle de Joz</i>	

20. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Sobre el desaparecido despido por absentismo (Comentario a la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019)	1051
<i>Francisco Pérez de los Cobos Orihuel</i>	

La primera nulidad implícita por despido según Decreto de 29 de febrero de 1936.....	1061

Fco. Javier Fernández Orrico

La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba ante la concurrencia de una incapacidad temporal	1069

Francisco Javier Torollo González

Sobre los fundamentos y conceptos de la indemnización legal tasada del despido en el ordenamiento jurídico español.....	1075

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Ampliación y límites a la facultad empresarial de extinción del contrato de trabajo por la eliminación del efecto extintivo inmediato de la declaración de incapacidad permanente	1085

Susana Barcelón Cobedo

La Flexibilidad en la terminación del contrato de trabajo por razones económicas como medida derivada del poder directivo y organizativo empresarial	1093

Sara Guindo Morales

El despido por embriaguez habitual o toxicomanía, cuando se ejecuta para evitar una repercusión negativa en el trabajo, también es una manifestación del poder de dirección del empresario.....	1099

Rubén López Fernández

Despido disciplinario por ausencia por cuidado urgente de animal de compañía: sobre la eventual «ideología animalista», la subsunción como deber inexcusable público y personal y la necesidad de una reforma para adecuar el derecho del trabajo español a la normativa de bienestar y protección animal.....	1107

Oriol Cremades Chueca

Anexo

Curriculum Investigador de Alfredo Montoya Melgar	1115

José Luis Monereo Pérez

Prólogo

“Desde sus orígenes es consustancial a la legislación social su propósito arbitral o armonizador, traducido en la adopción de medidas de reforma social, con las que se quiere resolver o paliar la “cuestión social” o conflicto característico de la sociedad que nace de la Revolución industrial, el conflicto entre capital y trabajo”.

Alfredo Montoya Melgar¹

“País el nuestro, a la vez de juristas y de investigadores sociólogos, unos y otros han seguido, casi siempre, caminos divergentes [...]. La rectificación indispensable no puede venir sino de un trabajo científico integral, a la vez jurídico y sociológico, aplicado a temas que, teniendo bien acusadas ambas facetas, resistan a toda posible desvinculación de ellas, temas que exijan que al análisis del aspecto social se aplique la técnica jurídica y al aspecto jurídico la crítica económico-social”

ALEJANDRO GALLART FOLCH²

“Todo Constitución tiene la función de asegurar la unidad política y el orden jurídico del Estado, fundamentando con ello la legitimidad del poder estatal; más también significa un propósito o voluntad de establecer un determinado orden social, económico y político; una determinada forma de convivencia. Parafraseando a Wittgenstein, diríamos que la Constitución es un modelo de la realidad tal y como la queremos; no un modelo cognoscitivo sino un modelo prescriptivo [...]. Los derechos fundamentales a cuyo reconocimiento obliga la dignidad humana no dependen de la conciencia individual (esto es, de lo que cada individuo aislado pueda determinar), sino de la conciencia social formalizada a través de una vía específica: la propia Constitución, que relaciona esos derechos”.

ALFREDO MONTOYA MELGAR³

Alfredo Montoya Melgar (1937-2025), ha sido uno de los iuslaboralistas españoles más importantes e influyentes del siglo veinte. Esa influencia se aprecia también, y de manera harto significativa, en Latinoamérica. Su proyección y reconocimiento internacional es innegable. En un campo científico muy vinculado a

¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2009, Prólogo a la 1ª edición, pp. 24-26.

² GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, edición y estudio preliminar, “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho (pp. XI-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, “Palabras de Introducción”, p. CLXXI.

³ MONTOYA MELGAR, A.: “El trabajo en la Constitución”, en *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 35 y 47.

la legislación positiva de cada país no es muy frecuente que la obra de un universitario traspase las fronteras estatales de manera significativa; sólo quienes son considerados realmente como maestros alcanzan, en ocasiones, tal privilegio de reconocimiento. De ahí lo meritorio de haber accedido a la condición de Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, en la que ha sido Vicepresidente, Secretario General, Presidente y Presidente de Honor; o de haber desempeñado el cargo de Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1986-1990). Esa vocación intervencionista de su actividad y el deseo de integrarse en una comunidad científica de alcance supraestatal le han llevado a ser Miembro de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Asociación Hispano-alemana de Juristas, del Instituto Europeo de la Seguridad Social o de diversas Asociaciones Latinoamericanas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Centroamericana, Dominicana). Como era de imaginar, numerosas publicaciones reflejan esa dedicación, al tiempo que muestran la utilidad y riqueza de la colaboración entre estudiosos de diferentes países. En la misma perspectiva internacionalista, interesa recordar su desempeño de tareas como Consultor de las Naciones Unidas o de la Organización Internacional del Trabajo, así como asistencia a numerosos Congresos Internacionales (frecuentemente aportando Ponencias en nombre de España), Jornadas o Cursos en distintos países europeos o americanos. Algunas distinciones obtenidas fuera de España avalan ese reconocimiento internacional hacia su personalidad académica, como se podrá comprobar en el Curriculum Anexo este libro homenaje.

Fue discípulo directo y eminente del Profesor Manuel Alonso Olea (uno de los grandes Maestros del iuslaboralismo en España, América Latina y Europa), al cual estuvo siempre estrecha vinculado. Montoya amplió la Escuela de Alonso Olea, desde su propia personalidad, incorporando a discípulos directos suyos; una Escuela científico-académica integrada por profesores y científicos, siendo objeto de admiración y homenaje de los juristas de prestigio más allá del Derecho Social como sector diferenciado del ordenamiento jurídico general.

La totalidad de la obra ciencia del Alfredo Montoya evidencia que no se trata sólo de un especialista en la materia laboral de notables cualidades (lo que ya es muy es meritorio y ha de ser realzado), sino ante un *jurista integral*, de una sola pieza y atento a la totalidad del ordenamiento jurídico, conocedor profundo de los entresijos que el mundo del Derecho posee y de la necesaria interdisciplinariedad con que ha de abordarse cualquier tema a él atinente. Su obra *Derecho y Trabajo* es un auténtico libro de cabecera para quienes profundizan en su formación científica y académica de tal rama jurídica. En ella se condensa toda una concepción metodológica, fenomenológica y axiológica de “lo jurídico” que, se comparta o no, sólo los verdaderos Maestros (y estamos ante un Maestro de Maestros) son capaces de brindar. Únicamente, así, se explica que él pudiera acometer la inmensa tarea de diseñar y dirigir los cuatro volúmenes de la *Enciclopedia Jurídica Básica*⁴, compendio y referencia doctrinal indispensable desde de su publicación para los juristas de cualquier sector del orden jurídico.

⁴ MONTTOYA MELGAR, A. (Dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica* (4 vols.), SEMPERE NAVARRO, A.V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (Dirs. y Coords.), Madrid, Civitas, 1995.

Así viene acreditado por su la calidad y excelencia de sus aportaciones científicas. Por citar sólo algunas monografías que cabe considerar como obras maestras, Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Cuadragésimo sexta (46ª) edición (última edición), revisada y actualizada por A. V. Sempere Navarro, Madrid, Tecnos, 2025 (el que un “Manual” alcance la 46ª edición es hecho doctrinal asombroso en sí mismo); *El poder de dirección del empresario*, Prólogo de M. Alonso Olea Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965 (su excelente tesis doctoral); *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2009 (su gran aportación de referencia respecto al complejo proceso de formación histórica del Derecho Social del Trabajo); *Derecho y trabajo*, Civitas (Cuadernos Civitas), Madrid, 1997; *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.

Con apoyo en el filósofo existencialista Karl Jaspers, destaca Alfredo Montoya que “el Derecho del Trabajo es un sector del Ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación del fenómeno humano del trabajo, después de haber alcanzado éste un grado de complejidad tal que “la organización del trabajo se convierte en un problema social y político”. Para él, el Derecho del Trabajo, como rama del ordenamiento jurídico, “muestra desde sus orígenes su vocación humanitaria y social”. Se trata de un “Derecho social” en contraposición al Derecho “individualista” de los Códigos del siglo XIX: se alinearía en el arsenal de medidas destinadas a resolver la “cuestión social”, una cuestión relativa no sólo a las grandes deficiencias de la organización del trabajo, sino, más ampliamente, de la distribución del poder y riqueza en la sociedad. Así el Derecho del Trabajo alcanza su singularidad en el mundo jurídico. Por lo demás, con Alonso Olea, el Derecho del Trabajo es un modo de mirar el fenómeno jurídico desde su condición de “Derecho social”.

Alfredo Montoya Melgar nace en Madrid, el día 25 de septiembre de 1937. Pronto encontrará una vocación jurídica universitaria y llevará a cabo una brillante carrera universitaria: Licenciado en Derecho (Sobresaliente) por la Universidad de Sevilla, 1960; Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, 1962. Tesis Doctoral sobre “El poder de dirección del empresario”, dirigida por el Prof. Dr. D. Manuel Alonso Olea (Sobresaliente *cum laude* y Premio Extraordinario). Investigador del Institut de Sciences Sociales du Travail (Universidad de la Sorbona, París, 1967), siendo director del mismo el Prof. Gérard Lyon-Caen; Catedrático de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (1969-1989); Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (desde 1989; Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (desde 2007). Adquiriendo la condición de Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid (desde el curso 2013-2014).

Pero por los azares de la vida ya jubilado es llamado para realizar una importante tarea para la cual estaba plena preparado desde hacía décadas, y que suponía la culminación de todo un reconocimiento institucional, a saber: fue nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional (2017-2022)⁵. Es también en este órgano de

⁵ Reales Decretos 261/2017, de 10 de marzo y 661/2022, de 28 de julio.

la justicia constitucional -el “defensor de la Constitución” como llamaría Kelsen a los Tribunales Constitucionales-, donde desplegó una labor que le permitió incidir en la interpretación de nuestra Norma Fundamental. Lamentablemente tras una grave y larga enfermedad fallece en 2025 (27 de marzo).

Esta obra colectiva está consagrada a él y a su Memoria viva, porque él vive a través de todos los que le hemos conocido, aprendiendo de su Magisterio y Humanidad de trato y enseñanza.

Deseamos agradecer a todos los participantes el haber aceptar intervenir en este libro homenaje. Un libro en prueba de amistad y reconocimiento hacia ese gran Maestro que ha sido Alfredo Montoya.

Asimismo, es obligado hacer referencia a la impecable labor realizada por los tres coordinadores de este libro (Guillermo Rodríguez Iniesta -señaladamente-, Alejandro Muros Polo y Sheila López Vico). Sin su esfuerzo -entusiasta y generoso- y máximo cuidado en todo (hasta el mínimo detalle) no hubiera sido posible culminar esta magna obra colectiva, que compagina la finalidad principal de homenajear al gran Maestro del iuslaboralismo español y, al mismo tiempo, la de ofrecer, con ello, un conjunto organizado y sistematizado de aportaciones doctrinales que aspiran a ser realmente útiles a todos los lectores.

Deseamos terminar este Prólogo agradeciendo la colaboración de la Editorial Laborum, que ha realizado, como es habitual, una edición de excelente calidad, a pesar de la premura del tiempo del que se ha dispuesto para su publicación. Y queremos hacerlo en la persona de Francisco Ortiz Castillo (Director Editorial), el cual, por cierto, perteneció a la primera promoción de la Escuela Social que Alfredo Montoya fundó en Murcia, manteniendo siempre muy buenas relaciones con él.

Murcia/Granada, octubre de 2025

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Codirectores



1

ALFREDO MONTOYA Y EL PODER DE DIRECCIÓN

“El poder de dirección del empresario” del profesor Alfredo Montoya Melgar: una recensión retrospectiva

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Catedrático de Derecho del Trabajo

Magistrado (jub.) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

El instituto del poder de dirección del empresario es uno de los engranajes o piezas normativas principales del contrato de trabajo. Y, a su vez, el contrato de trabajo - en su acepción amplia y más propia, que comprende el acto del contrato y la relación obligacional creada por tal acto - es no la única pero sí la institución central o nuclear del Derecho del Trabajo. La tesis doctoral de Alfredo Montoya, elaborada en los primeros años sesenta del siglo pasado y convertida en libro a continuación de su lectura y defensa, se propuso (que, yo sepa, por primera vez en nuestra doctrina) analizar de manera monográfica y completa la estructura y la función de dicho singular poder empresarial.

Con el paso del tiempo “El poder de dirección del empresario” (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965) se ha consagrado como una indiscutible obra clásica; es decir, ha establecido para las investigaciones y estudios posteriores el canon o modelo de análisis que deben seguir los trabajos sobre el instituto en cuestión. Buena prueba de ello es que, como se verá enseguida, las premisas y las posiciones dogmáticas mantenidas en el libro han sido capaces de resistir con éxito los cambios normativos, no escasos ni por cierto de poca importancia, acaecidos en los casi dos tercios de siglo que han pasado desde su publicación.

No estoy exagerando; y una lectura atenta de “El poder de dirección del empresario” permite apreciarlo sin dificultad. Si, hipotéticamente, yo me propusiera ahora realizar un estudio general sobre el tema lo abordaría desde el mismo planteamiento teórico y en el mismo nivel de abstracción adoptados en la monografía de mi amigo Alfredo. Y - me parece *a priori* - seguiría también, a pesar de los años y los acontecimientos jurídicos transcurridos, el orden de sus capítulos, e incluso, tal vez

con pocas variaciones, de sus distintas secciones o apartados. Pero mi hipotético (e improbable) propósito de visitar el poder de dirección en la empresa y en el contrato de trabajo resultaría en gran medida superfluo, puesto que coincide plenamente con el planteamiento y el desarrollo general de la obra realizada por Alfredo Montoya.

En efecto, no tendría a mi juicio mucha utilidad reiterar ahora sus consideraciones, compartidas por mí, 1) sobre la naturaleza del poder de dirección empresarial, en cuanto derecho potestativo o de configuración jurídica integrado por distintas facultades (p. 15 ss.); o 2) sobre la concepción amplia del contenido de las facultades directivas que integran dicho poder, clasificadas con acierto en tres grupos: facultades ejecutivas o constitutivas, facultades de instrucción u ordenación, facultades de control (p. 135 ss.); o 3) sobre la conveniencia de distinguir entre el poder de dirección y el poder disciplinario (p. 42 ss.), teniendo en cuenta que este último va más allá de la simple verificación del cumplimiento de obligaciones, atribuyendo al empresario facultades de calificación de faltas e imposición de sanciones, ciertamente excepcionales en el ámbito de una relación jurídico-privada; o 4) sobre la separación entre el interés del empresario y el interés de la empresa (p. 234 ss.); o 5) (por último, para no alargar en exceso la lista de coincidencias) sobre las limitaciones del poder de dirección, entre los que ocupan un lugar destacado, en el V y último Capítulo del libro, los derechos del trabajador contratado, tanto profesionales (“categoría profesional”, “ocupación efectiva”) como personales (“derecho a la dignidad” o trato digno).

Entre las explicaciones de una suma de aportaciones doctrinales tan valiosas y actuales como la que contiene el libro comentado figura sin duda el acierto en la perspectiva y en el enfoque desde los que se ha contemplado y analizado el objeto de estudio. La óptica aplicada por el profesor Montoya ha consistido, como destaca el prólogo del maestro Alonso Olea, en identificar y resaltar un doble fundamento de este poder empresarial, que se apoya a su vez en la típica doble condición que suelen ostentar sus titulares. Por una parte, la condición de “empleador” o acreedor contractual de una obligación de trabajo (Capítulo II); y, por otra parte, la condición de “empresario”, esto es, de director y responsable de la actividad de una organización de producción de bienes y servicios (Capítulo III)¹.

Recuérdese que esta última condición de empresario *sensu stricto* aparece de manera muy habitual pero no concurre siempre en las relaciones laborales. Hay sujetos de estas relaciones en la posición de “patronos” o “dadores de trabajo” - individuos particulares, profesionales, amos y amas de casa, Administraciones Públicas, organizaciones no dedicadas a la producción económica - que son sola y exclusivamente empleadores. Aunque la legislación laboral (y tras ella la jurisprudencia y la doctrina) se hayan permitido la licencia de denominarlos empresarios, estos empleadores o patronos no lo son en el sentido más propio del término, que es, lógicamente, el acuñado en la vida económica. Dicho sea de paso: corresponde también a la tesis doctoral de Alfredo Montoya el mérito de aplicar de manera sistemática y con notable anticipación

¹ Apunta ALONSO OLEA: “Uno de entre los muchos méritos de este trabajo” ha sido procurar una “construcción unitaria” del poder de dirección del empresario”, no sólo como “situación vinculada a la relación (individual) de trabajo”, sino también como manifestación “del poder en la empresa” (p. XI).

tal señalada distinción conceptual y terminológica entre empleador y empresario (98 ss. y 102 ss.).

La formulación del fundamento "empresarial" del poder de dirección se apoya en la visión y en los conceptos sobre el empresario y sobre la actividad empresarial que aportaba el Derecho Mercantil de la época: iniciativa económica privada, idea organizadora del empresario, titularidad de una organización productiva que opera en el mercado, poder de organización correspondiente a dicha titularidad, criterios de rentabilidad, etcétera. Las afirmaciones de tinte marcadamente ius-publicístico del Fuero del Trabajo vigente a la sazón (Declaración VIII.3), sobre el "jefe de empresa" exclusivamente responsable ante el poder público ("solo ante el Estado"), propias si bien se mira de sistemas colectivistas o de "corporativismo estatal", no llegaron a alcanzar en los años del franquismo, por fortuna en mi opinión, la necesaria plasmación legislativa. De ahí que dichas afirmaciones aparezcan fugazmente en el libro (por ejemplo, p. 29), pero se mantengan confinadas en el terreno no enteramente pero casi baldío de las normas fundamentales programáticas.

En suma, ante la referida carencia de concreción normativa, la operación doctrinal llevada a cabo por Alfredo Montoya consistió, sobre la base de que el contrato de trabajo procura la concertación de intereses y posiciones netamente divergentes (p. 13 ss. y 122 ss.), en descartar lo que él llamaba una hipotética "inspiración administrativista" de la "jerarquía empresarial" y del poder de dirección del empresario que es su principal instrumento (p. 116 y nota 32 del Capítulo III). Tal opción interpretativa no sólo era en los años sesenta del siglo pasado la más correcta desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, sino que ha resultado ser perfectamente válida y fructífera para la comprensión del instituto tal como está configurado en la actualidad. Aporta ya en esencia el canon o plantilla teórica - la combinación de la libertad de empresa con la protección del trabajador - que vendría a reconocerse luego en los artículos 35 y 38 de la Constitución; y que, sobre la base del derecho patrimonial privado común, ha inspirado la normativa posterior de los distintos sectores del ordenamiento implicados: mercantil, administrativo, laboral.



Entre tanto merecido elogio, permítaseme expresar una discrepancia respecto de un punto concreto de la construcción dogmática contenida en la obra. Se refiere a la definición y a la vinculación instrumental de los dos rasgos característicos del contrato de trabajo: la ajenidad y la subordinación o dependencia. Siguiendo en verdad la corriente doctrinal dominante en la época (p. 58 ss. y nota 18 del Capítulo II), Alfredo Montoya consideraba este segundo rasgo como una simple manifestación del primero, como una derivación funcional de aquél. Una de las vertientes de la ajenidad en el trabajo - se afirma reiteradamente en el libro (por ejemplo, en p. 59) - es la ajenidad "en la disposición"; lo que equivale a decir la subordinación o dependencia. La consecuencia lógica que se extrae de tal apreciación omnicomprendensiva del concepto de ajenidad es la calificación de la subordinación del trabajador asalariado como un elemento natural, pero accesorio o no esencial, del contrato de trabajo (p. 66 ss.).

En mi opinión, la operación de integración funcional de la subordinación en la ajenidad llevada a cabo por buena parte de la doctrina de la época, y por Alfredo Montoya en el libro comentado, ha sido un hábil pero poco convincente ejercicio de razón artificial. Por un lado, existe, a mi juicio, al menos en buena parte de los encargos o ejecuciones de obra, ajenidad en el trabajo (transmisión inmediata de resultados de trabajo), aunque no concurra subordinación o dependencia. Así sucede, sin ir más lejos, en aplicación de las añejas normas civiles, relativas al trabajo en los sectores agrícola y de la construcción, sobre la siembra, la plantación o la edificación en suelo ajeno (artículos 358 a 361 CC). Ajenidad y dependencia no son, por tanto, en los contratos de actividad, conceptos interdependientes y coextensos, entre los que haya que apreciar una correlación total.

Pero, por otro lado, la propia evolución legislativa, ya en este siglo XXI, apunta sin duda en la misma dirección de disociar conceptualmente la subordinación de la ajenidad en el trabajo, mediante la distinción llevada a cabo por el legislador entre subordinación o dependencia económica y subordinación o dependencia jurídica. En efecto, en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007 una de las modalidades de trabajo autónomo contempladas y reguladas es precisamente el trabajo autónomo (no subordinado o sometido a órdenes del cliente) en condiciones de dependencia económica de la persona que lo encarga y por cuenta del que se trabaja.

La figura del autónomo económicamente dependiente se define precisamente por esta nítida disociación ajenidad/dependencia. Es justamente un supuesto de trabajo por cuenta ajena (art. 11.1: “para una persona física o jurídica denominada cliente”); en el que el trabajador depende para su subsistencia económica, cifrada en un 75 % o más de sus ingresos de trabajo (art. 11 de la Ley y artículos 1 y 2 del RD 197/2009) de la retribución de un único cliente. La singularidad de esta modalidad de trabajo por cuenta ajena consiste precisamente en que se lleva a cabo sin subordinación o dependencia jurídica; en los propios términos de la ley: “bajo criterios organizativos” y con “infraestructura y material propios” del trabajador [art. 11.2 c) y d)]; no en balde calificado, en consecuencia, como trabajador autónomo.

En conclusión, sin que podamos aquí ir más allá de este leve apunte, ajenidad y subordinación son conceptos emparentados, en buena medida interdependientes, pero que, a fin de cuentas, pueden actuar separados, y deben por tanto ser analizados separadamente². En cuanto rasgos del contrato de trabajo, ambos han de concurrir, junto con la voluntariedad y la retribución, para la identificación del tipo contractual laboral.

He de decir que la anterior crítica a la construcción de mi admirado amigo y colega no surgió de manera inmediata en la primera lectura de su libro, sino que se ha ido perfilando con la perspectiva proporcionada por la expuesta evolución normativa y por mi experiencia profesional posterior. Y he de reconocer, además, que tal apreciación crítica, que someto claro está a cualquiera otra mejor fundada, ha sido

² Más ampliamente sobre la cuestión: A. MARTÍN VALVERDE y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 34ª edición, Tecnos, Madrid, 2025, p. 42 ss.

facilitada precisamente por las bien perfiladas elaboraciones doctrinales de la tesis del profesor Montoya.



Se han identificado dos métodos posibles de abordar el estudio de las obras doctrinales o de pensamiento elaboradas en un pasado más o menos remoto: 1º) el método de la reconstrucción histórica, que, sin referencia alguna a la situación actual, procura colocarse en las circunstancias pretéritas de todo orden - institucionales, políticas, económicas, sociales -, en las que se encontraba a la sazón el autor de la obra analizada; y 2º) el método de la comparación histórica, que pone el acento no sólo en tales circunstancias del pasado, sino que invita a la búsqueda de las similitudes y de los contrastes entre ellas y las que concurren en el momento presente³. Es claro que estos dos métodos pueden utilizarse conjunta y sucesivamente. Y es evidente también que resultan en buena medida complementarios, dado que no hay estudio comparativo posible sin una mínima reconstrucción de la realidad histórica pasada que se quiere examinar.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, hay que decir que nuestra recensión de “El poder de dirección del empresario” ha adoptado preferentemente, como habrá advertido el lector, el método retrospectivo indicado en segundo lugar. Nos ha interesado y nos interesa comparar lo que fue este poder empresarial en los años del régimen franquista, con lo que es hoy este instituto neurálgico de las relaciones de trabajo. La presente coyuntura temporal es, además, bien propicia para la labor. En un año que coincide con el 50 aniversario de la muerte de Franco y con el consiguiente agotamiento de su dictadura personal, no puede venir mal cualquier ensayo de memoria histórica, por sumario que resulte.

Eso sí, para no incurrir en prevaricación intelectual, hemos procurado llevar a cabo la consiguiente comparación de normas y realidades normadas no sólo mediante los potentes instrumentos analíticos que proporcionan la historiografía y la ciencia del derecho, sino con una actitud mental desapasionada, de distancia afectiva y de objetividad en la recopilación y evaluación de los datos. Dicho con las palabras del clásico: la visión del objeto de análisis en nuestra recensión retrospectiva del “Poder de dirección del empresario” se ha abordado *sine ira et studio*; sin prejuicio denigratorio y tampoco, no faltaba más, sin motivación propagandística de uno u otro signo. Bien es verdad que, de un lado, la frialdad típica de las normas jurídicas, y, por otro lado, el estilo y la excepcional calidad de la obra recensionada han propiciado notablemente tal propósito.



Hemos indicado en la primera parte de la recensión que la concepción dogmática del profesor Montoya sobre el instituto jurídico en estudio conserva plena vigencia. Ahora bien, teniendo en cuenta que la función de la dogmática

³ La distinción y la utilización sistemática de estos métodos de análisis, aplicados a las doctrinas y al pensamiento de los economistas españoles, desde la Escuela de Salamanca hasta hoy, en E. FUENTES QUINTANA, “Estudio introductorio” a la obra colectiva *Economía y economistas españoles*, Tomo I, Debate, Madrid, 1999.

es proporcionar el cimiento teórico sobre el que se asienta el estudio de las normas jurídicas, tal declaración de validez actual apunta a que las normas reguladoras del poder de dirección del régimen anterior eran desde luego no idénticas, pero sí bastante próximas, o al menos compatibles en el plano de los principios, con las normas actuales en la materia. Así es, en efecto. Por sorprendente que parezca, los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 - principalmente, artículos 60, 64 y 69 - que regulaban a la sazón el poder de dirección del empresario son no sólo compatibles sino también perfectamente homologables con los preceptos correspondientes del Estatuto de los Trabajadores - principalmente, artículos 20, 39, 40 y 41 -. Invito al lector a este fácil ejercicio de comparación, que no es factible desarrollar aquí por razones de espacio.

Ante la anterior constatación, un observador no especialmente familiarizado con la evolución histórica del ordenamiento laboral podría plantear la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible que una Ley sobre la relación individual de trabajo aprobada en los primeros años cuarenta del siglo XX (los albores del franquismo) resulte ser plenamente compatible, no en su formulación, pero sí en el plano de los principios generales, con el vigente Estatuto de los Trabajadores?

La respuesta a la anterior cuestión es a fin de cuentas bastante simple y prosaica. Radica en que el legislador laboral de los distintos regímenes políticos de la España contemporánea - Restauración, Dictadura de Primo de Rivera, II República, franquismo, Monarquía parlamentaria - se ha guiado casi siempre no por criterios ideológicos sino por criterios pragmáticos de disponibilidad de textos normativos, aunque pertenecieran a un contexto político de signo distinto o incluso opuesto⁴. Con este patrón de conducta actuó, indudablemente, el legislador de 1944. Si en aquel momento se necesitaba un texto legal sobre el contrato de trabajo el que estaba más a mano era la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, aprobada en los primeros meses del régimen de la II República. Y, en efecto, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 es un texto en el que se refundieron dicha Ley de 1931, junto con otras disposiciones legislativas históricas sobre relaciones de trabajo del primer tercio del siglo XX.

La vida política y la vida del derecho aportan, como se ve, situaciones paradójicas. Dicha ley de Contrato de Trabajo de 1931, de notable calidad técnica por cierto, era, a su vez, una ley de inspiración foránea: germánica, y por más señas netamente progresista. En efecto, el legislador de 1931 había aplicado también el pragmatismo cómodo (lícito, obviamente, en la actividad legislativa) de recurrir a un texto ya elaborado. El texto en cuestión fue en el caso un anteproyecto doctrinal redactado por un ilustre jurista (e ingeniero) de los años de la República de Weimar: Heinz Pothoff. Como tal propuesta doctrinal, el anteproyecto había sido publicado en una revista científica; si no recuerdo mal en el año 1923 (mi consulta se hizo hace tiempo, y no me ha sido posible confirmarla ahora).

En definitiva, fuera o no consciente de ello, el autor o autores del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 estaba incorporando a la vida jurídica de la dictadura de Franco un aquilatado producto de la doctrina jurídica de inspiración socialdemócrata más avanzada a la sazón, que había florecido en Alemania en los

⁴ A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 449 ss.

turbulentos años de "entreguerras". Por cierto, la coexistencia de este texto legal con las reglamentaciones u ordenanzas de trabajo de la época, importadas también de Alemania de entreguerras, pero ya en la época nazi (las *Arbeitsordnungen*), no iba a resultar siempre fácil, a la vista del opuesto signo ideológico de una y otras. Pero la cuestión excede obviamente los límites de la presente reseña.

Hemos apuntado que los artículos 60, 64 y 69 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 fueron en la época los principales puntos de apoyo del poder de dirección del empresario. Debemos reiterarlo y precisarlo ahora: fueron los principales, pero no los únicos. Junto a ellos había que considerar los propios preceptos en la materia de las mencionadas reglamentaciones y ordenanzas laborales; y también las disposiciones de otras normas concomitantes; entre las que destacan en los años sesenta del pasado siglo: 1) la Ley de Convenios Colectivos Sindicales (por cronología, el texto legal de 1958), 2) el Reglamento de los Jurados de Empresa de 11 de septiembre de 1953, y 3) el Decreto de 12 de enero de 1961 y la Orden ministerial de 6 de febrero de 1962, que regularon los llamados "reglamentos de régimen interior" de las empresas. En todas estas normas sí cabe detectar, como vamos a ver ahora, diferencias o contrastes notables entre la normativa franquista y la existente en el actual ordenamiento.

Como se encargaba de señalar Alfredo Montoya en su libro (p. 225 y 226), el artículo 2 de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1958 establecía una norma prohibitiva de todas las cláusulas convencionales "que impliquen disminución (...) de las facultades de dirección y disciplina que son propias de las empresas". En el artículo 20 del Reglamento de dicha Ley se precisaba, además, que las cláusulas que transgredieren tales facultades de "organización del trabajo" eran nulas, generando la ineficacia parcial del convenio en cuestión. Como es sabido, esta prohibición de incidencia en los poderes de organización del empresario no figura en la legislación actual (Título III del Estatuto de los Trabajadores), que permite en consecuencia un amplio espacio a la negociación colectiva sobre las decisiones organizativas en la empresa.

Una prohibición de similar tenor a la anterior contiene el artículo 1 del Reglamento de Jurados de Empresa, donde, con terminología característica del momento, se ordena enfáticamente que tal organismo representativo "en ningún caso podrá actuar en menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al jefe de empresa". Tal prohibición resultaba reforzada, y así se advertía en el libro comentado, por la configuración del jurado de empresa como un órgano de composición conjunta de representantes del empresario y de los trabajadores, cuya presidencia correspondía además al titular de la empresa: "El hecho de que la presidencia del jurado recaiga sobre el empresario - observaba oportunamente Alfredo Montoya - debilita aún más el poder del jurado en sus funciones de proposición, de información y de recepción de reclamaciones" de los trabajadores (p. 130).

En lo que concierne al "reglamento de régimen interior" de las empresas, que debía elaborarse obligatoriamente en determinadas unidades de producción, el contraste entre el ordenamiento laboral del franquismo y el actual es en apariencia incluso más acusado. En efecto, la legislación laboral actual desconoce este instrumento de expresión unitaria de los poderes del empresario, que se extendía tanto a las facultades directivas

propriadamente dichas como a las facultades de imposición de sanciones disciplinarias por incumplimiento de obligaciones laborales (p. 144 ss.). Se trata, no obstante, de una diferencia de menos sustancia de lo que a primera vista puede pensarse. Es claro que, aunque no esté obligado a su redacción, el empresario está habilitado hoy día por la legislación vigente para fijar o reflejar por escrito, en uno o varios textos o documentos, disposiciones de carácter general tanto sobre la organización y la gestión de los recursos humanos de la empresa, como sobre las faltas y sanciones que puedan cometer, y que puedan imponerse, a los miembros del personal a su servicio.

Lo que sí conviene resaltar en la comparación y contraste de la legislación sobre los poderes del empresario del régimen anterior y del actual no es tanto, en definitiva, la sustancia material de las disposiciones de régimen interior que podía y puede adoptar el empresario, sino la relevancia formal que el régimen de Franco atribuyó a dichos reglamentos de empresa. Una relevancia que se debió precisamente al diferente contexto normativo al que nos hemos referido.

En efecto, como acabamos de indicar, el convenio colectivo de la época no alcanzaba a las decisiones organizativas adoptadas en las empresas, atribuidas en exclusiva al empresario. Son estas decisiones sobre los poderes de organización de la empresa, como destaca Alfredo Montoya (p. 144 ss.), la principal clave explicativa del denominado “poder reglamentario” del titular de la empresa. No hay que olvidar tampoco que, aunque no desarrollara toda la virtualidad autoritaria ínsita en la expresión, el director de la empresa solía ser calificado (sin ir más lejos en la legislación recién citada sobre los jurados) como jefe de la empresa (*Betriebsführer*). La trasposición de esta óptica autoritaria a los centros de trabajo dio como resultado lógico la asignación al “jefe de empresa” de un sucedáneo de “poder reglamentario”. Aquí sí llegó, pero no más allá, la norma programática de la Declaración VIII.3 del Fuero del Trabajo en la ordenación de los poderes empresariales.

Alfredo Montoya Melgar en la encrucijada de la dependencia como nota derivada o como nota definitiva de la relación laboral

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad San Pablo - CEU

Siendo el tema central de la tesis doctoral de Alfredo Montoya Melgar *El poder de dirección del empresario*, es inevitable objeto de su atención la nota de dependencia, como caracterizadora de la relación laboral. Más allá de su índice o aparente estructura, hay en la monografía dos planos: el poder de dirección del empresario, el primero, y la caracterización de la relación laboral al fondo. Es el poder directivo del empresario el vértice de su indagación jurídica, donde se producen sus principales aportaciones: muy especialmente, la naturalidad de dicho poder, con origen, en parte, en el contrato, y en parte, en la organización empresarial, sin perjuicio de su reconocimiento, ordenación y limitación por la ley. Pero abre ya entonces un fructífero diálogo intelectual con los maestros que le preceden y con el suyo en particular sobre la caracterización de la relación laboral y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: “Actualmente, y más en nuestro Derecho que en el extranjero, uno de los más fuertes empeños de la doctrina es el de considerar como nota más representativa de la relación de trabajo la de ajenidad, hasta el punto de desplazar criterios de gran tradición teórica y positiva, como el de la subordinación o dependencia del trabajador”¹. La doctrina más autorizada de ese momento -Montoya menciona a Alonso García, Alonso Olea, Bayón Chacón y De la Villa- huye de la construcción jurídica de la subordinación como elemento caracterizador del contrato de trabajo hecha por Barassi en los albores del siglo XX². Para el civilista italiano, el hallazgo de la subordinación como elemento caracterizador

¹ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 58.

² BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901.

de la relación laboral es lo que permite elevar el contrato de trabajo a la categoría de tipo contractual. Es así la subordinación la que dotaría de sustantividad al contrato de trabajo frente a otras categorías contractuales. No obstante, el propio Barassi previene muy pronto de la dificultad práctica y teórica de distinguir entre el trabajo autónomo y el dependiente, siendo el primero en advertir de la existencia de una *zona grigia*³.

Para Alonso García, el Derecho Positivo español “un ejemplo vivo de desorientación [...] pues recoge como definidora de lo que habría de estimarse relación jurídico-laboral la nota de *dependencia*”⁴. Distingue Alonso García entre una concepción estricta y otra amplia del objeto del Derecho del Trabajo. Estrictamente, este se identificaría con el trabajo prestado por cuenta ajena, en situación de subordinación o dependencia y remunerado. En un sentido amplio, que le parece más defendible y con perspectivas de futuro, dicho objeto vendría representado por el trabajo libre realizado personalmente y por cuenta ajena a cambio de una remuneración, lo que comprendería tanto el trabajo bajo subordinación como el prestado en régimen de autonomía⁵.

Bayón Chacón propugna más: la aplicación del Derecho del Trabajo a “todo trabajo por cuenta ajena, prestado profesionalmente”, es decir, que constituya el “sistema habitual de obtener el sustento”. Sin embargo, para Pérez Botija, la inclusión del trabajo autónomo sería prematura.⁶

Sin negar Alonso Olea la nota de dependencia, devalúa su importancia:

- “De esta dependencia se dice es característica esencial del contrato de trabajo y [...] que está en la base del Derecho del trabajo mismo”⁷.
- El de “dependencia” sería un término “desafortunado”, por cuanto que sugiere “ideas con las que en realidad no se corresponde”⁸.
- La dependencia no es sino “una consecuencia o un efecto de la ajenidad”⁹.
- “La sumisión a órdenes es muy relativa en numerosos contratos de trabajo, y en algunos casos virtualmente inexistente, apareciendo como una potencialidad”¹⁰.

³ BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed., vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1915.

⁴ ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 55.

⁵ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1975, pág. 116.

⁶ BAYÓN CASCÓN, G. Y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Victoriano Suárez, Madrid, 1958, pág. 8 y nota a pie, donde los dos autores reconocen su discrepancia en este punto.

⁷ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, pág. 33.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* Perteneciendo “los frutos originariamente a persona distinta a la que trabaja, se reserva esta una potestad de dirección o control sobre los frutos que deben ser producidos, y cómo, cuándo y dónde deben producirse los mismos; y, en el caso usual hoy de frutos complejos resultado de un trabajo cooperativo, la potestad de coordinar la producción...”, de tal modo que “la dependencia es inconcebible sin la ajenidad”, sin que la proposición se cumpla en sentido inverso.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 34.

- “La insistencia sobre la dependencia -especialmente sobre una noción anacrónica de la misma- es perturbadora en grado sumo”¹¹.

Partiendo de la premisa de que se trata de “un requisito normal” de las relaciones de trabajo, le parece a un joven Montoya que “la solución más apropiada [es] la de considerar la dependencia como elemento natural de la relación de trabajo; cosa muy distinta es decir que la dependencia sea el factor único para distinguir las relaciones laborales de las que no lo son [...] La dependencia, en suma, es una de las notas habituales de la relación laboral, pero en modo alguno se trata de un requisito definitorio suyo”¹². Coincidiendo con Alonso García, afirma: “En nuestro ordenamiento, junto a la exigencia legal y jurisprudencial del requisito de la dependencia, existe una gran desorientación sobre lo que deba entenderse al respecto”, de tal manera que “ni la Ley ni la jurisprudencia han logrado establecer qué debe entenderse por dependencia en un modo terminante”¹³, lo que en parte importante se debe -coincide ahora con Alonso Olea- a la “equivocidad” del término “subordinación”. Descartada a esas alturas la identificación de la subordinación con la dependencia técnica y con la dependencia económica, solo queda la dependencia jurídica, que Montoya define como “el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario”¹⁴. Una vez concebida la dependencia como “situación pasiva de sometimiento del trabajador” (definición que mantiene en la última edición de su manual¹⁵), es la del empresario “una situación activa [...] constituida por su poder de dirección del empresario”¹⁶. Pero, adviértase; el poder de dirección “no se identifica con el lado activo de la dependencia, sino que constituye únicamente un aspecto parcial de ese lado”, por lo que la existencia de dependencia laboral “no es un síntoma seguro de la presencia de un poder de dirección”¹⁷. Con todo, “lo normal [...] es que la existencia de uno de los dos elementos -dependencia, poder de dirección- permita deducir sin más la presencia del otro”¹⁸. Pero, “siendo como es, el poder dirección un factor natural de la relación de trabajo [...], no es sin embargo, un elemento *definidor*, en cuanto que es compartido por otras relaciones no laborales”¹⁹. La dependencia -escribe en ese momento Montoya- no define la relación laboral, pero es “un importante ingrediente de las relaciones de trabajo”²⁰. Son todas estas, ideas que encontramos en su tesis doctoral, *El poder de dirección del empresario* (1965), y que mayormente reiterará en las muchas ocasiones que revisita el ámbito del Derecho del Trabajo, lo que no impide que de vez en cuando matice su juicio.

¹¹ *Ibid.*

¹² MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 68.

¹³ *Ibid.*, pág. 69.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 72.

¹⁵ MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 45ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 43.

¹⁶ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 72.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, pág. 90.

²⁰ *Ibid.*, pág. 91.

En su estudio sobre *El ámbito personal del Derecho del Trabajo* (1966), Montoya da algún paso más. Ante una hipotética ampliación del ámbito del Derecho del Trabajo, le inquieta la que la relación laboral pierda “su temple contractual”. Así ocurriría -entiende- si el Derecho del Trabajo diese acogida a los trabajadores autónomos, lo que “supondría la sustitución del Derecho del trabajo contractual por el Derecho regulador de todo trabajo”²¹. Esta idea es constante en su pensamiento; la necesaria protección de determinados colectivos se debe realizar “sin necesidad de introducir forzosamente a esas personas en el marco del contrato de trabajo”²².

En su hermoso ensayo *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo* (1972), la dependencia es ya algo más que un importante ingrediente. Dirá abiertamente que “la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo”²³. Mucho más tarde, en coherencia lógica con su concepción del poder de dirección del empresario, entiende que la dependencia jurídica es “la piedra de toque fundamental para diagnosticar cuándo se está ante un contrato de trabajo y cuándo, por consiguiente, es aplicable el Derecho del Trabajo”²⁴. Y, ya en el ecuador de los años noventa, no llega a considerar la dependencia como la nota definidora -también con esto es coherente con lo mantenido en su tesis doctoral-, pero sí como la definitiva entre las caracterizadoras de la relación laboral: la desigualdad jurídica entre empresario y trabajador “es un dato definidor y definitivo” de la relación laboral²⁵.

¿A qué obedece que Montoya otorgue a la dependencia ese valor definitivo? Pesa -y mucho- en Montoya la razón histórica. Superando la mera crónica histórica, en la que es fácil caer, Montoya es un historiador del Derecho del Trabajo; no solo expone lo que las normas laborales dicen, sino también porqué y cómo lo dicen. Esa larga peregrinación por el espíritu de las leyes laborales de España, que va haciendo lentamente y por etapas, le lleva a la convicción de que “la razón histórica de la legislación laboral no es la protección de todo trabajador sino del específico trabajo prestado por cuenta ajena y bajo dependencia de un empresario”²⁶.

²¹ MONTOYA MELGAR, A.: “El ámbito personal del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, 101.

²² MONTOYA MELGAR, A.: “El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2006, pág. 482.

²³ Ensayo recogido en MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997; la cita, pág. 29.

²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación en la evolución del derecho del trabajo”, en DELL’OLIO, F. et alii, *Le trasformazioni del lavoro: La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Franco Angeli, Milnao, 1999, pág. 103. Puede también encontrarse en MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91, 1998, pág. 709 y ss. Más tarde aún, simplifica: “piedra de toque definidora de la relación laboral” (MONTOYA MELGAR, A.: *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, CEU, Madrid, 2014, pág., 7).

²⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “La nueva configuración jurídica del poder de dirección del empresario”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, 1995, pág. 190.

²⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Art. 1. Ámbito de aplicación”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 24.

Es asimismo una cuestión de método: “Frente a explicaciones excesivamente abstractas y dogmáticas de la función del Derecho del Trabajo, cabría proponer una tercera vía, de porte más empírico y concreto [...] Esta vía de interpretación histórico-cultural del Derecho del Trabajo debe discurrir, a mi juicio, a través de del análisis de la significación de la figura del contrato de trabajo”²⁷.

Desde esta perspectiva, entronca Montoya con la idea de conflicto: “Allí donde estaba el conflicto -en las relaciones entre empresarios y trabajadores dependientes- fue donde, comprensiblemente, apareció el Derecho (del trabajo), ejerciendo su función pacificadora”²⁸. Para Montoya, “el sentido último del contrato de trabajo sólo puede ser aprehendido teniendo en cuenta la naturaleza de los intereses en él presentes, y la actitud del legislador del legislador hacia ellos”²⁹. Hay partes con intereses contrapuestos: “Un esquema elemental de esos intereses enseña que en el fondo de todo contrato existe, por definición, una dualidad de posiciones: la posición del trabajo y la posición del capital”. Pero el conflicto exige algo más que contraposición de intereses: “Social y económicamente esas posiciones vienen siendo, de modo tradicional, desiguales: el capital ostenta una posición dominante frente al trabajo...”³⁰. Ese es el motivo por el que “el Derecho español del Trabajo nace y se desarrolla hasta nuestros días como ordenamiento del trabajo dependiente, por más que la formulación de esta dependencia se haya ido flexibilizando progresivamente”³¹.

Esta convicción no impide a Montoya observar cómo, en las últimas décadas, el Derecho del Trabajo, “de ser un ordenamiento *de clase* [...], dirigido exclusivamente a la protección de los trabajadores frente a los empresarios y el Estado, ha pasado a ser un Derecho protector de los trabajadores pero también de la empresa, es decir, del mantenimiento y la buena gestión de ésta”, sin la cual no hay trabajadores³².

Y porque está en la ley: “Es la propia Ley la que reconoce al empresario un poder [...] frente al cual el trabajador se sitúa en posición subordinada o dependiente”³³. Ahora bien, el trabajo dependiente no es un artificio fruto de la abstracción jurídica, sino que “la subordinación es un hecho social [...] absolutamente habitual en las prestaciones de trabajo asalariado a través de la historia”³⁴. No hacen las leyes sino recoger la “estructura tradicional” de la relación laboral³⁵.

Sería injusto pensar que el valor que Montoya atribuye a la nota de dependencia obedece a algún tipo de posicionamiento en el conflicto capital-trabajo. Nada más lejos

²⁷ MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, cit., pág. 40.

²⁸ MONTAYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación...”, cit., pág. 106.

²⁹ MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, cit., pág. 41.

³⁰ *Ibid.*

³¹ MONTAYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación...”, cit., pág. 107.

³² MONTAYA MELGAR, A.: *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 11.

³³ MONTAYA MELGAR, A.: “La nueva configuración jurídica del poder de dirección del empresario”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, 1995, pág. 190.

³⁴ MONTAYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación...”, cit., pág. 105.

³⁵ MONTAYA MELGAR, A.: “La nueva configuración...”, cit., pág. 190.

de la realidad; teniendo muy presente la advertencia de Weber frente a la ideología como obstáculo para el avance de la ciencia social, Montoya se mantiene siempre en un nivel científico. Desde esa perspectiva, el contrato de trabajo es un instrumento de equilibrio y el Derecho del Trabajo descendiente directo del reformismo social. El fin del contrato de trabajo no es la superación de la desigualdad socioeconómica entre trabajador y empresario, sino que “el contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciendo a éste titular de la utilidad patrimonial y de la disposición del trabajo”³⁶. Pero, para Montoya, esa dependencia es, por definición, limitada: “La historia del poder empresarial no es, por lo demás, sino la historia de su progresiva reconducción a moldes y límites jurídicos, como ha señalado el maestro Alonso Olea en su preciosa obra *De la servidumbre al contrato de trabajo*”³⁷. Introduce Montoya un matiz; nuevamente la función equilibradora del contrato de trabajo: “Ese mando y esa obediencia no son absolutos, sino que operan dentro de un delicado marco de límites y de equilibrio de intereses y derechos”³⁸.

La relación laboral está más o menos acotada, pero sus contornos no son del todo precisos e inamovibles. Estamos en tierra de frontera, que hace del ámbito del Derecho del Trabajo una “cuestión perenne” para el estudioso de la disciplina. A cada nueva laboralización de relaciones de trabajo antes extrañas al ordenamiento laboral, sigue -si no se anticipa- la reflexión de Montoya, en la que con toda lógica vuelve a aflorar su concepción de la nota de dependencia. Del valor que a esta se dé en la caracterización de la relación laboral, dependerá que en algunos casos que el establecimiento de una nueva relación laboral de carácter especial sea considerada como el reconocimiento de una especie subsumible por derecho propio en el género “contrato de trabajo” (Alonso Olea)³⁹, o suponga -piensa Montoya- una cierta “desnaturalización” de la categoría jurídica del trabajo dependiente, que hace “perder valor definidor y diferenciador a dicha categoría”⁴⁰. Para Montoya, la protección de ciertas categorías de trabajadores no dependientes no debería producirse a través de la desfiguración de la nota de dependencia, sino a través de la técnica de la asimilación⁴¹.

Ese distinto valor que a las notas de ajenidad y dependencia se atribuya se proyecta asimismo en la lectura que de la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 8.1 ET se haga. Esto es, que se interprete en sentido análogo a la vieja presunción de laboralidad del artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Alonso Olea)⁴², interpretación esta que perduró en la jurisprudencia hasta bien tarde;

³⁶ MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, cit., pág. 41.

³⁷ MONTAYA MELGAR, A.: “La nueva configuración...”, cit., pág. 190.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 67.

⁴⁰ MONTAYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación...”, cit., pág. 108.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 47: “Lo que se nos está queriendo decir, con toda seguridad, es que si una persona trabaja para otra en

o que, acudiendo a la literalidad del precepto, no se vea sino una mera presunción de contractualidad, es decir, de la existencia del encuentro de voluntades sobre la creación de una relación de trabajo personal, retribuido, por cuenta ajena y dependiente, que es la lectura que hace Montoya⁴³.

En alguna ocasión oímos a Montoya afirmar: “La única cosa en la que en mi vida he sido desleal a Alonso Olea ha sido en lo de la dependencia, y porque está en la ley”⁴⁴. Conocidos el amor y probada lealtad que Montoya siempre profesó hacia Alonso Olea, esas palabras nos permiten imaginar que no debió ser fácil apartarse del maestro en la concreta pero crucial cuestión del valor de la dependencia como nota caracterizadora de la relación laboral, pero, sobre todo, que cuando lo hace es desde el rigor jurídico y la honestidad intelectual.

condiciones que externamente parezcan las de un contrato de trabajo, y aún más generalmente las de prestación de servicios a otro”.

⁴³ MONTAYA MELGAR, A.: “El futuro de la subordinación...”, cit., pág. 111. De consulta obligada en la materia, LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTySS, Madrid, 1994, pág. 281, y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 229.

⁴⁴ Universidad San Pablo - CEU, 22 de marzo 2019.

El poder de dirección del empresario según “el Montoya”

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Codirector de la obra
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos*

I. Justificación explicativa

Las publicaciones en honor de una personalidad tienen como regla de estilo la de permitir unos párrafos introductorios donde quien se suma a la *Tabula Gratiolatorum* glosa sus motivos y conexiones con la convocatoria de referencia. Este salvoconducto es el que utilizo para llevar a cabo manifestaciones más propias de otros formatos que del escrito, y me disculpo si incurro en algún tipo de abuso.

Probablemente, resulta más difícil formular la explicación siguiente que su comprensión. Por tanto, lo mejor es sintetizarla, sin más aditamentos. Por poderosas razones de salud, el aquí homenajeado no pudo llevar a cabo la puesta al día de su *Derecho del Trabajo* correspondiente a la edición datada en 2022 (cuadragésimo tercera). Así ha sucedido con las posteriores, incluyendo la de 2026, alumbrada cuando él ya no pudo disfrutar de su aparición. Su indeclinable solicitud me situó, pues, en un papel singular: como alumno estudié la edición cero (aparecida en tres libros autónomos); como alumno interno del Departamento y *tesinando* recibí me regaló la primera edición (Tecnos, 1976); como profesor he exigido (no tengamos miedo al verbo) el estudio del texto en sus sucesivas ediciones; como discípulo he pasado a encargarme de mantener al día la obra.

Durante estos últimos años la vorágine a la que nos hemos acostumbrado en el ámbito laboralista ha incidido de forma importante en la materia que aborda esta poligrafía. Los avances tecnológicos (propiciando la aparición de normas a varios niveles) y la cambiante realidad de la forma de trabajar (generando importantes

sentencias) han ido obligando a reformular, enriquecer y actualizar diversos pasajes de los estudios jurídicos, incluso a nivel divulgativo. Desde luego, así ha sucedido en este caso. En esa tesitura, desde la expuesta privilegiada posición, he comprobado cómo el edificio construido tiempo atrás seguía siendo confortable para albergar las novedades; sus sólidos conceptos no solo permanecían vigentes (por debajo del trasiego normativo o de las ricas aportaciones jurisprudenciales) sino que resultaban muy útiles para encajar las novedosas piezas. Al tiempo, ese privilegio viene acompañado de una especial responsabilidad. ¿Dónde ubicaría él la repercusión de la IA? ¿Seguiría manteniendo esa mención a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo? ¿Revisaría alguna de las afirmaciones en materia de control a través de dispositivos electrónicos? ¿Abriría hueco para la última sentencia del Tribunal Supremo sobre registro horario? Son solo una parte de las numerosas dudas que asaltan a quien, como es mi caso, intenta mantener las cualidades de una obra excepcional y entre ellas aparecen la completitud (pero no exhaustividad), la sencillez (pero no elementalidad), la actualización (pero no contingencia), la accesibilidad (pero no banalización) o, entre otras muchas, el rigor (pero no el dogmatismo).

Apuntadas (más bien, sugeridas) las razones de ello, lo cierto es que no me ha parecido adecuado aportar un contenido estrictamente personal. Aparezco como participante para responsabilizarme de la pequeña irreverencia sobre el modo de identificar el Manual, del mismo modo que lo hago cuando debe advertirse que las referencias posteriores a 2021 me son imputables. Ese ha querido ser mi homenaje: evidenciar que la obra destinada a la enseñanza y estudio (*el Montoya*) era capaz de aportar un contenido útil en esta convocatoria. Veamos, pues, qué nos dice la edición actual, que sigue publicando la *Editorial Tecnos*.

II. El empresario como titular de poderes y deberes laborales

El empresario ostenta, en cuanto sujeto o parte de una relación jurídica sinalagmática, una posición doble -de crédito y débito- que se corresponde respectivamente con las posiciones de deuda y de crédito del trabajador.

Como acreedor de trabajo, el empresario tiene derecho a que el trabajador cumpla la prestación laboral convenida, esto es, derecho a que el trabajador preste el servicio o realice la obra pactados, en las condiciones legalmente previstas de diligencia, buena fe y obediencia. Del contrato de trabajo, pues, se deriva para el empresario un puro derecho de crédito; no es función del contrato -como aparentaba el art. 23 LCT de 1931- transferir la propiedad del producto, propiedad que el trabajador en ningún momento ostenta, ya que, en la ordenación económico-jurídica del mercado de trabajo (art. 38 Const.), se parte del presupuesto de que los productos obtenidos mediante el trabajo pertenecen *ab initio* al titular de la organización empresarial.

En ocasiones excepcionales, el derecho de crédito del empresario, aun no pudiendo quedar satisfecho natural o materialmente, encuentra satisfacción con la simple «puesta a disposición» del trabajador (*Bereitschaft*); éste cumple su obligación, cuando el empresario no provee a la ocupación efectiva del trabajador, con el ofrecimiento de su actividad, esto es, con su mera actitud de disponibilidad para el trabajo.

El *crédito empresarial* es, en suma, un derecho subjetivo a la obtención de la utilidad de un trabajo ajeno, entendiéndose satisfecho el interés del empresario, normalmente, con la efectiva realización de la prestación laboral, y excepcionalmente con la simple disponibilidad del trabajador.

Tal genérico derecho de crédito se ve actualizado, a lo largo de la vida de la relación laboral, a través del ejercicio del poder directivo del empresario. De este modo, el crédito de éste respecto de la prestación laboral se concreta en singulares derechos patronales a comportamientos, también singulares, del trabajador.

III. Los poderes del empresario

La satisfacción del genérico derecho de crédito del empresario exige que éste, por imperativo de la naturaleza de la relación laboral, ostente un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las singulares prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario). Esta suma de poderes constituye el lado activo de la situación pasiva de sujeción o dependencia a que se encuentra sometido el trabajador.

El fundamento de la atribución de tales poderes radica en la naturaleza y exigencias de la relación jurídica de trabajo y de la empresa. Quedan lejos las posiciones que intentaron fundamentar dichos poderes en ese vago carácter institucional o comunitario que algunos atribuían a la empresa; explicaciones éstas de alcance más político-social que jurídico, y desde hace mucho tiempo en franco y justificado abandono. Mucho más sólida y congruente con el Derecho vigente es la posición que centra la fuente directa de los poderes del empresario en el contrato de trabajo: la atribución de dichos poderes es una consecuencia inmediata de la celebración del contrato, y un efecto mediato de la voluntad de la Ley, que ha querido poner en las manos del empresario -y no en otras- la organización y disciplina del trabajo en la empresa.

Naturalmente, tal atribución de poderes no es un capricho o una decisión contingente del legislador, sino que encuentra su fundamento último en la exigencia de organización del trabajo en la empresa. Por eso, como ya supo advertir Gierke, se observa la misma necesidad de poder en la «forma capitalista de la empresa» que en la cooperativa de trabajadores, y que, incluso, en las empresas propias de la economía socializada.

IV. El poder de dirección

Mediante el ejercicio del poder de dirección, el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa.

1. Reconocimiento legal

El *reconocimiento legal* del poder de dirección, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la libertad de empresa consagrada en el art. 38 Const., tiene hoy su expresión básica en el ET: los trabajadores a los que se aplica el Estatuto son,

precisamente, los que prestan servicios «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de [un] empresario» (art. 1.1 ET). Deber básico del trabajador es, pues, «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5.c) ET]; como dice el art. 20.1 ET, «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue».

2. Contenido

El *contenido* de este poder es muy amplio y variado, comprendiendo tanto funciones ordenadoras [las «órdenes e instrucciones» a que se refiere el art. 5.c)] como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización de la empresa; específicamente, el art. 20.2 ET atribuye al poder directivo la facultad de contribuir a determinar el nivel de diligencia debida por el trabajador.

La extensión e intensidad del poder directivo no es, sin embargo, idéntica para los distintos tipos de relaciones de trabajo, oscilando entre supuestos donde la autoridad patronal es muy rigurosa -así, el contrato de embarco- y casos en los que es muy tenue -así, algunos supuestos de contrato de trabajo a distancia-.

3. Manifestaciones funcionales

Las *funciones directivas* se refieren, pues, a la organización del trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, yendo desde la ordenación de los puestos de trabajo (sistema de clasificación de los puestos, en defecto de convenio o acuerdo colectivos sobre la materia), intervención en el régimen de ingresos y ascensos, calificación del personal, etc., hasta la organización técnica del trabajo (especificación de las tareas de cada unidad de trabajo, instrucciones sobre los procedimientos técnicos de trabajo, etc.), y la disciplina de la empresa (controles de entrada y salida; prohibiciones específicas; obligación de llevar uniforme, etc.).

4. *Ius variandi*

Particular mención merece el llamado *ius variandi* o potestad del empresario de alterar, unilateralmente, los límites de la prestación laboral. Tal poder aparece reconocido en la figura de la «movilidad funcional», regulada en el art. 39 ET.

Por definición, el *jus variandi* impone modificaciones no sustanciales, pues las calificadas legalmente como esenciales se rigen por un régimen propio. La identificación de cuáles son unas y otras constituye un desafío de primera magnitud para la teoría y práctica de las relaciones laborales, habida cuenta de las enormes diferencias existentes entre el régimen jurídico aplicable.

5. Titularidad

La *titularidad* del poder de dirección corresponde al empresario, sea éste individual o social; no obstante, el ejercicio de dicho poder se suele delegar en las empresas de cierta complejidad -y, desde luego, siempre que el empresario sea persona jurídica- en directores profesionales, que a su vez suelen delegar parcelas de su poder general en otros mandos inferiores; el art. 20.1 ET alude a tales delegaciones de

poder, siguiendo la tónica del art. 69 LCT (1944), basado a su vez en el art. 81 LCT (1931). Esa posibilidad de delegación propicia complejos supuestos en los que existe una concurrencia de empleadores (y de sus plantillas) para el desarrollo del proceso productivo. Las empresas en red, las contratas de servicios o, directamente, las ETs obligan a una reconsideración de algunas afirmaciones otrora muy tajantes, sin que ahora sea el momento de examinar el modo en que nuestro ordenamiento intenta evitar las anomalías (responsabilidad solidaria, restricciones a la descentralización, cesiones ilegales, flexibilidad conceptual en esos casos, etc.).

6. Ejercicio

En cuanto al *ejercicio* del poder de dirección -ejercicio que, para que sea susceptible de generar un deber de obediencia en el trabajador, habrá de ser «regular»: art. 5.c) ET-, el propio Estatuto contempla, además de la típica facultad de dictar órdenes e instrucciones, algunas manifestaciones cuya inclusión revela una clara influencia del Estatuto de los Trabajadores italiano de 1970.

A) Vigilancia y control genéricos

En primer término, el art. 20.3 ET autoriza al empresario a adoptar «las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control» para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones. El art. 18 refiere al registro personal o de pertenencias.

Tanto el art. 20.3 como el 18 ET oponen un límite al poder de fiscalización empresarial: toda medida de control respetará la dignidad e intimidad -por otra parte, protegidas constitucionalmente: arts. 10.1 y 18.1 Const.- de los trabajadores; como garantía de tal respeto, se procurará la presencia, durante el registro, de un representante del personal o, en su defecto, de otro trabajador de la empresa.

Conexo con el principio de dignidad de la persona se encuentra el derecho a la intimidad, caracterizada ésta como «el espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias ajenas». La LO 1/1982, de 5.5 (Protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen) traza el perfil de estos derechos, tipifica las «intromisiones ilegítimas» en la esfera del derecho y delimita ciertas excepciones a dichas intromisiones.

El genérico derecho a la intimidad -art. 18 Const.- aparece recogido en su vertiente laboral en los arts. 4.2.e) y 18 ET. El contenido de este último precepto (relativo a los registros sobre la persona y pertenencias del trabajador) es ilustrativo del equilibrio a veces difícil que debe presidir las relaciones entre derecho a la intimidad del trabajador e interés de la empresa.

TEDH (Gran Sala) 17.10.2019, *López Ribalda*, acuerda por unanimidad que la prueba obtenida por registros de videovigilancia no vulnera el Convenio de Derechos Humanos. En fin, sobre la localización del trabajador por GPS, TS/SOC 15.9.2020.

B) Registros

Una manifestación de esa potestad fiscalizadora patronal viene recogida en el art. 18 ET: el empresario puede ordenar registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares «cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa», debiendo llevarse a cabo dichos registros en el centro de trabajo y en horas laborables (TCT 13.2.1981 y 13.5.1981 recalcan que el tiempo dedicado a los registros se computa como de trabajo).

C) Dispositivos digitales

La LO 3/2018, de 5.12 (Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales) -que deroga la LO 15/1999, con vigencia transitoria de acuerdo con las Disp. Adic. 14.^a y Disp. Trans. 4.^a de aquella- regula los derechos a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90); y regula, en fin, los derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91).

La propia LO 3/2018 (Disp. Final 13.^a) ha introducido un art. 20 bis ET, a cuyo tenor «[l]os trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización...».

El TC ha considerado que la mera grabación de una conversación telefónica, que luego sirvió como prueba para el despido, no viola el derecho a la intimidad y el secreto en las comunicaciones (S. 114/1984, de 29.11). Igualmente ha reputado que no afecta al derecho a la intimidad la información de los datos salariales del trabajador a la representación laboral en la empresa (TC 142/1993, de 22.4).

TS/SOC 26.9.2007 admite los «usos personales moderados» del ordenador de la empresa; se sobreentiende que siempre que esos usos personales no estén prohibidos. Cuando el empresario ha prohibido absolutamente el uso de ordenadores o móviles para fines propios de los trabajadores, éstos no podrán invocar su derecho a la intimidad para impedir el control empresarial sobre dichos instrumentos (TC 241/2012, de 17.12, y 170/2013, de 7.10, TS/SOC de 26.9.2007, 8.3. 2011 y 6.10.2011). TEDH (Gran Sala) 5.9.2017, caso *Barbulescu*, condiciona la prohibición a su razonabilidad. TEDH 22.2.2018, *Libert*, reconoce el derecho del empleador a acceder a los datos profesionales de los trabajadores al servicio de empresas públicas. TS/SOC 10.4.2019 considera lícita la cesión de imagen del trabajador que forma parte del *telemarketing* contratado.

D) Propia imagen

Aspecto singular del derecho a la intimidad es el derecho a la propia imagen, que ha planteado interesantes cuestiones laborales. TC 170/1987, de 30.10, ha declarado que la orden del empresario a un trabajador para que se rasure la barba de acuerdo con

la costumbre local y profesional no viola el derecho a la propia imagen. Sin embargo, TC 99/1994, de 11.4, consideró que atentaba contra tal derecho la orden patronal que exponía al trabajador al riesgo de ser captado fotográficamente en el curso de una muestra de productos de la empresa. TEDH 26.11.2015 considera justificada la no renovación del contrato de la asistente social de un hospital público que se negaba a quitarse el velo que usaba como símbolo religioso. Sobre prohibiciones del uso del velo islámico, cfr. dos sentencias del TJUE de 14.3.2017 (casos *Samira Achbita* y *Boungaoui*).

La LO 1/1982, de 5.5, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, sólo reputa en principio «intromisión ilegítima», el uso de medios de escucha, ópticos, de filmación, etc., destinados a grabar o conocer la «vida íntima» (art. 7), lo que parece dejar fuera de su ámbito a la vida laboral. Sin embargo, la fórmula del art. 7.5, también considera intromisión ilícita la «captación [...] de la imagen de una persona en [...] momentos de su vida privada o fuera de ellos [...]». El trabajador afectado por tal «captación» (cuando ésta no fuera necesaria en el proceso productivo), podría solicitar del juez el cese de la misma y la indemnización de daños (art. 9, L. 1/1982, cit.).

Un caso de invocación del derecho a la propia imagen frente a las órdenes patronales fue resuelto por la polémica STC 99/1994, de 11.4¹. El TC admite los controles audiovisuales siempre que sean idóneos, necesarios y proporcionados (Ss. 98 y 186/2000 y 39/2016), sin que sea necesaria la conformidad expresa del trabajador, que se entiende implícita en el contrato (TS/SOC 1 y 2.2.2017). También es lícita la «prueba de detectives» cuando resulta proporcionada para constatar un incumplimiento y ajustada a la buena fe (TS/SOC 13.3.2012 y 20.6.2017).

E) Datos personales

TJUE 30.3.2023 (C-34/21) advierte que las reglas sobre protección de datos amparan al profesorado (igual que al alumnado) de modo que ha de contarse con su voluntad para difundir su actividad incluso en tiempo real (videoconferencia). TJUE de 19.12.2024 (C-65/23), advierte que el Reglamento UE 2016/679 obliga a que los datos personales recabados por razón del contrato de trabajo sean tratados con respeto a la dignidad y derechos fundamentales, en especial dentro del grupo o unión de empresas que pueda existir, de modo que las normas internas o los convenios colectivos no pueden desconocer esas garantías, ni siquiera invocando la necesidad de una regulación más específica.

F) Control de las ausencias por salud.

El art. 20.4 ET autoriza al empresario para investigar el estado de salud alegado por el trabajador para justificar ausencias al trabajo; con el fin de evitar el absentismo, el

¹ La grabación en vídeo de la actividad laboral de un recepcionista de Casino de Juego no viola sus derechos de intimidad e imagen, y es prueba procesal lícita (TSJ Andalucía, Málaga, 10.10.1995). Vid. también TSJ Asturias 20.7.2000. La grabación en circuito cerrado de televisión de la actividad de un trabajador sospechoso de sustraer dinero de caja es lícita cuando constituye prueba necesaria para sancionar al infractor (TC 186/2000, de 10.7). No se vulnera el art. 18.4 Const. cuando se informa de un modo genérico acerca de la vídeo-vigilancia y además existen razonables sospechas de apropiación de dinero por el trabajador, sin que sea exigible el consentimiento expreso de éste (TC 39/2016).

empresario puede ordenar el oportuno «reconocimiento a cargo de personal médico». La negativa del trabajador a someterse al reconocimiento ordenado por el empresario puede determinar la suspensión de las percepciones económicas que estuviera recibiendo de la empresa, incluidos los complementos previstos en convenio colectivo o pacto individual para alcanzar, sumados a las prestaciones de la Seguridad Social, el importe del salario habitual (cfr. TS/SOC 2.5.1984 y 25.1.2018). De otra parte, dado que las faltas de asistencia o puntualidad en el trabajo, «repetidas e injustificadas», son causa de despido disciplinario [art. 54.2.a) ET], la ausencia del trabajador dado de baja por enfermedad simulada será, por tanto, causa lícita de despido.

El referido art. 20.4 plantea delicados problemas: por lo pronto, que el ET autorice que el médico de empresa o cualquier otro facultativo designado por el empresario pueda revisar el diagnóstico de un médico del Servicio Público de Salud, no revela demasiada consideración hacia la competencia y objetividad profesionales de dicho Cuerpo médico (el art. 5 del Estatuto italiano sólo legitima a los médicos de instituciones públicas para efectuar los reconocimientos de los que se está tratando). Además se plantea el problema del diagnóstico que ha de prevalecer en caso de discrepancia entre el médico del Servicio Público de Salud y el médico privado: problema para cuya solución tal vez serviría de pauta la regulación sobre facultades de la Inspección médica para decretar altas y bajas. En tal sentido, sería competente para resolver dichas discrepancias la Inspección sanitaria (con igual criterio, TSJ Asturias 24.6.1993 y TSJ Andalucía, Málaga, 15.5.1994, con apoyo en la O. de 13.10.1967).

7. Límites

El poder de dirección del empresario, en cuanto que no es un «poder absoluto» (TS/SOC 30.1.1969) o «ilimitado» (TCT 12.1.1982), ha de someterse a determinados *límites*:

A) Externos.

El poder de dirección ha de ejercitarse respetando límites «externos» impuestos por los derechos que la Constitución, leyes, convenios y contratos reconocen a los trabajadores (TC 292/1993; 134/1994, 90/1997, 168/2006, etc.). En tal sentido, las órdenes patronales que contraríen tales derechos serán nulas, como en general lo serán las que infrinjan lo dispuesto en normas estatales o convencionales (un ejemplo de tal sanción de nulidad es el recogido en el art. 17.1 ET). Sobre las limitaciones que pueden derivarse de la negociación colectiva y sobre los límites derivados de la participación del personal en la empresa es necesario precisar detalles que ahora no corresponde.

B) Internos: límites del deber de obediencia.

El poder de dirección debe también respetar límites «internos», en cuanto que ha de ser ejercido de buena fe y en forma «regular» [arts. 5.c) y 20.2 ET; TC 34/1984]; en tal sentido, las medidas de control empresarial han de ser idóneas, necesarias y proporcionadas (TC 14/2003, 89/2006, 96/2012 y 170/2013; TS/SOC 6.10.11 y 8.2.2018; TEDH Gran Sala 61/2017, asunto *Barbulescu*). La orden dictada por quien no está legitimado para hacerlo, o la orden abusiva o fraudulenta, o la que impone conductas antijurídicas o nocivas o técnicamente incorrectas justifican su incumplimiento.

El deber de obediencia es una característica manifestación de la dependencia del trabajador respecto del empresario, y al tiempo una clara prueba de que la tan alegada desigualdad socioeconómica entre trabajadores y empresarios es también y sobre todo una desigualdad jurídica: el empresario ordena y el trabajador obedece; sus relaciones son jerárquicas y no paritarias o de igualdad. El deber de obediencia del trabajador a las órdenes patronales aparece consagrado legalmente en el art. 5.c) ET, que enuncia, entre los deberes básicos de los trabajadores, el de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas».

Por supuesto, existe no ya derecho a desobedecer, sino deber de hacerlo cuando la orden emitida por el empresario imponga al trabajador una conducta manifiestamente ilegal (p. ej.: comisión de un delito o falta). En tal caso, el trabajador tiene el deber de desobedecer si no quiere quedar incurso en responsabilidad penal, ya que no podrá apreciarse en su conducta la circunstancia eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7.º CP), al carecer de licitud tanto la orden del empresario como su cumplimiento. Tampoco está obligado el trabajador a obedecer órdenes que lesionen derechos irrenunciables (TS/SOC 7.3.1986) o cuyo cumplimiento entrañe un daño o perjuicio patente para el propio trabajador [quebrantando, por ejemplo, el derecho de éste a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales reconocido en el art. 4.2.d) ET] o para terceros. La jurisprudencia considera así rechazables las órdenes generadoras de peligro grave e inminente (TS/SOC 27.7.1988; 9.10.1989) o las que imponen al destinatario situaciones indignas o vejatorias (TS/SOC 21.9.1987; 9 y 13.10.1989).

Asimismo es lícita la llamada *desobediencia técnica*, esto es, el incumplimiento de órdenes claramente infundadas desde el punto de vista técnico, cuya ejecución llevaría a un resultado dañoso y atentaría además contra el prestigio profesional del trabajador (así, TS/SOC 27.5.1950; TS/SOC 27.11.1989 considera causa justa de resolución del contrato por el trabajador el hecho de que se le encomendaran trabajos no habituales para los que carecía de competencia).

8. La IA y las plataformas digitales

El Reglamento (UE) 2024/1689 intenta ordenar la proyección de la denominada *inteligencia artificial* sobre las relaciones laborales, presuponiendo la clara obligación patronal de responder de sus decisiones aunque vengan respaldadas por este recurso tecnológico. Y es que tales sistemas:

- Pueden dar lugar a un trato desfavorable o perjudicial a determinados colectivos y personas físicas.
- Reconocen emociones lo que debe llevar a la prohibición de uso para detectar el estado emocional de las personas en situaciones relacionadas con el lugar de trabajo, no así, sin embargo, para fines médicos o de seguridad.
- Deben considerarse como “de alto riesgo” en materia de empleo, gestión de los trabajadores y acceso al empleo.

- Especialmente delicados son los temas relacionados con la contratación (anuncios de empleo específicos, sesgos selectivos, evaluación de candidaturas), control del rendimiento y el comportamiento, promoción o extinción de contratos.

En el mismo sentido, la Directiva (UE) 2024/2831 sobre trabajo en plataformas, persigue otorgar mayor transparencia al empleo de algoritmos para la gestión de los recursos humanos, al garantizar que los sistemas automatizados sean supervisados por personal cualificado y que los trabajadores tengan derecho a impugnar las decisiones automatizadas. El ordenamiento sale al paso de la posibilidad de que auténticas decisiones empresariales se encubran bajo el argumento de que se trata de necesidades tecnológicas de este método de trabajo. Por ello, tales plataformas no podrán, mediante sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones:

- tratar ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico;
- tratar ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, con compañeros de trabajo o con sus representantes;
- recopilar datos personales ajenos a la oferta o realización del trabajo;
- tratar datos personales para predecir el ejercicio de los derechos fundamentales o colectivos;
- tratar datos personales para inferir circunstancias por las que no cabe discriminar (origen racial o étnico, situación migratoria, opiniones políticas, etc.);
- tratar datos biométricos para establecer su identidad.

El poder de dirección del empresario y *El panamá y otros cuentos*

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Entre la inmensa obra científica de Alfredo Montoya Melgar, comprensiva del estudio y análisis riguroso de prácticamente todas las instituciones que conforman el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobresalen algunos temas o asuntos que, de alguna manera, eran de su especial predilección. Entre ellos destaca, obviamente, «el poder de dirección del empresario», al que dedicó, primero su tesis doctoral (Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1965), quedando ya marcado en cierto modo por ella, y luego sucesivos trabajos y ensayos. De ahí el acierto de los promotores de la iniciativa que se concreta en la presente obra colectiva al decidir construirla precisamente alrededor de dicha institución.

Todo el mundo sabe que Alfredo Montoya Melgar es un jurista universal cuyo magisterio ha servido de guía a centenares de laboristas españoles e iberoamericanos. Un jurista que -como dijera Jesús María Galiana Moreno en la *Laudatio* pronunciada con ocasión de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Murcia (2008) - puede calificarse con toda razón y justicia como un “clásico” de su disciplina.

Pero junto al gran jurista, también había en Alfredo Montoya un acabado humanista, una persona de vasta cultura que sabía lucir en diferentes contextos y que exhibió de manera singularmente afortunada en obras tan originales como *El Derecho del Trabajo en la literatura y en el arte* (Civitas, Madrid, 1995) o *Amos y criados en el teatro clásico* (Aranzadi, Pamplona, 2022). Y también había en Alfredo Montoya un extraordinario fabulador y narrador, con una producción lamentablemente exigua por decisión personalísima, pero de gran valor literario, muy especialmente su libro de relatos cortos, *El panamá y otros cuentos* (Editora Regional de Murcia, 1986).

Pues bien, como quiera que estas páginas no tienen otro objeto que rendirle una vez más reconocimiento y homenaje, voy a intentar hacerlo uniendo ambas facetas de su portentosa personalidad; es decir, tratando de reconocer al jurista del trabajo, al estudioso de referencia cuando de hablar sobre cualquier institución jurídico-laboral entre las líneas de las historias que integran este último libro. Antes de hacerlo, conviene recordar también las explicaciones del profesor sobre qué sea ese «poder de dirección del empresario».



“Mediante el ejercicio del poder de dirección -enseña Montoya Melgar desde muy pronto¹-, el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”. Y también desde el primer momento establece un orden sistemático para su exposición comprensivo de seis aspectos de la institución examinada a los que se añadiría uno nuevo en las ediciones del manual posteriores a la promulgación del Estatuto de los Trabajadores:

- a) la identificación de la fuente de su *reconocimiento legal* (el art. 69 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en su día; los artículos 5 y 20 ET modernamente, y sobre ellos, y como gran novedad respecto de la inicial construcción doctrinal de la figura, el art. 38 CE que le brinda ahora “fundamento constitucional”²;
- b) la presentación de su *contenido* como “muy amplio y variado, comprendiendo tanto funciones ordenadoras (...), como funciones de control y vigilancia y funciones de decisión sobre la organización laboral de la empresa”³;
- c) una ejemplificación de las *funciones directivas* sobre las que recae el poder y que, referidas a la organización del trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, van “desde la ordenación de los puestos de trabajo (clasificación de los puestos, fijación del sistema de ingresos y ascensos, calificación del personal, *ius variandi*, etc.), hasta la organización técnica del trabajo (especificación de las tareas de cada unidad de trabajo,

¹ Así, ya en la primera edición de su *Derecho del Trabajo*. La obra se componió de tres volúmenes publicados por la Escuela Social de Murcia en 1973 (*Concepto y evolución*), 1974 (*Sistema normativo*) y 1976 (*Sistema de Relaciones Laborales*). Las referencias al poder de dirección, en volumen III, págs. 90 y ss. La misma afirmación llega sin cambios a la primera edición del manual en Tecnos (Madrid, 1976) y se mantiene hasta la más reciente: la 45ª ed., revisada y actualizada por Antonio V. Sempere Navarro, también en Tecnos (Madrid, 2024, pág. 402).

² MONTOTO MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 45ª ed, cit, pág. cit.

³ También aquí las redacciones de 1976 y de 2024, coinciden, aunque esta última añade un inciso incorporado ya en ediciones previas para advertir que “específicamente, el artículo 20.2 ET atribuye al poder directivo la facultad de contribuir a determinar el nivel de diligencia debida por el trabajador”. Por otra parte, el texto de 1976 ejemplificaba con el “establecimiento de turnos de trabajo” y la “distribución de la plantilla” esas decisiones sobre la organización laboral. A su vez, la versión de Tecnos amplía el texto para precisar, con cita de la monografía del autor sobre el poder de dirección, que “la extensión e intensidad del poder directivo no es, sin embargo, idéntica para los distintos tipos de relaciones de trabajo, oscilando entre supuestos donde la autoridad patronal es muy rigurosa -así el contrato de embarco- y casos en los que es muy tenue -así algunos supuestos de contrato de trabajo a distancia-”.

instrucciones sobre los procedimientos técnicos de trabajo, etc.) y la disciplina de la empresa (control de entrada y salida, prohibición de hablar o fumar, obligación de llevar uniforme, etc.)”⁴;

- d) una advertencia sobre la particular importancia que en el marco del poder de dirección del empresario tiene el *ius variandi*, es decir, la “potestad del empresario para alterar unilateralmente, pero de forma no sustancial, los límites de la prestación laboral”, modificando el objeto, el lugar o el tiempo de la prestación, una potestad en su día amparada en las reglamentaciones de trabajo y los reglamentos de régimen interior de las empresas, pero que en el Derecho del Trabajo postconstitucional resulta del propio Estatuto de los Trabajadores (art. 39);
- e) la determinación de la *titularidad del poder de dirección* “que corresponde al empresario, sea éste individual o social”, sin perjuicio de una posible delegación;
- f) la determinación de los límites del poder de dirección, definidos en 1976 por referencia al contenido de los arts. 64, 69 y 75 LCT y reformulados tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores como “límites externos” (impuestos por la Constitución, las leyes y los convenios colectivos) y límites internos que impone el ejercicio regular del poder a que hacen referencia los arts. 5 c) y 20 ET; y
- g) la referencia a “dos manifestaciones” del *ejercicio del poder de dirección* expresamente aludidas en el Estatuto de los Trabajadores por “influencia del Estatuto de los Trabajadores italiano de 1970”. Se trata de las facultades conferidas al empresario en el art. 20, apartado 3 y 4, para, respectivamente, adoptar medidas de vigilancia y control para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones y para investigar la realidad de las enfermedades o accidentes alegados por el trabajador para justificar ausencias al trabajo.



El lector de *El panamá y otros cuentos* que se acerca la obra buscando en ella de manera inmediata al jurista del trabajo que fue Alfredo Montoya Melgar se encontrará con una primera sorpresa, pues en el conjunto de las narraciones que lo componen no se escucha fácilmente la voz del maestro del Derecho que conocimos. Lo que se dice vale en general, y también de manera muy particular respecto de la institución del «poder de dirección del empresario». Y, sin embargo, la mirada del laboralista y su comprensión del esquema de poderes y deberes propios de la relación laboral están ahí, como algo inseparable de la entera personalidad del autor.

En todo caso, quizá la sorpresa sea todavía mayor al advertir que la voz del narrador de *El panamá y otros cuentos*, tantas veces escuchada y leída sobre enjundiosos

⁴ Edición de 1976, pág. 90. La última versión del párrafo es casi idéntica en ediciones posteriores, aunque con alguna llamativa novedad como la sustitución de la referencia a la “prohibición de hablar o de fumar” por la más aséptica de “prohibiciones específicas” (45ª ed., cit, pág. cit).

pormenores técnico-jurídicos, es ahora la de un fabulador de extraordinaria sensibilidad cuya siempre exquisita prosa sirve aquí para referir episodios concretos de la vida de unos personajes maravillosos. Y, sobre todo, para reflexionar al hacerlo sobre aspectos esenciales del vivir humano: el amor, la atracción sexual, la amistad, la juventud, la esperanzas, las ilusiones, el tedio y la rutina cotidianos, el paso del tiempo, la vejez, la muerte... Alfredo Montoya Melgar se descubre aquí como un autor que, amén sus propias y personales experiencias, es capaz de construir unos textos intimistas y muy cuidados, con generosas concesiones a la nostalgia. Un autor que parece muy influido en los temas y en el estilo por dos diferentes vías: por una parte, la que podemos llamar influencia latinoamericana, apreciable de manera muy evidente en el hecho de que muchos de los episodios que se narran suceden en lugares de esa parte del mundo⁵, y, sin duda, también en el gusto por unos ambientes que evocan claramente los descritos en obras emblemáticas del llamado “boom de la literatura latinoamericana”. Por otra parte, y desde un ángulo muy diferente, también se aprecia una cierta ascendencia del estilo más intelectual y hermético de algunos escritores murcianos con los que Alfredo Montoya compartió amistad y aficiones en los años setenta y ochenta del pasado siglo, especialmente Miguel Espinosa y José López Martí.

El panamá y otros cuentos narra la peripecia vital de una variopinta galería de personajes encerrados en un universo propio desde el que, entre la esperanza y la frustración, se enfrentan al reto cotidiano de vivir. Y, naturalmente, el trabajo es una parte muy importante de esas vidas. Lo es para el señor Bejarano, “dependiente de la Casa Perrier, Almacenes de Tejidos y Alta Costura, SA, con veintisiete años de antigüedad”, un “probo empleado” que registra las existencias para pasar la nota “al principal”, que “atiende a las clientas con solicitud” y que espera el final de su jornada para llegar al Casino Mercantil y, mientras degusta un granizado de limón, evocar “los brazos albos, el alto busto, los labios rojísimos” de una clienta. Luego, “suspirará levemente, cerrará los ojos en la dulce penumbra y apartará de sí con fastidio el periódico que, con grandes titulares, habla de no sé qué atentado en Sarajevo”⁶.

Los ojos del laboralista son los que sirven al profesor protagonista de “El Perfil de Bronce” para ver al “muchacho de mono azul (que) arrastra desganado un silencioso cepillo por el suelo, ya espejeante” de un aeropuerto del que despegará el avión que le lleva a la República Dominicana. Y los que, ya en destino, toman nota de los lugares donde “viven los negros (que) trabajan en su mayor parte en la fábrica de La Romana”; y de los otros lugares donde viven “los managers de la fábrica (...) una industria yanqui de productos químicos”. Tampoco dejan de llamar la atención del laboralista las “bamboleantes camionetas que transportan gavillas de obreros hacinados”. Luego, el cuento discurre por otros derroteros más preocupados por los movimientos populares de liberación y una maravillosa concesión final a la novela de espías.

⁵ Quizá sea interesante señalar que por los años ochenta del pasado siglo de Alfredo Montoya tuvo mucho contacto con juristas iberoamericanos y viajó en repetidas ocasiones a sus países. Entre otras iniciativas, también organizó un *Encuentro Iberoamericano de Derecho de Trabajo*, celebrado en Murcia los días 26 y 27 de septiembre de 1988 cuyas ponencias fueron luego publicadas en la obra colectiva *Tendencias actuales del Derecho del trabajo: perspectiva iberoamericana*, Universidad de Murcia, 1990.

⁶ “Placidez del verano”.

“El hombre enfundado en mono azul”, “el hombre de azul” (sic), vuelve a aparecer en otro cuento, “Melancolía de un cuidador de piscina”. Es el “empleado” de un hotel por el que, entre otros clientes, pasan” individuos de probable oficio mercantil, con aire de presumir de muchos conocimientos mundanos (como horarios de aviones y clases de vinos)”, un personaje que se queja de “no es bueno trabajar tan solo” y que se lamenta de “no poder bañarse nunca en la piscina” cuyo cuidado es su ocupación.

Ejemplo de ejercicio del poder de dirección es el que exhibe Don Julio, el protagonista de un cuento, “Hombre que ora y labora”, en el que resuenan al fondo los acordes de *Ascensor para el cadalso*. Cuando trata con Andrés Romero, el director de personal, Don Julio “mira con fijeza que no sabe de contemplaciones al lisonjero subordinado, sin invitarle a tomar asiento”, y éste se siente “incapaz de discernir si en la mirada directa y fría hay indiferencia, impaciencia o reconvención”. Asisten al “superior” varios empleados en una oficina en la que “no hay horario fijo” y desde la que “pasan, y qué iguales, los días del empleado”. Una rutina que, de manera inopinada y como mecida por las notas de Miles Davis, quiebra una mañana de sábado.

La perspectiva del trabajador subordinado es la que tiene ante sí el anónimo protagonista de “La corona de plumas”, que desde que se levanta y asea piensa ya “con hosca vaguedad en la jornada inminente”, que camina con “pasos fatales -“ni lentos ni apremiados”- a la oficina cotidiana”, al “despacho árido”, para cumplir con la “obligación invisible que le (empuja) cada día al trabajo”. Una obligación similar a la que, “a diez mil kilómetros de distancia”, hace que la contraprotegista del cuento “cada día se (encamine también) al trabajo gris, a la oficina, donde la (esperan) la máquina de escribir de modelo anticuado, el archivo y la correspondencia comercial”.

En fin, que “la Firma manda” lo tiene muy claro el “hombre del interior, de tierra alta” protagonista del cuento “El tomador confundido”. Un agente comercial sin mucho éxito, pero para el que “los de la Firma muestran todavía indulgencia ante (la) falta de resultados”. Su problema es “las santas leyes económicas de la oferta y la demanda, la intercambiabilidad de los factores de producción, las normas legales son inversiones extranjeras, las reglas morales que enaltecen el trabajo... todo (su) andamiaje de seguros conceptos (va a quedar oscurecido y difuso) bajo la brisa caliente y el sabor del ron”.



Hay otras referencias y otros guiños al mundo del trabajo en *El panamá y otros cuentos*, pero con las señaladas bastan para recordar aquí al maestro de laboristas que fue Alfredo Montoya Melgar.

En la que a la postre ha venido a ser su última obra, Nuccio Ordine maneja una carta enviada en 1363 por Petrarca a Barbato da Sulmona para reflexionar sobre la amistad, la separación y el poder de los libros⁷. La idea que quiere exponer el malogrado catedrático de la Università della Calabria es la de “la presencia silenciosa del amigo ausente”. Es decir, su convicción de que “el amigo ausente (puede estar) siempre a nuestro lado como una presencia invisible y (continua) hablando a través de las páginas de sus libros o de los recuerdos compartidos”. Pues bien, creo que algo de eso pasa

⁷ George Steiner, *el huésped incómodo*, Acantilado, Barcelona, 2023, págs. 7 y ss.

también con los maestros del Derecho a los que hemos tenido no solo la fortuna de leer y estudiar, sino también, y sobre todo, de tratar directa y personalmente. Y alcanza un sentido todavía más cercano a la idea sugerida por Ordine cuando, como es el caso, la personalidad y la sensibilidad del autor ha podido manifestarse y reconocerse también bajo la luz diferente e inesperada que le proporciona su afición por otros géneros distintos del ensayo científico.

Sin duda, todavía tenemos mucho que aprender los laboristas de las enseñanzas de Alfredo Montoya, y muchas veces volveremos con provecho a sus obras de referencia, entre ellas, desde luego, sus aportaciones sobre «el poder de dirección del empresario». Pero también podemos ampliar la presencia del amigo ausente conversando con él en la distancia -como sugiere Ordine, y antes que él, Quevedo y, antes todavía, Séneca- a través de las sorprendentes páginas de *El panamá y otros cuentos*.

El poder de dirección empresarial y sus límites en la doctrina de Alfredo Montoya Melgar: premisa para el debate contemporáneo sobre digitalización y relaciones laborales

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. Introducción

La figura del profesor Alfredo Montoya Melgar (1937-2025), catedrático de Derecho del Trabajo y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, constituye un pilar esencial en la doctrina iuslaboralista española. Su tesis doctoral *El poder de dirección del empresario* (Universidad de Sevilla, 1962)¹ marcó el punto de partida de un riguroso estudio doctrinal sobre la naturaleza, extensión y límites del poder de dirección empresarial. En lo que sigue, se extrae su aportación más sobresaliente en torno a la configuración de ese poder y sus restricciones, para luego conectar con los retos que impone a este respecto la digitalización de las relaciones laborales, lo que servirá de soporte conceptual para unos breves apuntes sobre la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo más reciente sobre la materia.

II. El poder de dirección empresarial en la doctrina de Montoya Melgar

Montoya Melgar entiende el poder de dirección como una potestad estructural e inevitable en la empresa, inherente al contrato de trabajo subordinado; subraya que “sin dirección del trabajo no hay producción posible” y que tanto el poder directivo empresarial como la posición de dependencia del trabajador “no son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por

¹ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 45.

la realidad económico-social². Asimismo, distingue una dimensión general del poder de dirección (organización global de la empresa, estructura de plantilla, elección entre modalidades contractuales, etc.) y otra singular (órdenes e instrucciones concretas al trabajador, vigilancia, control, cumplimiento del contrato)².

Sin embargo, no concibe ese poder como absoluto sino como funcional y relativo, esto es, implica derechos y potestades necesarias para el funcionamiento de la empresa, pero su ejercicio debe desarrollarse dentro de un determinado marco jurídico: legal, constitucional (dignidad, y derechos fundamentales), convencional, criterio de proporcionalidad, que impone límites para garantizar la efectividad de los derechos laborales. Los poderes del empresario, subrayaba, “van siendo limitados por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el Ordenamiento reconoce a los trabajadores”.³

III. La vigencia de esos límites en el contexto de digitalización del trabajo

En un contexto como el actual de intensa digitalización de las relaciones laborales, máxime con el disruptivo impacto de la Inteligencia Artificial, la doctrina de Montoya ofrece marcos teóricos esenciales para afrontar los nuevos retos que ese escenario implica: teletrabajo, tecnovigilancia, sistemas algorítmicos de gestión de personal, geolocalización, monitorización de desempeño, etc. Estos desarrollos tecnológicos multiplican e intensifican exponencialmente las formas de ejercicio del poder de dirección, abriendo nuevas perspectivas de análisis a los límites que Montoya definió temprana y magistralmente: los derechos fundamentales residenciados en la esfera de la privacidad; dignidad, intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras; la necesaria proporcionalidad en su ejercicio, vinculado a las necesidades empresariales, así como el principio de irrenunciabilidad de derechos. Todos ellos conforman un marco que actúa de escudo protector de la persona trabajadora frente al ejercicio ilegal o abusivo de los poderes empresariales.

IV. APUNTES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PODER DE DIRECCIÓN Y SUS LÍMITES A LA LUZ DEL MARCO CONCEPTUAL DE MONTOYA MELGAR: LA TENSIÓN ENTRE RIGOR Y FLEXIBILIDAD

La doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y de la Sala Social del Tribunal Supremo (TS) respecto al ejercicio de los poderes de dirección y control en entornos de trabajo digitalizados sigue una trayectoria ambivalente que bascula entre la interpretación rigorista y lecturas más flexibles, en ocasiones muy laxas, de sus límites, que conviene analizar desde el marco conceptual de Montoya. Solo procede aquí a un brevísimo apunte de referencias jurisprudenciales, con una selección de las más recientes y significativas sentencias.

² MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, ISSN 0212-6095, N° 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores Veinte años después), págs. 575-596.

³ MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° 48, 2004, pág. 139.

Ejemplo de la primera postura apuntada es la STS 8 febrero 2021⁴, rec. 84/2019, que confirma la nulidad declarada por la Audiencia Nacional del sistema Tracker de Telepizza para geolocalizar a sus repartidores mediante sus propios dispositivos móviles personales para el seguimiento de los pedidos, al considerar que la empresa había impuesto unilateralmente este plan, con tratamiento de datos personales, sin haberlo pactado previamente con los representantes de los trabajadores. Por otra parte, la sentencia rechaza que la medida empresarial supere el test de proporcionalidad que legitima constitucionalmente la limitación del derecho fundamental concernido. No obstante, conviene hacer notar que de la sentencia habría que deducir, *sensu contrario*, la licitud de ese control de realizarse mediante dispositivos corporativos facilitados por la empresa a los trabajadores.

Muestra de la otra lectura más flexible de los límites de los poderes directivos, la aporta la sentencia del Tribunal Constitucional (STC núm. 160/2021, de 4 de octubre, recurso de amparo núm. 3884/2017)⁵. Objeto de crítica por la doctrina científica, la sentencia rechaza la existencia de vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18.4 CE), a consecuencia del despido de una trabajadora a resultas de la monitorización del trabajo de atención comercial telefónica, aún existiendo un pacto colectivo que compromete a la empresa a no utilizar las grabaciones resultantes con fines disciplinarios. Para el TC resulta válida la utilización de las grabaciones para justificar el despido, aun cuando éstas no se hubieran realizado con fines disciplinarios y estar vetada expresamente esta finalidad del tratamiento por acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores; acuerdo que solo justificaba su uso con fines formativos (identificados con las instrucciones de ejecución del trabajo dadas de la empresa). Con estas premisas, el TC descarta la vulneración del derecho fundamental por la medida empresarial, que se considera lícita por tratarse del “único método de verificación” del cumplimiento de las prestaciones laborales (necesidad, idoneidad y proporcionalidad).

Otro ejemplo de este enfoque “flexible”, es la reciente sentencia STS, Sala Social, 2 de abril de 2025, rec. 169/2022⁶, que aborda, el ejercicio del poder de dirección empresarial en el contexto del trabajo a distancia/teletrabajo, y lo hace en torno a tres cuestiones controvertidas vinculadas a determinadas cláusulas del Acuerdo Individual de trabajo a distancia suscrito con los teletrabajadores: la primera se refiere a si la empresa puede, de forma unilateral, decidir sobre la reversibilidad de la modalidad de teletrabajo; la segunda, cómo deben regularse las condiciones de ejercicio del derecho a la desconexión digital y, en tercer lugar, si el empleador ostenta la potestad para disponer de la dirección de correo electrónico y móvil personales de los trabajadores, como impone el acuerdo de teletrabajo suscrito.

Pues bien, dentro de la propia sentencia latén dos “almas” en lo concerniente a los límites del poder de dirección. Respecto a las dos primeras cuestiones, adopta un criterio de refuerzo de dichos límites, con una interpretación restrictiva del alcance o

⁴ ECLI:ES:TS:2021:518.

⁵ ECLI:ES:TC:2021:160.

⁶ ECLI:ES:TS:2025:1514.

extensión de la política corporativa en relación a las prescripciones de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD). Así, en lo concerniente a las condiciones de reversibilidad del acuerdo de teletrabajo (cláusula 6.3), el TS sostiene que la revocación unilateral del teletrabajo por parte de la empresa, las limitaciones impuestas a la revocación por parte del trabajador y el rechazo a indemnización compensatoria en caso de reversión a iniciativa empresarial, son contrarias a la LTD, en una interpretación aquí pro operario de la norma aplicable (art. 5.3) restrictiva del poder de dirección. En cuanto a la política corporativa de desconexión digital, la Sala rechaza la unilateralidad y exige el acuerdo colectivo y, en su defecto, la previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, en una interpretación también rigorista de la Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos digitales (art. 88. 2-3) y de la LTD (art. 18).

En contraste, en lo relativo a la puesta a disposición del empresario de ciertos datos personales del trabajador (correo electrónico y número de teléfono personales), establecida en la cláusula 3.4 del contrato tipo de teletrabajo, la Sala hace una lectura laxa de los límites del poder directivo en su interpretación de las restricciones impuestas al tratamiento de datos personales de los trabajadores establecidas en el Reglamento General de Protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016). La sentencia afirma que “La realidad social actual hace que la facilitación de esos datos, como medios de comunicación socialmente prototípicos de nuestro tiempo, pueda ser necesaria, en efecto, para el desenvolvimiento del contrato de trabajo”, aceptando por ello la validez de la cláusula establecida para los casos “en que fuera necesario contactar con él (trabajador/a), por urgencias del servicio”, como establece la cláusula controvertida. Por ello, y aun reconociendo la conveniencia de una mayor concreción y especificación de estos conceptos y situaciones: “necesidad” y “urgencia”, presupuesto de la captación y tratamiento de los datos, la cláusula en cuestión es considerada por la Sala necesaria para la «ejecución» del contrato de trabajo, conforme al artículo 6.1 b) del RGPD y por tanto lícito el tratamiento de esos datos personales y consecuente a las exigencias de la finalidad, adecuación, pertinencia y limitación de la transmisión de datos personales («minimización de datos») ex artículo 5.1 b) y 5.1 c), respectivamente, del Reglamento.

La inconcreción y ambigüedad de los conceptos situación de “necesidad” y “urgencia del servicio” (conceptos jurídicos indeterminados), que sirven de presupuesto y fundamento a la captación y tratamiento de los datos personales de los trabajadores por parte de la empleadora, que la sentencia no cuestiona, deja un excesivo margen de interpretación de su alcance y concurrencia en cada caso, con un claro reforzamiento del poder de dirección en detrimento de la seguridad jurídica requerida, estando en riesgo la afectación de un derecho fundamental de los trabajadores. Por ello, no solo resulta discutible su adecuación estricta a la normativa europea (RGPD) y española (arts. 11.1-2 y 17. 2 LTD), sino también dudoso que la medida empresarial supere el triple test de proporcionalidad constitucional.

Por otra parte, conviene recordar que sigue suscitando polémica, desde la perspectiva de los límites al poder de dirección y control del empleador, la jurisprudencia constitucional y del TS que la recepciona, sobre la implementación de sistemas de videovigilancia empresarial y la utilización de las imágenes grabadas

para fines de control laboral, en especial, en los supuestos de flagrante conducta ilícita por parte del trabajador/a, conforme a los límites establecidos por el art. 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LPDGDD), límites legales enderezados a preservar los derechos fundamentales a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales (arts. 18.1 y 18.4 CE).

En este sentido, merece ser traída a colación la reciente STS 23/2025, de 14 de enero, rec. 5248/2023⁷ (asunto Stradivarius S.A), que sintetiza la jurisprudencia unificadora consolidada de la Sala relativa a la licitud de los sistemas de videovigilancia empresarial y la legitimidad de la prueba obtenida a través de ellos, con fundamento en la doctrina constitucional (STC 119/2022, de 29 de septiembre) y del TEDH.

Así, respecto a los deberes de información del empresario la sentencia sostiene: “el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa”. En cuanto a la necesaria superación del triple juicio de proporcionalidad, el establecimiento del sistema se considera justificado, idóneo, necesario y proporcionado.

V. Cierre

La doctrina de Alfredo Montoya Melgar, forjada con profundidad, rigor y solvencia, continúa siendo un instrumento imprescindible para los operadores jurídicos, especialmente para los jueces y tribunales del orden social, en su labor de interpretar y valorar los límites del poder empresarial en el marco de la relación de trabajo subordinado. En la era de la digitalización de las relaciones laborales, su legado no sólo conserva vigencia, sino que ofrece valores y conceptos de estructuración sistémica: el alcance y extensión de la subordinación en el contrato de trabajo, la participación y control colectivos, la dignidad y los derechos fundamentales, proporcionalidad e irrenunciabilidad de derechos, como límites infranqueables de los poderes empresariales.

Este homenaje tan merecido a la contribución doctrinal del professor Montoya será tan conmemorativo como fecundo porque nos invita a seguir relejendo su obra a la luz de las nuevas praxis laborales y a reclamar al legislador una respuesta normativa

⁷ ECLI: ES:TS: 2025:149.

adecuada a los nuevos retos, y a los órganos judiciales, una mirada comprometida en el marco del sistema multinivel de garantías jurisdiccionales.



2

CUESTIONES GENERALES

A Alfredo Montoya Melgar, Maestro del Derecho Social del Trabajo y uno de los iuslaboralistas españoles más importantes e influyentes en España y en Latinoamérica

Poderes directivos y de organización empresarial y modificaciones sustanciales

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

“La confusión de identificar reductivamente el poder jurídico-laboral del empresario como un puro poder contractual puede tener una explicación histórica en el hecho de que ha sido tradicionalmente la legislación sobre contrato de trabajo la que ha reconocido ese poder y el correlativo deber de sujeción del trabajador [...]. La pura orientación contractualista, sin duda incompleta pero lógica en su contexto, de las Leyes de Contrato de Trabajo ha sido rectificada en nuestros días.”¹

I. Las relaciones laborales de subordinación y su modelo de juridificación

Un fin principal del Derecho del Trabajo es lograr el respeto de la dignidad y personalidad del trabajador en todos los ámbitos donde se desarrolla garantizando su tratamiento como ser humano². La dignidad no puede cuestionarse por la

¹ MONTAYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en V.V.AA.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (dir. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 131-179, en particular págs. 158-159. Asimismo, MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, *passim*. *Ibid.*, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, especialmente pp. 79 y ss.

² Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, Capítulo I (“La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humanas. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de libertad, igualdad y solidaridad”),

subordinación jurídico-organizativa del trabajador, ni tampoco por las exigencias de la producción y del mercado. La dignidad como derecho pertenece a la esfera de lo no mercantilizable, y, como tal, se somete a la propia garantía del trabajo decente³. La dignidad humana queda reconocida expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando, en su art. 1, establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Asimismo, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica a la dignidad todo el título I. En su art. 1 se indica que “*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*”. Es evidente que la dignidad constituye, no sólo un derecho fundamental, sino la base misma de los derechos fundamentales. Por otra parte, de acuerdo con el art. 2 del Tratado de la Unión Europea⁴, “*la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”. La dignidad humana es el eje fundante del conjunto de los derechos fundamentales⁵. El respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad ha de quedar garantizado omnicomprendivamente en todos los ámbitos donde se despliegue la acción humana, incluida la relación de trabajo. Igualmente, el art. 26 de la Carta Social Europea, revisada en 1996, es particularmente expresivo al respecto⁶.

pp. 9-159, y Capítulo II (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de igualdad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos e inespecíficos y de los derechos específicos sociales”), págs. 161-261; *Ibid.*, “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (artículo 10.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., y J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (Dirs.): *Derechos Laborales fundamentales inespecíficos*, LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), Granada, Comares, 2020, pp. 1-186. Asimismo, ORTEGA LOZANO, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020.

³ Que por definición es un trabajo digno del hombre. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á. L. (Dirs.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, *passim*.

⁴ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (artículo 10.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., y J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (Dirs.): *Derechos Laborales fundamentales inespecíficos*, LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), Granada, Comares, 2020, pp. 1-186.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a unas condiciones equitativas de trabajo” (artículo 2 de la Carta Social Europea), y MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 395-429, y pp. 865-890, respectivamente; y respecto a su garantía en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, véase, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 765.

El trabajo consiste en un orden socioeconómico dónde las relaciones entre empresario y trabajador se formalizan jurídicamente en un tipo contractual que permite, en la práctica, la utilización productiva del trabajador a cambio de una compensación económica. De esta manera, el trabajo -en la forma dominante y generalizada de la edad moderna- es percibido como empleo u ocupación, en el sentido de relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil: trabajo profesional prestado para otro sujeto en el marco de una organización productiva de titularidad ajena⁷. Se puede decir que son dos las corrientes de inserción del trabajador en la empresa⁸: a) La teoría de la inserción en base a la cual se considera suficiente que el trabajador entre a formar parte de la organización de la empresa al nacer una relación de trabajo o de ocupación debiendo poner el trabajador su fuerza de trabajo a disposición del empresario⁹; b) La teoría del contrato sustentado en el acuerdo de voluntad de las partes y sobre la obligación del empleado de prestar el trabajo al empresario¹⁰. En definitiva, la particularidad de la inserción del trabajador en la empresa deriva de la propia configuración que el legislador le ha dado al contrato de trabajo.

Pero la subordinación jurídico-organizativa del trabajador en el marco de la organización productiva no debe suponer la mercantilización o la privación de su consideración como sujeto libre. Tampoco ha de permitir el desconocimiento de los aspectos que permiten el libre desarrollo de su personalidad. La dignidad es un límite a la obligación de subordinación y del ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empleador en el lugar de trabajo. La inviolabilidad de la persona humana exige la garantía jurídica de respeto y protección adecuada en el marco específico de la relación jurídica. El valor de la dignidad del trabajador comporta que actúe con libre determinación como miembro de una empresa pluralista organizada productivamente para su crecimiento y desarrollo en el mercado¹¹. En ningún caso puede suponer privación de libertad y dignidad del ser humano, impidiendo que la relación de dominio del empresario se convierta en una pura instrumentalización autoritaria de la persona. De lo contrario, se estaría aceptando la violación del principio de dignidad humana que no ha de quedar subordinada a los poderes externos del empleador o del mercado por ser un derecho intangible e infranqueable de la persona¹². Precisamente por ello, se han creado los derechos sociales fundamentales (prestacionales y de libertad) configurados

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15)", en MONEREO PÉREZ, J. L., y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 335.

⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 109. Asimismo, ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Graphis, 1992.

⁹ Teoría derivada de la doctrina alemana.

¹⁰ Teoría derivada de la doctrina italiana.

¹¹ Sin perjuicio de la obligación de cumplir con sus obligaciones de prestación profesional.

¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: "Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)", en MONEREO PÉREZ, J. L., y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 766.

como derechos de desmercantilización del trabajo (en su formulación más amplia, se trata de los derechos económicos, sociales y culturales)¹³.

Es así, que la modificación sustancial y su régimen jurídico se encuentra construido para abordar, necesariamente, variadas funciones. En primer lugar, disuadir de un ejercicio “arbitrario” de poder por parte del empresario¹⁴, que se refleja en el carácter causal de la alteración sustancial de las condiciones de la relación laboral (“*cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*”) y la previsión del posible control judicial de las causas -salvo que se alcance un acuerdo-. En segundo término, la regulación de la MSCT establece también una modalidad de reparación cuando quede probado que el trabajador ha resultado “perjudicado” por la modificación sustancial (“*tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses*”): la respuesta jurídica se reduce al resarcimiento de perjuicio ocasionado al trabajador por rescindir el contrato consecuencia de la modificación. Igualmente, el daño producido (cuando sean perjuicios graves para el trabajador) a consecuencia de la resolución del contrato se termina por socializar vía prestaciones -por desempleo- previstas en el sistema de Seguridad Social. En tercer lugar, la ordenación jurídica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del empleado debe profesar una rápida y eficiente función de ajuste de las plantillas ante los cambios de las coyunturas económicas. Sobre las funciones citadas se construye el régimen jurídico de la MSCT (también del despido), sustentado en el principio de causalidad -*ex art. 35.1 CE*- que permite situarnos en un régimen común vinculado al poder de dirección empresarial, que ordena la actividad en los trabajadores y, por tanto, puede modificar las condiciones de trabajo de los que estos disfrutaban, pero con el límite causal y de la dignidad de trabajador; lo anterior, con posibilidad de posterior control judicial¹⁵.

En los términos del art. 41.1 ET, la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica

¹³ Para la configuración técnica y político jurídica de los derechos sociales como derechos de desmercantilización, véase Para esa construcción de los derechos sociales como derechos de desmercantilización, consúltase la elaboración originaria de MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulo I.2 (“Los modelos de Estados del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna”), págs. 27 y sigs., Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs., Capítulo III (“Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía”), págs. 166 y sigs.

¹⁴ Cometido que queda vinculado a la finalidad compensadora y de equilibrio de poderes del ordenamiento laboral.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011, p. 144.

o del trabajo en la empresa. En efecto, la alteración o modificación sustancial se traslada a una exteriorización del poder de dirección empresarial *extraordinario* (por contraposición al *ius variandi normal*) en cuanto que el art. 20 ET establece la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario -o persona en quien este delegue-, debiendo el trabajador al empresario la diligencia y la colocación en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. Lo que debe ponerse en relación con el art. 58 ET que se encarga de regular el poder disciplinario empresarial que permite al empresario -o a la dirección de las empresas- imponer sanciones a los trabajadores que hayan cometido algún incumplimiento contractual. La facultad de sancionar al trabajador deriva del poder de dirección del empresario, convirtiéndose en un instrumento de autotutela privada con el que hacer efectivo el deber de obediencia del trabajador a las órdenes e instrucciones empresariales, de acuerdo con el art. 5.c) ET. Este poder disciplinario se erige en componente necesario de la posición jurídica del empleador como sujeto acreedor de la relación laboral y de las facultades directivas que terminan desarrollándose dentro de la propia organización laboral jerárquicamente estructurada; igualmente, permite la corrección de aquellos comportamientos reprochables que han incurrido en una falta previamente tipificada, imponiendo el empresario una determinada sanción con función aflictiva, intimidatoria¹⁶ y de prevención¹⁷.

A su vez, el contenido de las normas laborales se encuentra condicionado por la garantía constitucional de los derechos de propiedad -art. 33 CE- y de libertad de empresa -art. 38 CE-¹⁸. La libertad de empresa, como derecho constitucional, vincula al legislador laboral tanto positiva como negativamente. En la medida en que los derechos constitucionalmente reconocidos al trabajador -como el derecho al trabajo del art. 35.1 CE- pueden colisionar con el principio de la libertad de empresa -art. 38 CE-, el legislador ha de intentar lograr una concomitancia práctica entre los diversos intereses que se recogen. Si la protección contra una modificación sustancial ilegítima puede desprenderse del derecho al trabajo, los poderes empresariales encuentran -también- su fundamento en el principio constitucional de la libertad de empresa. Por tanto, corresponde a la ley armonizar y pacificar ambos derechos. Según las opciones de política legislativa el régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo varía: las causas pueden conformarse de forma más amplia o estricta; los requisitos procedimentales y formales pueden ser más o menos severos; las indemnizaciones pueden ser más o menos cuantiosas; etcétera. La Constitución Española sólo veta aquellas regulaciones que desatiendan de forma palmaria a la libertad

¹⁶ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 181.

¹⁷ RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: "Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores", en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 844.

¹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: "Estado social y Derecho del Trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Coord.) et al: *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 11.

de empresa o el derecho al trabajo¹⁹. En suma, estos poderes privados se reconocen al titular de la empresa en concordancia con la propia Constitución Española como facultades para el ejercicio de la función empresarial en clave de libertad y no solo como el reflejo de un estricto poder ejercitable sobre el trabajador²⁰.

Hay que tener en cuenta que mientras que en el Derecho Público el ejercicio del poder está más fuertemente delimitado a fines públicos y a la compleja organización administrativa; en el derecho privado, en cambio, el fin asume una importancia mayor por los intereses privados y la subyacente organización de elementos variados predispuestos para la consecución de aquellos fines²¹.

El ejercicio de la modificación sustancial se adapta a la configuración de los actos de autotutela privada: mediante un negocio jurídico unilateral y extrajudicial, de carácter recepticio, el empleador modifica las condiciones laborales sustanciales de la relación jurídica que le une con el trabajador²². El empresario goza de un poder concreto para alterar el régimen jurídico existente. Desde un punto de vista técnico, se establece un derecho potestativo, siempre y cuando, lo interpretemos como el ejercicio que posibilita a una persona a establecer una relación jurídica con otra, o a describirla taxativamente en su contenido, modificarla o extinguirla, mediante un acto constitutivo unilateral, que es, por lo común, una declaración de voluntad²³. Es un poder identificado expresamente en la ley -art. 41 ET-. Su calificación como acto de autotutela privada establece la vigencia del principio de legalidad al subrayar que el reconocimiento de la posibilidad de aplicar una alteración sustancial (por razones justificadas) ha de provenir de la ley -o de la negociación colectiva- como fuentes de integración del contrato de trabajo²⁴.

Mediante la modificación o alteración sustancial de las condiciones de trabajo, el empresario lleva a cabo la tutela de un interés propio y de naturaleza exclusivamente privada. La tensión entre el contrato del trabajador y la acumulación de poderes del empresario da una apariencia particular al Derecho del Trabajo que ha tratado de explicarse con dos teorías antagónicas: la institucionalista y la contractualista; surgiendo una tercera que podríamos denominar normativista²⁵:

¹⁹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 83.

²⁰ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 296.

²¹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 26.

²² GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, pp. 33 y ss.

²³ LARENZ, K.: “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts”, en LARENZ, K., e IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, M.: *Derecho Civil. Parte general*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 872.

²⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 83 y 84.

²⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2024, pp. 138 y ss. Su proyección en el instituto del despido disciplinario en ORTEGA LOZANO, P.G.: *El despido disciplinario*, tesis doctoral dirigida por el

1ª. Teoría contractualista

La primera es la teoría contractualista que se centra en defender que el ejercicio del poder de dirección es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes. El origen de esta teoría reside en la fusión de las voluntades del empresario y del trabajador -plasmada en la firma del contrato-. Esta autonomía de la voluntad de ambos es el medio por el que se explica el nacimiento y la subsistencia de un poder privado que autoriza al empresario a establecer, unilateralmente, la forma de organización y el trabajo de la empresa a la que queda sometido el trabajador. Esta teoría se exterioriza con la firma de la relación laboral: el trabajador al plasmar su firma en el contrato de trabajo acepta estar sometido al poder jerárquico y de dirección del empresario. Es el propio espíritu del contrato el que ofrece la razón de existencia del poder de dirección; esto es, la necesidad de especificar y adaptar continuamente el objeto de la prestación en un trabajo que por definición se realiza de forma continuada, por cuenta ajena y en el ámbito de organización y dirección del empleador. Es más, el poder de dirección se constituye con posterioridad al contrato de trabajo dado que en un momento anterior a su nacimiento solo existen facultades organizativas habilitadas por la existencia de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente. No olvidemos que la empresa, en nuestro ordenamiento jurídico, se concibe, ante todo, como el marco organizativo de la relación de trabajo; en otros términos, como el ámbito de organización y dirección al que alude el art. 1 ET, más allá del carácter general de la empresa como unidad socioeconómica de producción²⁶. En suma, esta posición contractualista reconoce directamente al contrato de trabajo la capacidad de organizar la prestación laboral, reconociendo fundamento contractual a los poderes de dirección y control del empresario, así como al poder de sanción del empresario²⁷.

En la actualidad esta primera teoría no puede sostenerse por varias razones. En primer lugar, si el poder de dirección nace del acuerdo de voluntades del empresario y trabajador -en otros términos, del contrato de trabajo- el problema se plantea cuando el contrato como tal no existe o bien no contiene una previsión expresa sobre el régimen de alterar las condiciones laborales pactadas. En segundo lugar, si la facultad del poder del empresario deriva del contrato de trabajo individual existirán desigualdades entre los propios trabajadores, ya que cada uno tendrá un régimen propio en su particular contrato. En tercer lugar, porque el control judicial sobre el poder de dirección es limitado: la libertad del empresario para dirigir su organización empresarial escapa del control del juez. En conclusión, el fundamento jurídico del poder de dirección en el contrato de trabajo es ficticio: se constituye el poder empresarial a través de un título -el contrato de trabajo- que legitima la subordinación del trabajador al empresario²⁸.

Prof. J.L. Monereo Pérez, Granada, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2019. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/54520>.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Protección en caso de despido injustificado (art. 30)", en MONEREO PÉREZ, J. L., y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 716.

²⁷ FERRANTE, V.: "Fondamento e natura del potere disciplinare", en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012, p. 2.

²⁸ POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 22.

2ª. Teoría institucionalista

Como respuesta a las deficiencias de esta primera teoría surge la corriente institucionalista²⁹. Esta teoría considera a la empresa como una institución -agrupación de personas reunidas y organizadas permanentemente-. Al considerarse a la empresa como institución, las relaciones se encuentran regidas por la ley del grupo sin posibilidad de limitación conforme a estipulaciones contractuales. Esta ley es idéntica a la que regula las relaciones en el Estado entre gobernantes y gobernados³⁰. La institución se presenta como una realidad social que es constituida de una organización permanente de personas y de bienes que tienen un fin u objetivo común y son capaces de conseguirlo³¹, pero dependiendo de una voluntad preeminente³².

Por tanto, el poder del empresario -al par de aquel del Estado- se percibe como el fruto de una posición de supremacía que requiere la adopción de técnicas de tutela del todo similares a aquellas que el ordenamiento prevé en las relaciones incriminatorias del derecho penal³³. Esta teoría se encarga de vincular el poder de dirección al empresario o empleador -jefe de la organización- como poder originario que se constituye por el hecho de existir una colectividad organizada. Este poder viene configurado como expresión de un derecho de la institución que persigue la finalidad de la empresa -el bien común- y que se presenta como consecuencia necesaria de la exigencia de protección y de conservación de la institución³⁴.

Esta creencia salva las deficiencias de la anterior teoría -teoría contractualista- pues no se produce la quiebra de no poder justificar el poder de dirección cuando no estuviera expresamente pactado o no existiera el correspondiente contrato de trabajo³⁵. También se supera el obstáculo de la limitación del control judicial del poder de dirección pues se permite un mayor control al someterse a una serie de principios que se importan directamente de los poderes sancionadores del Estado. No obstante -como ocurre con la primera de las teorías- también tiene importantes quiebras y defectos al no poder aclararse en virtud de qué norma jurídica se fundamenta la prestación de servicios que el trabajador desarrolla en la empresa; o al discutirse los motivos por

²⁹ Vid. ASQUINI, A.: "Profili dell'impresa", en *Rivista Diritto Commerciale*, núm. 41, 1943, *passim*.

³⁰ MACHERA, A. D.: "El poder disciplinario en las relaciones de trabajo", en CESARINO JÚNIOR, A. F. *et al: Estudios de Derecho del Trabajo, en Memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, Ateneo, 1954, p. 334; POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 22.

³¹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 62.

³² ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sanzoni, 1945, p. 62.

³³ FERRANTE, V.: "Fondamento e natura del potere disciplinare", en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012, p. 5.

³⁴ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 68.

³⁵ POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 23. Uno de los fundamentos jurisdiccionales más importantes que protegió esta teoría fue el de la Sentencia de la Cour de Cassation francesa, de fecha 16 de junio de 1945, en la que a un trabajador al que se le había suspendido de empleo y sueldo durante una semana por una falta de desobediencia, y cuyo contrato de trabajo no hacía referencia alguna a la posibilidad de imponer sanciones, el tribunal mantuvo la licitud de la sanción pues consideró que el poder disciplinario es inherente a la cualidad del patrón.

los que el empleado presta colaboración en la misma: económicos o institucionales -principal impulso para desarrollar el trabajo-³⁶.

3ª. Teoría normativista

Existe una tercera teoría capaz de justificar el poder de dirección en la ley o en la negociación colectiva como fuentes que integran el contenido del contrato de trabajo -teoría normativista-. En el contrato de trabajo debe distinguirse entre el contenido y el objeto. El contenido resulta de una pluralidad de fuentes, tal y como se recoge en el art. 1258 del Código Civil al establecer que las partes se encuentran vinculadas por los pactos que en ellos se establezcan y a “*todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. El objeto del contrato de trabajo se traduce en la prestación de servicios de forma determinada³⁷. No olvidemos que los poderes jurídicos y las prerrogativas del empresario se fundan en el contrato³⁸.

Pero la celebración de un contrato de trabajo no basta para explicar la presencia del poder de dirección del empresario³⁹. Es insuficiente considerar al empresario como mero empleador o acreedor de trabajo para entender en su integridad la naturaleza del poder de dirección. El contrato de trabajo aparece como un presupuesto jurídico para su ejercicio, un título que legitima para ejercerlo; pero no explica su razón última de organización. Cuando la finalidad organizativa se encuentra como dato externo del contrato sin formar parte del interior de la estructura de éste, el trabajador no se ve involucrado en el fin productivo por lo que su comportamiento no queda comprometido más allá del propio contrato.

Aunque la perspectiva contractual atraiga argumentos organizativos como razón de ser del poder directivo, el razonamiento económico se convierte en elemento fundamental: el poder directivo del empresario se ejerce conforme la propiedad que éste ostenta sobre la empresa o la organización. La debilidad del argumento de la firma de la relación contractual, unido a las deficiencias expuestas de la teoría institucionalista, no permite combatir un poder que aparece como unilateral y discrecional, cuya última razón se halla en el derecho de propiedad o titularidad sobre los bienes afectados a la empresa o en la libertad económica del empresario. Para explicar la razón de ser del poder directivo del empresario no es suficiente el contrato laboral, aunque ésta sea la forma de exteriorizar este poder. El contrato de trabajo aparece como un presupuesto jurídico para el ejercicio del poder de dirección: es un título que solo legitima para su ejercicio y efectividad, pero no explica la razón de la organización del empresario; eso sí, fundamenta el nacimiento del poder directivo. El verdadero fundamento del poder de dirección y control del empresario puede extraerse de la distinción de dos

³⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Granada, Comares, 2008, p. 6.

³⁷ Así lo afirma GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, p. 49.

³⁸ MARIA MASTINU, E.: “La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005, p. 271.

³⁹ MONTOTOY MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 38; citado por POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 24.

elementos que forman parte del contrato: el contenido y el objeto; quedando vinculado el trabajador por el art. 1258 del Código Civil y, en concreto, con el principio de buena fe.

En consecuencia, el poder empresarial no se fundamenta solo en el contrato de trabajo, sino en un elemento heterónomo, sujeto a un poder externo que actúa como fuente de integración del contenido del contrato de trabajo -en virtud del art. 1258 del Código Civil-. Su fundamento procede situarlo en la atribución de poderes por un grupo de normas que arrancan de la Constitución con el reconocimiento de la libertad de empresa -art. 38 de la Constitución Española- y que tienen como centro de atribución la propia empresa en cuanto institución económico-social; esto es, como forma de organización que requiere, por exigencias funcionales, de una clasificación y jerarquía que concluye con la atribución de poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno⁴⁰. Ahora bien, el quebrantamiento de las normas que forman el contenido del contrato da lugar a una verdadera responsabilidad contractual. Por tanto, la posibilidad de modificar las condiciones laborales del trabajador deriva de una fuente heterónoma de integración de dicho contrato, ya sea la ley o el convenio colectivo, elementos propios de la prestación de servicios en un marco organizativo.

Esquematizando y simplificando lo comentado, la titularidad y el ejercicio de tal poder del empresario se deriva, de manera inmediata, de la celebración del contrato de trabajo, configurándose como concreción de la situación de sujeción a la que se somete el trabajador, y, de manera mediata, de la propia voluntad de la ley. Pero la verdadera razón de ser de la condescendencia y permisibilidad legal a favor del empresario se encuentra en la titularidad de la organización empresarial: lo cierto es que el poder de dirección es naturaleza consustancial e innata al trabajo organizado en la forma capitalista de empresa. Al final, el contrato de trabajo se constituye no solo como una relación obligatoria con la que poder desarrollar la prestación laboral, sino también como una relación de poder. Una relación de poder no solo desde la perspectiva jurídica, también desde la naturaleza económica y social. Por tanto, el propio sistema jurídico concede al empresario dicho poder para la autotutela y para la realización de su interés económico, el cual, aprovechará -obviamente- para un mayor rendimiento productivo en el conjunto de su organización⁴¹.

La relación de trabajo subordinada tiene un desarrollo característico. En la configuración de la relación de trabajo -consistente en poner a disposición del empresario la energía del trabajo del hombre- se manifiesta el trato característico de la relación: la subordinación⁴². La posibilidad de alterar o modificar las condiciones de trabajo es un poder inherente al poder directivo y organizativo del empresario como elementos identificativos de la relación laboral subordinada. Es el empresario

⁴⁰ GIL Y GIL, J. L.: "La noción del despido disciplinario", en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 86.

⁴¹ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: "Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral", en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 297.

⁴² LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, p. 120.

un sujeto habilitado naturalmente para ordenar una serie de comportamientos, sancionar sus incumplimientos, modificar las condiciones, etcétera, en base a criterios de proporcionalidad, reaccionando en las disputas laborales, sin privar de garantías a las partes, pero siempre preservando el buen funcionamiento de la empresa⁴³.

Igual ocurre en el ordenamiento jurídico italiano ya que el contrato de trabajo obliga no solo a cuanto en el mismo aparezca recogido, “*también a todas las consecuencias que derivan según la ley, en su defecto, según los usos de la equidad*”⁴⁴. Lo anterior parece suficientemente significativo para corroborar el fundamento del poder modificar o alterar las condiciones laborales del trabajador. En suma, los efectos del negocio se encuentran sometidos a la voluntad privada⁴⁵.

Lo cierto es que la revelación de voluntad por la que el empresario ejerce el derecho potestativo en la relación laboral es un verdadero negocio jurídico: el empleador hace uso de un derecho facultativo que convierte al acto de la modificación sustancial, al mismo tiempo, en ejercicio del derecho y del negocio jurídico⁴⁶. Por todo ello, la calificación que mejor se adapta al ejercicio alterar las condiciones de la relación laboral es, sin duda, la de negocio jurídico unilateral de carácter recepticio puesto que el empresario dispone de un cierto margen de transigencia con el que delimitar las consecuencias específicas del acto⁴⁷. En definitiva, la MSCT es un negocio jurídico unilateral que altera la relación laboral sin que se requiera la participación previa del juez. Y ello, tanto si la modificación está justificada como si padece de vicio o defecto que pueda determinar, en el supuesto de impugnación judicial por parte del trabajador, la declaración de nulidad o ilegalidad de la misma. Lo anterior, *mutatis mutandi*, pues así lo ha reconocido para el despido la jurisprudencia⁴⁸ y parte de la doctrina⁴⁹.

Aunque la alteración o modificación sustancial de las condiciones laborales se implanta por vía de un negocio jurídico extrajudicial, no constituye una suerte de justicia o jurisdicción social privada⁵⁰. En primer término, el ejercicio del poder

⁴³ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 2.

⁴⁴ Artículo 1374 del *Codice Civile*.

⁴⁵ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 1956, pp. 125 y 126.

⁴⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, p. 301.

⁴⁷ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 87.

⁴⁸ La STS 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990\9760] ha establecido que “*tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo*”.

⁴⁹ Entre otros muchos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, núm. 74, 1967, pp. 23 y ss. MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 515 y ss. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp. 107 y ss.

⁵⁰ GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, p. 69.

empresarial no tiene como propósito la satisfacción de una pretenciosidad, sino la defensa de un interés, en este caso, la conservación del orden jurídico existente. En segundo lugar, es un acto de parte, parcial y personal. En tercer y último lugar, no tiene vigencia concluyente o fuerza de cosa juzgada, sino tan sólo una efectividad inicial o previa, en la medida en que la ley concede al juez de lo social la jurisdicción de revisar *-a posteriori-* la legalidad del acto, obviamente siempre que haya sido impugnado⁵¹.

II. La configuración técnico-jurídica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: la indeterminación e imprevisibilidad propias del modo casuístico

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pueden concurrir por algunas de las causas legalmente establecidas, sin que toda decisión empresarial de alterar algunos de los elementos que configuren la relación laboral pueda incardinarse en aquella figura, ni, aunque afecte a esas condiciones expresadas en el art. 41 del ET -no siendo cerrada la lista de condiciones a las que pueda afectar el régimen del indicado precepto-⁵². Más concretamente, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “*ad exemplum*” (sistema de lista abierta⁵³) del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales o no esenciales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “*ius variandi*” empresarial⁵⁴. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes. Para el Tribunal Supremo, el ordenamiento jurídico (arts. 5.c y 20.1 y 2 ET) reconoce la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial; esto es, forma parte del poder de dirección empresarial un *ius variandi* o poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral, sujeto, obviamente, a las exigencias derivadas del principio de buena fe. El problema subsiguiente es determinar cuándo una modificación debe ser considerada como sustancial y, por tanto, debe seguir para su aplicación el régimen previsto en el art. 41 ET y cuándo no ostenta tal carácter y puede ser llevada a cabo a través del ejercicio regular del poder de dirección empresarial. Y en esa línea, recuerda que lo esencial está en determinar si una modificación es sustancial, entendiendo por tal aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de

⁵¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 92.

⁵² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á. (Dirs): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 103-211.

⁵³ STS 26 de abril de 2006 [RJ 2006\3105].

⁵⁴ STS 9 de marzo de 2021 [RJ 2021\1210] y STS 10 de marzo de 2021 [RJ 2021\1200].

la relación laboral, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial. Se debe valorar la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador⁵⁵.

Tras ello subyace la distinción fundamental entre modificación sustancial e *ius variandi* ordinario inherente al poder jurídico del empleador. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo no encuentra su fuente originaria en el contrato de trabajo, sino en el poder de decisión extraordinario que expresamente le atribuye el legislador, que se convierte en su verdadera fuente de legitimación jurídica. Si no existiera un grupo normativo formado por los arts. 41 y 40.1 (traslados) y normas concordantes sustantivas y procesales, el empleador tendría que atenerse a los mecanismos novatorios y de alteración sobrevenida de circunstancias propios del Derecho y de la teoría del Derecho común de la contratación. De ahí que las modificaciones sustanciales a través del poder unilateral del empleador, con efectos directos e inmediatos en la posición jurídica del trabajador afectado, sea una categoría jurídico-laboral específica que si no se hubiera establecido expresamente por el legislador no se hubiera podido deducir declarativamente sin más del ordenamiento jurídico. Un poder de esta intensidad jurídica nunca podría gozar de una presunta legitimidad empresarial en el ejercicio de poderes “contractuales” deducibles de una autonomía privada de alcance ilimitado e incondicionado (o tan solo condicionado por no incurrir en el ilícito atípico o patológico como el abuso del derecho y el fraude de ley). Hay que tener en cuenta que la alteración sustancial unilateral introduce una ruptura del nexo jurídico que formaliza la relación laboral, tanto más cuanto que afecta no sólo a las condiciones nacidas directamente del contrato como también de fuentes de naturaleza colectiva, es decir, que emanan y tienen su origen en convenios colectivos extraestatutarios, pactos o acuerdos colectivos. Así el poder de modificación sustancial permite al empleador incidir -con los límites y condiciones establecidos por orden jurídico que la autoriza- en el complejo de las relaciones jurídico-laborales establecidas en fuentes de origen contractual o de origen colectivo convencional (convenios extraestatutarios, pactos y acuerdos colectivos). Remite, así, a la capacidad de incidir modificativamente en una situación jurídica definida por una compleja regulación negocial y normativa. Esto permite comprender que los arts. 41 y 40.1 ET no tienen una exclusiva dimensión individual -aunque en última instancia se individualiza en la posición jurídica de la persona que trabaja-, sino que en su lógica interna interviene el punto de vista colectivo e institucional. Ello no sólo se refleja en los procedimientos de información y consulta-negociación colectiva gestional, sino también en la dimensión colectiva que entraña en sí un poder extraordinario de tal entidad que supone la modificación sustancial unilateral atendiendo a las relaciones de trabajo existentes en la organización productiva y atendiendo a las consideradas necesidades y pluralidad de intereses en juego que se constatan en su dinámica de funcionamiento. Dicho en otras palabras: en

⁵⁵ STS 26 de marzo de 2021 [RJ 2021\1681], con referencia a la STS 19 de febrero de 2020 [RJ 2020\1142] y STS 14 de mayo de 2020 [RJ 2020\1711].

la regulación *ex arts. 41 y 40.1 ET* se contempla a los trabajadores no tan sólo como parte de contratos de trabajo singulares, sino también al personal adscrito a la empresa o unidad productiva como un todo -colectividad o grupo- con un interés colectivo propio y específico ante las vicisitudes modificativas de las relaciones laborales. Si bien es cierto que una primera lectura puede crear la apariencia jurídica de un esquema muy contractualizado del fenómeno modificativo general, una lectura más atenta y analítica refleja que la normativa de referencia se refiere a causas empresariales de posible afectación colectiva en el ámbito de conjunto de las relaciones de trabajo y a sus fuentes colectivas reguladoras (señaladamente, los convenios colectivos extraestatutarios y pactos o acuerdos colectivos). Ese poder jurídico de variación sustancial aun siendo extraordinario e ir más allá del “*ius variandi*” ordinario -por su incidencia en los equilibrios de poder y las exorbitantes consecuencias que conlleva en las relaciones laborales- es objeto de normalización jurídica en los procesos de reestructuración o reorganización de la empresa o complejo empresarial.

Estos poderes reforzados de conformación de las relaciones laborales y de afectación a sus fuentes de regulación (individuales y colectivas) no pueden ser ilimitados, porque la empresa no es un espacio vacío de Derecho en un sistema democrático de relaciones laborales; aunque, ciertamente, en términos generales, “*la empresa se sostiene en un minúsculo ordenamiento auto-concluso, es una institución con un legislador propio, propias leyes, todo un conjunto coordinado de autoridades y engranajes administrativos*”, “*un mundo jurídico en sí*”, en suma “*completo en su género y en sus fines*”⁵⁶. De ahí que el poder de decisión *ex arts. 41 y 40.1 ET* se someta al principio de justificado motivo (causalidad vinculada a las necesidades de funcionamiento de la organización empresarial) y a una procedimentalización jurídica e institucionalmente reforzada y participada colectivamente en el caso de que se trate de modificaciones de condiciones de trabajo de origen en instrumentos o productos derivados de la negociación colectiva⁵⁷.

⁵⁶ ROMAGNOLI, U.: “Autoridad y democracia en la empresa. Teorías jurídico-políticas”, en *C.D.T.*, núms. 1-2, 1975-1976, p. 197.

⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, MTSS, 1983, pp. 276 y ss. RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, en *Comentarios a las Leyes Laborales*, dirigidos por E. Borrajo Dacruz, Tomo VIII, Madrid, Edersa, 1988, p. 144. LORENTE RIVAS, A.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Prólogo de J.L. Monereo Pérez, Madrid, La Ley, 2009. MONEREO PÉREZ, J. L. y LORENTE RIVAS, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Artículo 41 del ET)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á. (Dir.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 103-211.

Los derechos fundamentales entre bastidores.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 79/2023, de 3 de julio, en recurso de amparo 3638/2020

PROF. DR.H.C. DR.H.C. ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático (jub.) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, presidente de la International Association of Social Protection - Asociación Internacional de Protección Social, y árbitro del SIMA, Madrid, y del SERCLA, Sevilla

Nos encontramos ante una sentencia bastante complicada de desentrañar por la gran cantidad de análisis probatorio referida a las dos sentencias previas del Juzgado Social y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (hay otra decisión del Tribunal Supremo que se imitó a rechazar el recurso planteado contra la segunda). El TC analiza cada una de las pruebas aducidas por ambas sentencias previas, no ya para revisarlas, sino para analizarlas y determinar hasta qué punto deben venir interpretadas correctamente para integrarse en la propia decisión del TC. Alcanza sin embargo un gran valor por la delimitación de los dos niveles o posiciones que asumen por una parte los derechos ordinarios en el contrato de trabajo, y por otra los derechos constitucionales que derivan directamente de la Constitución: si en razón de la jerarquía normativa estos últimos deberían situarse en el primer plano por su importancia, se ubican no obstante en un segundo plano -en el trasfondo, dice la Sentencia- y casi como de improviso, y ello produce cierta inseguridad en el ámbito probatorio, como veremos a continuación. El juego de niveles (Derecho Ordinario y Constitucional) y de planos (nacional e internacional) se encuentra magistralmente estructurado en la sentencia, y la interconexión entre todos ellos, muy medida y meditada.

Por lo demás, el caso gira en torno al despido pluricausal de un ciudadano extranjero, el marroquí Jaoud Ballasah, empleado en un banco asimismo extranjero,

el Banque Chaabi du Maroc, en nuestro país, un sesgo adicional con el que el caso adquiere una dimensión política de difícil ponderación.

Definiré primero el caso, y a renglón seguido el análisis de la Sentencia, para terminar con las conclusiones.

El actor, Jaouad Ballasah, natural de la región del Rif en Marruecos, había entrado a trabajar como empleado en la sucursal de Madrid del Banque Chaabi du Maroc, en una posición nada clara porque según algunos había desempeñado el cargo de director de la sucursal¹, pero el TSJ lo había considerado como director para España, mientras que en la carta de despido la empresa lo había calificado como “jefe de oficina”². Tanto él como otra compañera, doña Hanane Bijbij, asesora comercial asimismo natural del Rif, habían participado en una manifestación en defensa de los derechos de los ciudadanos de aquella región, una manifestación con cierta difusión en el país de acogida, España. Al día siguiente de la manifestación, el Banco comunicó el despido a la Sra. Bijbij por falta de rendimiento y descontento de la clientela, y la suspensión indefinida de empleo pero no de sueldo (esto es, una interrupción de la relación laboral) del Sr. Ballasah por “falta laboral muy grave”, sin especificar. La suspensión se fue prorrogando mediante comunicaciones quincenales en las cuales no venían indicados los hechos que se estaban investigando, hasta que finalmente el Banco abrió un expediente disciplinario por infracciones laborales muy graves y transgresión del código deontológico de la entidad, en base al uso indebido de la imagen del banco en las redes sociales (Facebook), donde el Sr. Ballasah se presentaba como director del Chaabi Bank y aparecía sentado en su despacho, con mensajes en defensa de su región y un reproche al gobierno de Marruecos que decía: “¿Sois un gobierno o una banda de delincuentes?”. El Banco entendía que los clientes podían atribuirle las palabras del empleado, lo cual generaba potencialmente un daño económico real al verse concernida la imagen tanto de la entidad como de la clientela, que mayoritariamente no compartía esa opinión³. Por tanto, se le despedía por vulneración de la buena fe contractual y por negligencia profesional⁴.

El actor presentó demanda por despido nulo en base a la transgresión por la empresa de sus derechos fundamentales, en especial su derecho a no ser discriminado, su derecho de reunión y su libertad de expresión, y en una variante refleja de su libertad sindical, pues la empresa habría pretendido con el despido un efecto ejemplarizante en el resto de la plantilla, dada la condición de representante de personal del Sr. Ballasah. Señalaba además que la directora del Banco para España le había comunicado que estaba recibiendo presiones de la embajada de Marruecos y del director del Banco en Francia para que fuese despedido, pues comprometía seriamente la relación del Banco, íntimamente ligada a la monarquía de Marruecos.

En el juicio subsiguiente, la empresa se mantuvo en los motivos alegados del despido, pero no se esforzó en desvirtuar los presentados por el trabajador sobre la

¹ Sentencia del Juzgado de lo Social y Sentencia TC comentada, I.2.a).

² Sentencia TC, I.8, párrafo 2º.

³ Sª.TC comentada, I.2.b), párrafo cuarto.

⁴ Sª.TC comentada, I.2.b), párrafo tercero.

violación de sus derechos fundamentales. Para el Juez de lo Social, la apertura del expediente disciplinario había ocurrido al día siguiente hábil de la manifestación en favor del Rif, por lo que existían indicios fundados de que la causa del despido había consistido en la participación del trabajador en dicha manifestación. Y como la empresa no había conseguido ofrecer otra causa legítima que amparase el despido efectuado; más aún, en las cartas periódicas enviadas por la empresa al trabajador para iniciar y prorrogar la suspensión no se especificaban, siquiera en grado mínimo, los hechos que motivaron la preocupación de la empresa, todo ello hacía presumir la intención evidente de ocultación de la verdadera causa del despido⁵. La fase investigadora llevada a cabo por la empresa había perseguido en realidad hallar una causa válida en que fundamentar el despido ya decidido, “enmascarando la verdadera causa”, consistente en haber acudido a la manifestación “que se oponía frontalmente con los postulados conservadores y tradicionales de la entidad bancaria empleadora”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su parte, entendió que lo ocurrido, publicar en una red social comentarios donde se denigraba al Reino de Marruecos, revestía la gravedad suficiente para la procedencia del despido, y resaltaba la importancia de la imagen de la empresa a efectos del mercado, por lo que el director de la sucursal había abusado de la confianza empresarial al utilizar su puesto de trabajo y la imagen corporativa como potencialmente transmisiva de sus actuaciones personales al banco, sin la autorización de éste, con expresiones vejatorias para el gobierno marroquí en un asunto de interés y trascendencia públicas. Todo ello le conducía a anular la sentencia del Juzgado Social y admitir la procedencia del despido efectuado, sin entrar a ponderar la existencia de la infracción constitucional.

Ya en sede constitucional, respondiendo como ya se ha dicho a un recurso de amparo del trabajador, el fiscal solicitó la estimación de éste, al considerar que la decisión de la sala autonómica había ignorado la dimensión constitucional de la cuestión planteada, limitándose a acoger la “causa aparente” del despido, a pesar de haberse aportado indicios suficientes de infracción del derecho a la libertad ideológica (art. 16 Const.). Alegada también por la empresa recurrida la falta de especial trascendencia constitucional del recurso de amparo interpuesto, el TC recuerda que quien alega semejante falta debe además aportar las razones en que se basa (art. 50 LOTC), cosa que el banco no ofrece, por lo que se declara también decaído el motivo. El TC indica que la falta de argumentos resulta especialmente rechazable en un problema de derecho fundamental sobre el que aún no hay doctrina, citando la sentencia TC 155/2009.

Bien es cierto, continúa el TC, que anteriores sentencias habían abordado el tema de la infracción de la libertad ideológica, en casos como la selección y contratación de profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos, o en el despido de profesores que no se ajustaban al ideario educativo del centro, etc., pero hasta ahora no se había pasado a analizar un supuesto como el del caso, sobre despido ideológico por empresa que no es de tendencia y por ello carece de ideario prefijado. A lo cual habría de añadirse el hecho de que con el trabajador Ballasah no solo se había infringido el derecho fundamental indicado, sino además el de reunión y el de libertad de expresión.

⁵ S^a.TC comentada, I.2.c), párrafo segundo.

Tampoco podía traerse a escena el supuesto contemplado por la sentencia TC 20/2022, de 28 de enero, el despido de un director de oficina bancaria por las afirmaciones vertidas en una junta de accionistas del grupo de empresa, pues se diferenciaba respecto al caso ahora analizado en que la reunión de accionistas del grupo era una reunión privada, con la consecuencia de que en el caso de la sentencia 20/2002 el derecho fundamental afectado habría sido el de libertad de expresión, mientras que en el de la presente se trataría de la libertad ideológica.

Un tema interesante viene planteado por la empresa al alegar el derecho al honor de las personas jurídicas, que habría venido lesionado en el caso⁶, y aquí parece el TC no hallar pie adecuadamente en su alegato, aun cuando acierte en el rechazo final. El banco marroquí ofrece varios ejemplos de violación del honor de las personas, en donde el TC había condenado al infractor: el fallecimiento de un torero e insultos en la red social Facebook: S.TC. 93/2021, o las expresiones vertidas por un locutor en programa radiofónico respecto de un concejal: S.TC. 85/1992. Y el TC ahora reconoce y cita su doctrina por la cual acepta esa legitimación pasiva societaria a sufrir violación de sus derechos constitucionales, aun cuando matice que con carácter general la titularidad de los derechos y libertades de tal naturaleza corresponde a las personas naturales.

Sin embargo, el TC parece olvidar -o al menos no lo expresa aquí ni remite al análisis posterior-, que no hay en la manifestación a favor del Rif, y en las opiniones insultantes vertidas por el despedido, ninguna violación del honor de la entidad bancaria, sino más bien del Reino de Marruecos. La propia empresa había deslizado en tal sentido anteriormente que, con respecto al despido fulminante de la trabajadora Hanane Bijbij, ese mismo despido en Marruecos habría supuesto delitos que habrían venido juzgados en el ámbito penal como rebelión, secesión o sedición⁷.

El TC se niega a entrar en el matiz y efectúa un salto dialéctico para entender que las afirmaciones del empleado podrían haber afectado a la consideración pública del banco Chaabi du Maroc, pero no menoscabar su dignidad. Y afirma que en el litigio su actuación no consiste en evaluar la colisión de dos derechos fundamentales, la libertad de expresión del trabajador y la reputación de la empresa, sino que queda “circunscrito exclusivamente” a la discrepancia materializada entre la libertad ideológica del trabajador y el poder disciplinario de la empresa. Por tanto, debe pronunciarse sobre la vulneración del derecho fundamental, pero no más allá⁸.

El TC emprende en el apartado 3 de la sentencia un breve excursus en torno a la doctrina constitucional aplicable. Partiendo de algo aparentemente obvio, de que los derechos constitucionales del trabajador no se dejan a la entrada de la empresa, e igual ocurre con la celebración de un contrato de trabajo, recuerda las diversas sentencias en las que se afirma el equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos y libertades del trabajador, con la “modulación estrictamente imprescindible” de estos últimos por la primera. Un equilibrio, me permito decir entre paréntesis, que parece muy trastocado en el

⁶ Sa. TC comentada, II.2.d).

⁷ So.TC. comentada, I.2.d), párrafo segundo, refiriendo expresiones vertidas por la defensa de la empresa en el recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid.

⁸ Sa.TC. comentada, I.2.d) in fine.

seno del Tribunal de Justicia Europeo desde su trilogía de sentencias Viking, Laval y Rüffert, donde lo laboral se supeditó en realidad a las libertades empresariales y llevó a algunos autores a hablar de “la muerte del Derecho del Trabajo Europeo”⁹.

Volviendo a la doctrina constitucional, recuerda el TC ulteriores limitaciones de la libertad del trabajador en el caso de empresas ideológicas, con un ideario predefinido, con la justificación del despido del trabajador por una actividad docente hostil o contraria al ideario del centro. Una limitación superior que, no obstante, no puede ser ilimitada, y en especial, no puede extrapolarse a empresas donde se carece de semejante ideario.

Por otra parte, recuerda el TC su doctrina sobre inversión de la carga de la prueba. Como se sabe, cuando se alega una posible violación de derecho fundamental por una actividad de la empresa, incumbe a ésta probar la existencia de una causa real y lícita que justifica el acto, previa alegación por la contraparte de los indicios razonables de posible lesión de los derechos fundamentales.

El punto álgido de la argumentación constitucional llega en la sentencia al embocar hacia los despidos llamados pluricausales, donde cabe hallar una causa legítima pero también, “en el trasfondo”, una lesión de derecho fundamental¹⁰. Aquí defiende el TC una distribución de la carga probatoria -la parte demandante debe aportar los indicios de la lesión-, en el sentido de pedir al empresario que acredite a su vez que su decisión cuenta con una justificación objetiva y razonable y, además, “que permita excluir cualquier propósito lesivo de un derecho fundamental”¹¹.

La estructura de la sentencia acusa en este apartado 3 de la parte II un cierto relajamiento, por cuanto no termina conectando con el caso enjuiciado, sino que deja el análisis en suspenso tras pasar revista a la teoría de las instituciones concernidas en el panorama constitucional. El juzgador les pasa revista, pero deja para el siguiente apartado su aplicación al caso, lo cual produce cierto desasosiego.

Es en la siguiente parte, la 4, titulada “Enjuiciamiento del caso”, donde veremos terminar las posiciones del TC con la aplicación de la teoría al supuesto de hecho.

Ante todo, afirma que la actividad de la empresa es neutra en cuanto respecta a ideología. No tiene un ideario o creencia preestablecido, no es una empresa ideológica, pues situarse como próxima a la monarquía alauita no convierte a la entidad bancaria en empresa ideológica. El banco Chaabi du Maroc no tiene una ideología como fundamento de su actividad, ni en consecuencia puede justificar la restricción de los derechos fundamentales de los trabajadores en tal basamento. La sentencia, pese a su afirmación previa de que no puede contraponer dos derechos fundamentales en este caso, altera de alguna manera su posición al entrar en algo distinto, que no hay un derecho fundamental de Chaabi du Maroc que defender porque no es empresa ideológica.

⁹ Por todos, EWING, Keith, “The Death of Social Europe”, 2015; seguía a una serie de reflexiones de distintos autores en toda Europa y en otros continentes sobre la “muerte del Derecho del Trabajo”.

¹⁰ S^a.TC. comentada, II.3.d).

¹¹ S.TC. comentada, II.3.c) in fine. Cita las SS. TC 41/20026 y 125/2008.

Llegamos al punto central del conflicto. El TC parte de la base de que el recurrente -el trabajador- desplegó pruebas suficientes de haber existido una violación de su derecho fundamental en la abrupta reacción del despido tras la manifestación por los derechos del Rif. Despido producido con la intervención entre medias de los responsables del grupo empresarial del diario y de la directora del diario en España. Para el trabajador, el motivo alegado de abuso de confianza por el uso de imágenes corporativas en una red social no logra contradecir suficientemente el panorama indiciario lesivo de los derechos fundamentales conectados a la manifestación. Máxime cuando las imágenes publicadas en la red social existían desde mucho antes en acceso abierto y solo se habían “descubierto” cuando se produjo la manifestación.

La *causa real* del despido residía, por ello, en haber participado en la manifestación contra la monarquía alauita, y no la *causa aparente* alegada por la empresa.

A continuación aplica el TC la doctrina de la inversión de la carga probatoria, una vez considerado que los indicios aportados por el recurrente eran claros, y se vuelve hacia las alegaciones de la empresa en busca de argumentos de una causa seria y suficiente del despido, y extraña a todo propósito atentatorio de tal derecho fundamental, como ya se ha indicado¹². Hay aquí un recordatorio de los varios elementos lesivos en la decisión empresarial de despedir, y un reproche hacia el TSJ de Madrid por estimar suficiente la gravedad del abuso de confianza cometido por el trabajador por las imágenes en su red social, sin entrar a considerar el hecho de la manifestación en favor del Rif, mientras que la sentencia del Juzgado Social sí lo había indicado y había resuelto en consecuencia. El TC estima así el amparo al recurrente y confirma la sentencia del Juzgado Social, mientras anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el auto del Tribunal Supremo que había declarado la firmeza de esta última.

¹² La reiteración de lo indicado en la S.TC. comentada se produce ahora en el apartado II.4.b).

La buena fe en contrato de trabajo y el poder de dirección

JORDI GARCÍA VIÑA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona*

La buena fe, como concepto general aplicable a la conducta del empresario, es un fenómeno relativamente reciente, ya que no se puede hallar ninguna manifestación expresa de buena fe recíproca, y, por tanto, también exigible al empresario, hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980.

En la actualidad, a partir de la regulación del art. 20.2 *in fine* ET, el empresario está obligado a cumplir sus obligaciones según los dictados del principio de la buena fe.

Hay que tener en cuenta que no existe un concepto genérico de buena fe del empresario, sino que se le pueden aplicar todas las notas características de la buena fe en general. Ahora bien, sí que aparecen algunas cuestiones que pueden entenderse como propias del comportamiento del empresario¹.

Principalmente, el fundamento de la especificidad de esta buena fe deriva de que el contrato de trabajo no puede estar totalmente asentado en el principio de la autonomía de la voluntad ya que empresario y trabajador no guardan igualdad, y ni siquiera equilibrio en sus respectivas situaciones, como sujetos de una determinada relación. Existe una desigualdad real de los sujetos².

Por esta razón, la principal función que realiza la buena fe en este ámbito deriva de la limitación de los derechos subjetivos del empresario. El derecho subjetivo principal de éste se resume en el poder de dirección, que es el que se trata de limitar con la aplicación de este principio general. Ahora bien, tampoco esta restricción del poder

¹ Sobre este poder de dirección, véase MONTROYA MELGAR, A, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

² PLA RODRÍGUEZ, A, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1975, pág. 279.

de dirección puede ser absoluta, ya que no se puede, bajo ningún concepto, impedir al empresario “*la defensa de sus intereses propios legítimos y sobre todo, los intereses de la empresa, por todos los medios legales lícitos, aun cuando ello tenga lugar a costa del trabajador*”³.

Inevitablemente, cuando se hace referencia a la buena fe con la que el empresario ha de cumplir sus prestaciones, se está ante un concepto moderno o avanzado del término. La buena fe, en este sentido, representa una cierta búsqueda de un equilibrio, que siempre ha sido, y probablemente seguirá siendo, inestable y cambiante, en las relaciones de trabajo. Continuamente se está dando un reequilibrio de la posición que ocupan las dos partes en el contrato de trabajo. Se pretende que este principio pueda llegar a impulsar una nueva estrategia socioeconómica del empresario en la gestión y dirección de la empresa, orientada, no sólo hacia la búsqueda continua de una mayor y mejor ventaja competitiva, si no también centrada en objetivos de racionalidad y eficiencia económica, y al tiempo, en metas de tipo social, de mayor calidad de trabajo.

Sin embargo, en esta cuestión se deben realizar las siguientes dos puntualizaciones.

En primer lugar, la definición de la buena fe en el empresario no difiere excesivamente de lo que podría ser una definición de la presencia de la buena fe en el modo de comportamiento del trabajador. Así, se dice que este principio “*tiene el mismo carácter omnicomprendivo que el del trabajador*”⁴, como categoría contractual ha de ser aplicada al cumplimiento de las obligaciones y ejercicio de los derechos y poderes por parte del empresario⁵, siempre teniendo en cuenta que aparece una obligación de salvaguarda de intereses de las partes durante la ejecución del contrato de trabajo⁶.

En segundo lugar, no puede derivarse una relación directa entre la buena fe del empresario y una modernización del concepto del contrato de trabajo, ya que se fundamenta en el deseo de igualar las posiciones de las dos partes del contrato de trabajo. Ahora bien, a este planteamiento se pueden realizar dos observaciones. Primero, es difícil atribuir a un concepto estrictamente jurídico una función que afecta al fundamento del contrato de trabajo, y que por tanto casi merece el calificativo de conceptual. Segundo, la buena fe se refiere a unas normas de conducta, que se aplican a unos derechos y a unas obligaciones de las partes de la relación jurídico-laboral que son absolutamente diferentes, y que, por lo tanto, difícilmente llegarán a converger.

Por tanto, como mucho, se podrá llegar a limitar de manera muy relevante el poder de dirección del empresario. Sin embargo, esta función no será nada más que lo que en la actualidad le sucede al trabajador. Además, probablemente no sea función de

³ HUECK, A y NIPPERDEY, H C, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1963, pág. 156.

⁴ HUECK, A y NIPPERDEY, H C, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1963, pág. 156.

⁵ DEL REY GUANTER, S, “Derecho fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, pág. 209.

⁶ CASTELVETRI, L, “L’obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, número 4, 1995, pág. 468.

la buena fe esta restricción de los poderes empresariales, sino controlar la inexistencia de abusos, en aquellos casos en que la negociación colectiva, que probablemente sea el mecanismo más correcto para este tema, no lo haya llevado a cabo.

Quizás en el aspecto que más novedad podía suponer, en cuanto a la función normativa de la buena fe, si asume tareas integrativas, no está nada desarrollado.

Esta función no debería tener tanta relevancia como en el resto de contratos, ya que existe una fuente de regulación tan importante como es la negociación colectiva, de manera que las lagunas tendrían que ser menores.

En todo caso, y previendo esta posibilidad, si aun así existieran cuestiones no reguladas por las partes, la buena fe podría intentar integrar dichas cláusulas. Se debe tener en cuenta que no aparece ninguna resolución judicial que aborde este tema, lo que significa que, o bien no existen discrepancias sobre él mismo, o, quizás, es más acertado decir, que sencillamente es una materia que escasamente se plantea en las relaciones laborales.

En cuanto al concepto propiamente dicho, no existe una definición única del mismo. Es difícil fijar un concepto único, por lo que mayores problemas origina tratar de acomodar esta figura jurídica a las dos partes de la relación laboral. Ahora bien, como la función de la buena fe en el comportamiento del empresario se ha limitado a una materia muy concreta, la restricción de los poderes empresariales concretados en el poder de dirección, sí que es más fácil tratar de extraer alguna nota propia. Esta podría ser, de acuerdo con la orientación ofrecida por parte de la doctrina italiana, en cuanto a la aplicación en el principio de la razonabilidad⁷. Este concepto, que no coincide exactamente con el término de la buena fe, expresa una cierta conexión. El ejercicio razonable de un poder, concretamente el del empresario, ha de ser, necesariamente ajustado a las normas laborales, aunque algunos autores prefieren utilizar el concepto motivado⁸. Ahora bien, si se entiende el concepto de razonabilidad desde un punto de vista exclusivamente positivo, o sea, ajustado a las normas, se olvida todo el componente ético de las mismas.

Por tanto, según este criterio, el comportamiento del empresario no basta con que sea ajustado al Derecho positivo, sino que también ha de tener en cuenta el Derecho natural. Es aquí donde se produce la conexión entre la razonabilidad y la buena fe. Si se atribuye al uso razonable de los poderes del empresario esta doble vertiente, legal y ética, se puede estar claramente ante una definición, más o menos acertada, del concepto concreto.

Sin embargo, ante esta aparente solución, deben realizarse dos precisiones.

En primer lugar, este concepto proviene del Derecho anglosajón, en el que su uso se lleva a cabo respecto del término en positivo, o sea, ya que se exige un

⁷ FERRARO, G, *Autonomia e poteri nel Diritto del Lavoro*, Padua, (Cedam), 1992, pág. 187.

⁸ TULLINI, P, "Correttezza contractuale e obbligo di motivazione", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, número 2, 1988, pág. 956.

comportamiento *reasonable* a las partes de una relación jurídica. Por tanto, su traslación a las legislaciones latinas, presenta conflictos de aplicación⁹.

En segundo lugar, aun aceptando la utilización del concepto de la razonabilidad al ejercicio de los poderes empresariales, no queda claro cuál es su ámbito; de hecho, no aparece ninguna referencia que permita delimitar su significado, para poder asegurar qué conductas se ajustan al mismo y cuáles no. Por tanto, tendrán que ser los tribunales que, en cada momento y según las circunstancias concretas de cada caso, decidan si una determinada conducta es ajustada a Derecho, en el sentido amplio del término, o no.

En esta línea de tratar de especificar las posibles manifestaciones de este principio de la buena fe en la conducta del empresario, lenta pero inexorablemente este concepto se va abriendo paso al criterio de aplicabilidad en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Hablar de buena fe en el comportamiento del empresario supone siempre relacionarlo con el poder de dirección del mismo, y, particularmente, con la limitación del mismo¹⁰.

Se trata, por tanto, de la función limitadora de los derechos subjetivos del empresario, identificados con este poder de dirección. El control de las facultades empresariales es difícil de llevar a cabo por la misma idiosincrasia de la relación laboral. Por esta razón, se debe recurrir a la aplicación del principio de la buena fe ejecutiva en sede judicial¹¹. Son los tribunales quienes, aplicando los criterios que se consideren exigible a los empresarios en el desarrollo de su actuación, marcarán los límites por los que debe transitar aquella esta situación denominada “*el gobierno de la discrecionalidad del empresario*”¹².

Esta reducción de la posibilidad de actuación del empresario suele tener una correlación con la ampliación de los derechos subjetivos del trabajador. Por tanto, es importante, a la hora de analizar esta reducción de los actos empresariales conocer qué tipo de derechos del trabajador se ven compelidos cuando el empresario se extralimita en sus funciones. Así, si es necesario que este control se lleve a cabo cuando los derechos ejercitados por el trabajador se refieren a los ordinarios, aún es más imprescindible cuando se refiere a los derechos fundamentales¹³.

Esta interpretación la formuló el Tribunal Constitucional en dos sentencias.

⁹ O'CONNOR, J F, *Good Faith in English Law*, Aldershot, (Dartmouth), 1990, págs 99 y 100; WILLET, C, “Godd faith in consumer contracts: rule, policy and principle”, *Good Faith in Contract and Property Law*, Oxford, (Hart Publishing), 1999, págs. 199 ss y AA VV, *The Law of contracts*, Londres, (Butterworths), 1999, págs. 55 ss.

¹⁰ BIANCA, C M, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, Tomo I, 1983, pág. 214.

¹¹ KASEL, W y DERSCH, H, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, (Roque Depalma Editor), 1961, pág. 238.

¹² DI MAJO, A, “Incontro di studio Civil-Lavoristico”, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Turin, (G. Giappichelli Editore), 1992, págs 20 ss.

¹³ PERSIANI, M, “Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, número 2, 1995, pág. 136.

En la STC 134/1994, de 9 de mayo, entendió que el principio de buena fe no puede amparar la concreta orden del empresario ya que, además, éste no adujo otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos con los que justificar la interferencia en el ejercicio de la libertad sindical. Si el empresario consideraba que el paro en cuestión era ilícito podía hacer llegar esta opinión a los trabajadores por los más diversos medios a su alcance, pero es claro que no podía obligar a un trabajador o a un representante electivo de los mismos a transmitir su opinión contraria a la legalidad del paro.

En la STC 90/1999, de 26 de mayo, afirmó que la buena fe no puede ser entendida en términos unilaterales. Tan vinculado a ella debe ser la conducta del trabajador, o del representante de personal, en el cumplimiento de sus funciones, como la de la empresa en el de las suyas. De manera que, si exigible en términos de buena fe era una cierta reserva en la difusión de la información sobre seguridad, no menos lo era el riesgo en que supuestamente se había puesto la seguridad de los trabajadores encargados del transporte de fondos.

Ahora bien, cuando se trata de limitar los poderes empresariales, hay que tener en cuenta que el poder de dirección es un derecho básico del empresario. Por tanto, cualquier constricción no puede ser absoluta, porque en este caso, la figura del empresario no tendría sentido. Como titular de la organización empresarial y, en cuanto asume el riesgo de la misma, puede decidir, dentro del ámbito que le permiten las normas, cuáles son las estrategias económicas que van a desarrollarse en la empresa, y por tanto, qué tipo de instrucciones han de asumir los trabajadores que prestan sus servicios en la misma.

Por tanto, este límite en el poder de dirección del empresario ha de ser reducido, quizás exclusivamente a los derechos fundamentales. En esta línea, la buena fe se puede enmarcar dentro de estos límites con un concepto de eliminación de los posibles abusos, arbitrariedad o manifiesta iniquidad en la conducta del empresario¹⁴.

En esta materia se requiere un equilibrio entre los poderes de gestión del empresario con la limitación de los abusos. Es necesario introducir este criterio limitativo del poder de dirección de la actividad empresarial, que puede ser entendido como la imposibilidad de llevar a cabo actos que perjudiquen al trabajador. Ahora bien, los perjuicios que sufra como consecuencia del ejercicio de esas facultades, no constituirán violación de ese específico deber siempre que la decisión obedezca a un legítimo interés empresarial.

Por esta razón, a la hora de descubrir cuál es el fundamento de la buena fe como medida de limitación se ha aplicado el principio del *alterum non laedere*, de manera que se trata de evitar cualquier tipo de conducta que pueda originar daño en la persona del trabajador. Esta teoría presenta graves inconvenientes, sobre todo a la hora de su delimitación en relación con si puede incluir cualquier tipo de daño o sólo los más graves o si pueden regularse las conductas especialmente prohibidas para el trabajador.

En todo caso, el empresario está obligado a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses, por lo que el ejercicio de estas

¹⁴ FERRARO, G, *Autonomia e poteri nel Diritto del Lavoro*, Padua, (Cedam), 1992, pág. 171.

prerrogativas no puede ser una mera discrecionalidad o arbitrio, porque la producción de estos daños en el trabajador puede llegar a ser lesiva a su dignidad¹⁵.

En conclusión, estas cuestiones se refieren a la consideración de la buena fe como limitadora de los derechos subjetivos del empresario, y, por tanto, nada se dice respecto a las otras funciones. No habría ningún problema en asumir que en ausencia de algún elemento que no hubiera sido regulado ni en el contrato de trabajo, ni en el convenio colectivo, pudiera la buena fe asumir función de integración de las conductas. Esta no es la realidad, principalmente porque son pocos los elementos que quedan sin regulación concreta en el contrato de trabajo o en la negociación colectiva.

¹⁵ CASTELVETRI, L, “L’obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, número 4, 1995, pág. 455.

La buena fe como principio orientador y atemperador del poder de dirección del empresario

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

Quienes han dedicado su vida a la reflexión doctrinal merecen -como mínimo- que, aunque sea a título póstumo y como muestra de agradecimiento, se encuentren momentos para comentar de forma especial el valor de su magisterio. Y aunque sea de forma tan breve -como en este caso-, aprovechando el marco de esta concitada referencia colectiva al poder de dirección del empresario, permítaseme incorporar tres apuntes que conectan dicho tema con el principio de la buena fe. Son tres notas escasas, extraídas de una fenomenal obra de referencia del Profesor Montoya: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*¹. Dicha obra no sólo profundiza de manera sapiencial en la noción y el efecto de la buena fe en la parcela jurídico-laboral, sino que en sus ciento dos páginas, de forma asombrosa, integra un riquísimo entramado de consecuencias y matices interconectados, como efecto de este principio fundamental: páginas de una densidad tal que requieren una lectura pausada y pensativa. Por lo que esta alusión a una mínima parte del pensamiento que la obra ofrece va unida a la disculpa por el riesgo de empequeñecerla. No es lo pretendido, sino el intento de animar a la consulta continua de un estudio tan meritorio; sobre todo por si estas ideas reseñadas, propias ciertamente del Profesor Montoya, separadas del contexto de sus diferentes capítulos y apartados,

¹ MONTOKA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001. Sin ningún matiz se trata de la gran obra de referencia sobre la buena fe en el Derecho del Trabajo. Con carácter general, en cuanto al Derecho Civil, son también obras clásicas las siguientes: DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1965; WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, reimpr. 1986; Díez-PICAZO, L., «Prólogo» a la obra anteriormente indicada, pp. 9-23; FERRERIA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984; con posterioridad, también en el ámbito jurídico-laboral, ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J. y CORBELL, T., *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1996.

no consiguen destacar suficientemente -y reavivar, como se quiere, a modo de diálogo- la sensacional riqueza que ha aportado a nuestro Derecho del Trabajo la concepción de la buena fe del autor -en aplicación aquí al poder de dirección empresarial-, que no ha sido expresada por él en términos, ni mucho menos, abstractos.

El primer apunte, comenzando a conectar pinceladas de la obra *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, se refiere a tres escenarios² para los cuales es preciso recurrir al principio de la buena fe. En el primero de ellos (*summum ius*) tiene la buena fe un efecto de atemperamiento, ante una aplicación muy rigorista de la norma. Es justo el primer capítulo de la obra (titulado “Buena fe y Derecho justo”) el que comienza así: «La apelación del Derecho a la buena fe (...) tiene su razón de ser básica, histórica y actual, en el deseo de conjurar los peligros de una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico»³. Y a continuación afirma que a través del principio general de la buena fe se impone un modelo de conducta basada en la rectitud, lo que constituye un segundo escenario (paralelo y compatible siempre con el primero), de orientación ético-jurídica, de verdadero contenido de justicia⁴: un contenido obligacional, una obligación de colaborar lealmente en el cumplimiento del programa negocial al que las partes contractuales han dado su consentimiento. Es un deber recíproco de buena fe que, en el caso del cumplimiento del contrato de trabajo se traduce -aclara el Profesor Montoya- en la necesidad de salvaguardar también el interés de la otra parte, siempre que ello no signifique un sacrificio apreciable del interés propio, pero -esto sí- yendo «incluso más allá de la disciplina legal y negocial»⁵. Una matización complementaria para este segundo escenario es la siguiente constatación

² Estos tres “escenarios” no son denominados así, ni expresamente sistematizados -tampoco con otra denominación- por el Profesor Montoya, quien alude, en el párrafo inicial de su Capítulo I, a la necesidad de apelar a la buena fe para evitar una concepción excesivamente rigurosa de la aplicación de la norma. Se trata, pues, de una necesidad a la que busca, mediante el recurso a la buena fe, una solución más justa. En la medida en que posteriormente alude el autor a otras situaciones para las que se requiere el efecto de la buena fe, hemos introducido esta denominación de “escenarios” (situaciones), a fin de aclarar las finalidades diversas que Montoya Melgar atribuye al principio de buena fe, especialmente en referencia aquí al poder directivo empresarial; tratando de evitar -a pesar de su cercanía- la denominación de “funciones”. Otros autores se han referido más específicamente a las funciones de la buena fe. Así FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe*, op. cit., p. 163 (quien considera estas cuatro: función integradora (de lagunas), función limitadora (de conductas jurídicamente admisibles) y funciones interpretativa e informadora del ordenamiento jurídico). ESCUDERO, J., FRIGOLA, J. y CORBELLA, T. (*El principio de la buena fe...*, op. cit., pp. 35-37) contemplan hasta cinco, por desdoblarse en dos la función integradora. En Alemania, y en referencia al art. 242 del BGB, WIEACKER, F. (*El principio general de la buena fe*, op. cit., p. 50) considera que el principio de buena fe continuá respondiendo a la triple función a la que respondía en el Derecho Romano: *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*. Sobre la cuestión en Derecho Romano: SCHIAVONE, A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Turín, 2005; NEME VILLAREAL, M.L., *La buena fe en el Derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010; FACCO, J.H., «*Vir bonus*. Categoría hermenéutica del discurso moral, retórico y jurídico», *Revista de Derecho Privado*, núm. 45, 2023, pp. 47-76.

³ MONTOTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 13.

⁴ En tal sentido alude a la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre, que aprobó el Título Preliminar del Código Civil, en la cual se afirma que la buena fe «representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico» (*ib.* p. 14).

⁵ *Ib.*, p. 39.

por parte del autor: aunque tradicionalmente la ley, la jurisprudencia y la doctrina han puesto más atención a la buena fe debida por el trabajador (a pesar de que nunca se ha dudado de que se trata de una obligación recíproca), «en nuestros días [primer año del siglo XXI] se observa un movimiento pendular tendente a aligerar el deber de buena fe del trabajador y a realzar el del empresario»⁶. El tercer escenario es también de atemperamiento, pero en sentido distinto al del primero: en lugar de necesitarse flexibilidad frente a un cumplimiento rigorista de la norma, se requiere en este caso una protección frente al posible abuso de la otra parte contractual. Es significativo en este sentido lo establecido en el artículo 20.2 ET, referido al cumplimiento de la obligación de trabajar, pero en el contexto del poder de dirección del empresario, puesto que el artículo 20 se titula “Dirección y control de la actividad laboral”, y su apartado 2 especifica que «el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel». Pero se añade al final de ese apartado que «En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». Este tercer escenario incide plenamente en el ejercicio del poder de dirección empresarial (aunque también de alguna manera los otros dos), puesto que, frente a las posibles exigencias empresariales se recuerdan expresamente por parte de la ley las exigencias de la buena fe⁷.

La segunda nota que conviene reseñar atiende a la dificultad de concretar el deber de buena fe, con referencia más específica al poder de dirección. Ciertamente la buena fe, como deber general, que ha de inspirar la conducta entera de trabajadores y empresarios, cuenta con las llamadas cláusulas generales recogidas en la ley (como es el caso de los arts. 5.a) y 20.2 ET), que conllevan a su vez ciertos deberes implícitos, para cuya concreción asume un papel importante la discrecionalidad judicial, que contribuye a la identificación de pautas o estándares, que llegan a constituir criterios, no del todo uniformes, pero que generan seguridad jurídica; además ello existen reglas legales expresas y específicas consistentes en la obligación positiva de hacer, o en la negativa de abstenerse. El Profesor Montoya, rechazando el intento de elaborar una lista exhaustiva de dichos deberes específicos, sí ha llegado a ofrecer un elenco realmente muy completo de ellos, agrupando lo que ha llamado las “manifestaciones concretas más significativas” en tres capítulos de su obra: los contenidos de la buena fe como deber de no defraudar la confianza del otro contratante, como deber de colaboración y como modalización del ejercicio de los derechos (siendo este tercer grupo el que corresponde a la buena fe como condicionante del ejercicio del poder de dirección empresarial)⁸.

El tercer apunte es efectivamente el referido al ejercicio, conforme a la buena fe, de los poderes del empresario, subrayando al respecto el Profesor Montoya que, según la cláusula general establecida en el artículo 20.2 ET, las órdenes e instrucciones

⁶ *Ib.*, pp. 39 y 40.

⁷ «En tal sentido, el principio de la buena fe protege frente al ejercicio, doloso o culposo, del derecho de la otra parte, de acuerdo con una elaboración emparentada con la antigua concepción romana de la *exceptio doli*» (*ib.* p. 41; la cursiva es del texto original).

⁸ *Ib.* pp. 46-48.

del empresario tienen que ser adoptadas «en el ejercicio *regular* de sus facultades de dirección». Y he aquí un claro ejemplo de que, como se ha indicado en la primera idea anotada, la buena fe puede actuar tanto en un escenario de orientación como de atemperamiento de conductas; y también de cómo, de acuerdo con la segunda nota apuntada, pueden destilarse deberes concretos a base de interpretar las cláusulas generales de buena fe (en este caso gracias a aportaciones doctrinales magistrales⁹). Tratando de identificar deberes más concretos, ya sea para el escenario de orientación o para el de atemperamiento, en la obra comentada se conecta la buena fe con la obligación de ejercer el poder directivo de modo regular, en el que «entra el actuar de buena fe» de forma -diríamos- circular: «La infracción de la exigencia legal de regularidad lleva implícita la vulneración del deber de buena fe que impone al empresario la observancia de una conducta regular»¹⁰. Esa regularidad es, además, similar a la “normalidad” a la que alude el artículo 7.2 del Código Civil, según el cual la ley no ampara el abuso consistente en sobrepasar manifiestamente «los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero». Concretamente, el contenido deducible del principio de buena fe en el primero de los escenarios -es decir, a modo de orientación- consiste en que, además de respetar el ordenamiento jurídico, existe un *plus* añadido, que el Profesor Montoya expresa así: «En otro sentido más sutil el deber de buena fe obliga al empresario a adecuar su decisión, más allá de los que pudieran considerarse sus puros intereses egoístas, a los intereses objetivos de la empresa, a los que no son ajenos los intereses de los trabajadores»¹¹. Y al hilo de ello, añade el autor que el deber de buena fe se opone a que el empresario adopte decisiones arbitrarias, abusivas o fraudulentas que lesionen los derechos de los trabajadores, lo que nos sitúa en el otro escenario, en el que la buena fe está llamada a atemperar las conductas inadecuadas¹². En este sentido la buena fe se opone, tanto a comportamientos y decisiones que consistan en exigir de forma abusiva, como a la imposición de sanciones de manera no regular. Entre los primeros cabe decir que la buena fe excluye las conductas que no respeten la dignidad de los trabajadores, que supongan injerencias ilegítimas en su vida laboral, que dificulten el cumplimiento por parte del trabajador de su prestación o la recepción del salario, que decidan arbitrariamente sobre la modificación, suspensión o extinción de la relación laboral, además, de -señaladamente- sobrepasar los límites de la prestación laboral acordada, reconduciendo todo esto en definitiva el autor a la lealtad genérica al modelo constitucional de empresa y los intereses legítimos de ésta. Y acerca de las sanciones, existen importantes consecuencias del deber de buena fe, no sólo referidas a la lógica observancia de la causalidad frente a la arbitrariedad -muy especialmente respecto a despidos-, el respeto a la tipicidad y la proporcionalidad en el grado aplicable a las sanciones, sino incluso a la necesidad de comunicar a tiempo al trabajador su propósito de sancionar las infracciones, aun en un futuro inmediato,

⁹ A través de estas aportaciones y la aplicación judicial de la buena fe, «penetra la realidad en constante renovación» (DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, op. cit., p. 39).

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 79-80.

¹¹ *Ib*, p. 80.

¹² Aunque aquí hablamos de “escenarios” y no de “funciones”, es oportuno indicar que se ha insistido en que la función limitadora de la buena fe, respecto del ejercicio de los derechos, también se predica en relación al cumplimiento de los deberes (FERRERÍA RUBIO, D.M., *La buena fe*, op. cit., p. 163).

ya que la pasividad o tolerancia pueden producir un sentimiento de confianza en el infractor que impiden una posterior medida sancionatoria abrupta. En fin, estos dos grupos requerirían a su vez una relación detallada de deberes concretos. De hecho, el Profesor Montoya les dedica un número significativo de páginas con un tratamiento denso¹³. Esta reducida reseña, que no puede entrar en tanto detalle, quizá puedan servir como una pequeña muestra de una aportación doctrinal admirable sobre la buena fe -con especial reconocimiento y agradecimiento- a cuya lectura, calmada y reflexiva, queda hecha la remisión.

¹³ MONTOKA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 79 ss.

El poder de dirección en la literatura

INMACULADA BAVIERA PUIG

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra*

I. Introducción

El 26 de agosto de 2025 *The New York Times* publicó un ensayo del vicerrector de la Universidad de Nueva York, Clay Shirky, titulado «Los estudiantes los odian. Las universidades los necesitan. La única solución real a la crisis de las trampas de la IA» (*Students hate them. Universities need them. The only real solution to the A.I. cheating crisis*)¹. Ante el empleo generalizado de inteligencia artificial, que reduce el esfuerzo mental por parte de los alumnos, el artículo expone la necesidad de reintroducir ese esfuerzo de alguna manera. Por esta razón, promueve una enseñanza más interactiva entre el alumno y el profesor, así como el regreso del ensayo escrito en clase sin dispositivos, de modo que los alumnos demuestren lo que han interiorizado². Este nuevo marco requiere el impulso de la lectura y un profundo conocimiento del lenguaje, de lo que Don Alfredo Montoya Melgar dio cumplida muestra, «quizá heredado de su pariente y padrino de pila, al que asistió hasta sus últimos días, el admirado D. Rafael Lapesa Melgar», como señaló Don Manuel Alonso Olea en el acto de recepción del primero como académico de número³. Y es que, maestro y discípulo, pueden considerarse maestros «de muchos saberes»⁴.

¹ Cfr: <<https://www.nytimes.com/2025/08/26/opinion/culture/ai-chatgpt-college-cheating-medieval.html>>.

² *Ibidem*.

³ MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el derecho del trabajo*, Discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pág. 101.

⁴ MONTROYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 7, tomado de la dedicatoria del libro «A Manuel Alonso Olea maestro de muchos saberes».

II. El desarrollo del poder de dirección en la historia del derecho

La regulación jurídica del poder de dirección del empresario no se ha producido exclusivamente en los ordenamientos contemporáneos. Como señalaba el profesor Montoya Melgar en su tesis doctoral, ha existido al compás de las prestaciones de trabajo por cuenta ajena. Entonces ponía el acento sobre las alteraciones que había sufrido el título jurídico de atribución del poder. Así, en la antigüedad, el título que justificaba el poder empresarial era un título dominical, siendo el empresario un «dominus» que ejercía sobre el trabajador un derecho real de propiedad o de otro tipo, donde la intervención del señor en todos los aspectos de la vida del trabajador carecía de límites. Tan solo el artesanado supuso un germen de trabajo libre en un generalizado régimen de trabajo servil, y donde empezaron a surgir las primeras limitaciones a un poder empresarial absoluto. Este poder perdió «su carácter de dominación de hombres no libres», a consecuencia del desplazamiento del centro de gravedad de las relaciones laborales desde la persona trabajadora a la prestación objetiva de trabajo (*operae*), bajo el imperio del Derecho justiniano. A partir de entonces cobraron sentido las expresiones *locatio operis* y *locatio operarum*, en sustitución de la primitiva *locatio hominis*, y el empresario (*dominus*) pasó a ejercer tan solo un poder de dirección profesional. El tránsito desde un poder de dirección personal «no fue radical ni absoluto, y buena prueba de ello es que aún hoy se sigue discutiendo el pretendido derecho del empresario a inmiscuirse, a través de sus facultades de dirección, en la vida extra-laboral del trabajador». Ya entonces el profesor Montoya atisbó que el poder de dirección tendía progresivamente a tecnificarse, y así había llegado a los ordenamientos modernos⁵.

En la fase intervencionista pre-liberal del Derecho del Trabajo (si es que puede hablarse propiamente de un verdadero Derecho laboral), comenzaron a sustraerse facultades al previo y extensísimo poder directivo del empresario. En líneas generales, se prohibieron las órdenes relativas a la realización de trabajos inmorales o humillantes. Pese a todo, el poder directivo seguía siendo muy enérgico, al arbitrarse nuevos títulos de señorío, de vallasaje, y de deber de protección del señor para fundamentar la situación de los siervos de la gleba. En el ámbito del artesanado, las Ordenanzas gremiales fijaron taxativas y minuciosas condiciones laborales, que restringieron la amplitud del poder patronal⁶.

En el régimen liberal destaca, en España, el Decreto de 8 de junio de 1813, sobre el libre establecimiento y ejercicio de cualquier industria útil. Por medio de esta norma «todos los españoles y los extranjeros avecindados, o que se avecinden en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquiera clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas, o que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos»⁷. Asimismo, el Decreto recogía el ejercicio libre de cualquier industria u oficio

⁵ MONTAÑA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Colección “Estudios de trabajo y previsión”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 25-26.

⁶ MONTAÑA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., págs. 26-27.

⁷ MONTAÑA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., pág. 27; Decreto CCLXII de 8 de junio de 1813, art. 1.

útil, «sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte»⁸. La desaparición de las trabas gremiales sobre el volumen de las industrias, cuestión que anteriormente había sido tan vigilada, eliminó las restricciones sobre el número de oficiales y aprendices de cada patrono y, con ello, favoreció de manera incuestionable el movimiento de concentración capitalista. Al mismo tiempo, el taller dejó de estar bajo la vigilancia del gremio, saliendo del Derecho corporativo y entrando en el Derecho patrimonial, sin más restricciones que las medidas policiales (generalmente de carácter municipal y especial) e higiénicas. De este modo, el fundamento o título que justifica el poder de dirección deja de ser la superioridad técnica y profesional del maestro, junto con la organización jerárquica de los oficios, propia de la época gremial, y pasa a ser el derecho de propiedad del empresario, al margen de sus posibles conocimientos técnicos. Por tanto, si en el régimen liberal quien posee el capital ostenta el título «para dirigir el trabajo que se presta por su cuenta y a su riesgo; desde un punto de vista institucional, se produce una regresión a la figura romana del arrendamiento de servicios, que prevalece sobre los módulos corporativos del gremialismo»⁹. En esta época el poder de dirección se comenzó a canalizar por medio de figuras jurídicas bien definidas, cuya adhesión por parte del trabajador comporta la confirmación jurídica de una situación de hecho¹⁰.

La etapa intervencionista del Derecho del Trabajo se caracteriza por el mantenimiento de buena parte de los principios de inspiración capitalista que habían prevalecido en la fase anterior, donde el empresario ostenta un poder de dirección en tanto que es titular de una explotación. No obstante, la exigencia de dotar al poder empresarial de una base social, asentada sobre la necesidad de organizar el trabajo, y tendiéndose a hacer partícipes de su ejercicio a los trabajadores, se hace cada vez más fuerte. Como señalaba el profesor Montoya Melgar en su tesis doctoral: «Con todo, y a pesar de las limitaciones de que el poder de dirección es objeto, se sigue reconociendo en todo momento que el empresario es el sujeto ordenador nato de las prestaciones de trabajo; ni la ley, ni el convenio colectivo, ni los reglamentos de régimen interior, ni la misma actividad de los Sindicatos, han dejado de reconocer en el poder de dirección una de las prerrogativas más importantes del empresario, consustancial a su posición jurídica»¹¹. Si bien este poder de dirección es discrecional y favorece la libre iniciativa del empresario, no es un poder arbitrario, «en cuanto que posee límites externos de observancia obligatoria»¹². A continuación, trataremos algunas manifestaciones del ejercicio del poder empresarial y de sus abusos, desde un punto de vista de crítica social, en la literatura.

⁸ Decreto CCLXII de 8 de junio de 1813, art. 2.

⁹ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., págs. 27-28; BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955, pág. 307.

¹⁰ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., pág. 28.

¹¹ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., págs. 28-29.

¹² MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario...*, cit., págs. 29-30.

III. El ejercicio del poder de dirección a través de la literatura

Para afrontar una tarea tan amplia, nos centraremos en dos obras que muestran los amplios conocimientos del profesor Montoya Melgar en el ámbito de las Humanidades. Se trata del libro titulado *El trabajo en la literatura y el arte*, y de *El Panamá y otros cuentos*. En el primero trata de «los temas laborales al servicio de fines trascendentes», donde tanto el fin como el sentido de esas representaciones artísticas (y por supuesto literarias) del trabajo depende de las épocas y de los propios artistas¹³. Muestra de ello es el peculiar poder de dirección en «Los trabajos guerreros de Mio Cid», quien desterrado por el rey y desposeído de sus bienes, «se dirige al muy humano fin de sobrevivir, tanto él como los suyos» (no solo sus familiares, sino también sus fieles), ejerciendo el antiguo oficio de la guerra¹⁴. Sin bienes y sin la posibilidad de ser auxiliado por nadie, prohibido por el rey bajo tremendas penas, el Campeador ha de actuar con astucia para salir adelante. Conforme crece la compañía de sus seguidores les promete que «lo que perdedes, doblado vos lo cobrar». Así, inspirados por la ganancia, los desterrados se aprestan al trabajo guerrero y, en efecto, «gañó a Castejón e el oro e la plata»¹⁵. También con astucia conquistó Alcocer, corriendo parejos los rendimientos económicos del trabajo guerrero con la productividad de los combatientes. Una vez cercada Valencia y decidido a atacarla, el Cid lanzó una oferta pública de empleo, por medio de pregones por Aragón, Navarra y Castilla, cuyo contenido nos ha transmitido Per Abbat: «El que quiera dejar de ser pobre y hacerse rico que venga con Mio Cid si le gusta cabalgar, porque quiere poner sitio a Valencia para dársela a los cristianos». Los pregones fueron atendidos sin tardar, ya que nadie se vería defraudado en sus ganancias o perspectivas salariales cuando se tomara Valencia. Moraleja: «qui a buen señor sirve, siempre bive en deliçio». En efecto, el Cid repartió entre sus seguidores grandes riquezas, pero también exigió el cumplimiento de las buenas formas de lealtad caballeresca. Generoso y optimista hacia el futuro, hizo regalos al rey, iniciando el camino de la reconciliación. Con su trabajo ganó Valencia, culminando con éxito económico y magnanimidad su empresa guerrera, y solo muerto la perderá¹⁶. Al hilo de este breve comentario, cabe señalar que gran estudioso del *Cantar de mio Cid* fue Don Ramón Menéndez Pidal, que reunió en torno a su figura lo más granado de la lingüística española: Rafael Lapesa Melgar (pariente de nuestro homenajeado), Pedro Salinas, Dámaso Alonso, Tomás Navarro, Américo Castro, Antonio García Solalinde, Federico de Onís, Samuel Gil Gaya, Amado Alonso, Joan Coromines, y Salvador Fernández Ramírez, entre otros. Esta escuela se desarrolló en América, especialmente en Argentina, Puerto Rico, México y Estados Unidos¹⁷.

Una de las obras maestras de la literatura universal comentadas por el profesor Montoya Melgar es, lógicamente, el Quijote¹⁸. En concreto, hace referencia a la figura

¹³ MONTAYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., pág. 17.

¹⁴ MONTAYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., pág. 45.

¹⁵ MONTAYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., pág. 45.

¹⁶ MONTAYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 46-47.

¹⁷ Cfr.: <<https://www.rae.es/academico/ramon-menendez-pidal>>.

¹⁸ A esta obra también dedicó parte de otra monografía: MONTAYA MELGAR, A.: *Los trabajos de Don Quijote y Sancho y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Civitas, Navarra, 2020.

del mal patrono (Juan Haldudo)¹⁹. En el contexto de miseria y de grandeza de la época de los Austrias²⁰, don Quijote se erige como «desfacedor de agravios y sinrazones»²¹, a través del cual Cervantes desarrolla una profunda crítica social. En efecto, la primera de sus hazañas, todavía sin su escudero, fue precisamente actuar de juez en un conflicto laboral. La sociedad había pasado de feudos y reinos a tener la configuración de nación. Los jueces formaban un cuerpo organizado jerárquicamente, desdoblándose la función de juzgar y ejecutar. En este episodio, Don Quijote se empeña en actuar conforme a moldes caducos, interpretando y aplicando personalmente la justicia²². En otras palabras, se enfrentó al labrador Juan de Haldudo, vecino de Quintanar, que brutalmente flagelaba a su criado, un muchacho llamado Andrés, que estaba atado a una encina. El labrador se defendió con razones estrictamente laborales. La situación litigiosa se basaba en que el criado había incumplido su deber contractual de diligencia en el desempeño de su trabajo, habiéndole ocasionado daños a su patrono, por lo que la finalidad del castigo corporal era disciplinaria. Sin embargo, la interpretación del criado que el patrono da a don Quijote, era la imputación del descuido para no abonarle los salarios. De este modo, el labrador compensaba su deuda salarial con las pérdidas causadas por las negligencias del muchacho. Indignado por la acusación de mentiroso que hace el patrono al criado, Don Quijote dicta una fulminante sentencia, acompañada de improperio, pues llama al labrador «ruin villano»²³.

Al resolver la deuda salarial como núcleo del litigio, el caballero ignoró el principio procesal de la contradicción, así como la presunción del Fuero Viejo de Castilla, que se mantiene en el obsoleto artículo 1.584 del Código Civil (el amo será creído sobre el tanto y el pago de los salarios, salvo prueba en contrario). Acto seguido, preguntó al criado lo que le debía su amo («nueve meses, a siete reales cada mes»), cantidad que don Quijote incrementó aplicando una especie de principio *pro operario* («halló que montaban setenta y tres reales»). Frente a la ejecución instantánea de la sentencia, el labrador intentó descontar de la deuda ciertas retribuciones en especie, como los zapatos que le había proporcionado, lo que rechazó don Quijote en compensación por la agresión sufrida por el criado. Otra excusa, esta vez definitiva, que opuso el condenado, fue la falta de dineros para el pago inmediato, por lo que solicitó a don Quijote llevarse al criado a su casa y pagarle allí lo debido. Pese a las protestas del criado, que temía la venganza de su amo, el ingenuo Don Quijote confió en que el labrador cumpliría su sentencia, pero nada más abandonar la escena, el labrador se vengó del muchacho propinándole tantos azotes que «le dejó por muerto». Tiempo después, Andrés pudo reencontrarse con don Quijote, a quien manifestó su desprecio por su intervención como caballero. A través de esta historia, Cervantes realizó una

¹⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., pág. 30.

²⁰ MARTÍN-GRANIZO, L., "El trabajo y Don Quijote", *Revista de Política Social*, núm. 1, 1949, pág. 11.

²¹ DE CERVANTES SAAVEDRA, M.: *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Primera Parte, capítulo IV (De lo que le sucedió a nuestro caballero cuando salió de la venta).

²² LOZANO RUIZ, J., *Siluetas de Derecho Social en el Quijote*, Imprenta Peña, Madrid, 1958, pág. 53.

²³ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 61-62; MONTOYA MELGAR, A.: "Don Quijote, patrono y juez laboral. Apuntes de un profesor de Derecho del Trabajo en el IV Centenario del Quijote", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, BIB\2005\833.

severa «inectiva contra los libros de caballerías», tal como se había propuesto en el prólogo²⁴.

El trabajo en las utopías socialistas se describe en las obras de Aldous Huxley y Georges Orwell. El primero anticipa en *Brave new world* (1932), traducido como «Un mundo feliz», el trabajo predestinado (completado por un consumismo condicionado del individuo) en una sociedad mecánicamente placentera. Se trata de una época en la que se ha logrado prácticamente la «uniformización del producto humano», por medio del poder totalitario omnímodo del «Estado mundial», compartido por los «Diez Interventores Mundiales». La felicidad como meta desplaza como dañosa e inútil a la verdad, poseída esta (junto con la comprensión del arte, la literatura y la ciencia) por los máximos dignatarios. Huxley advirtió entonces que «a medida que la libertad política y económica disminuye, la libertad sexual tiende, en compensación a aumentar», lo que en colaboración con la influencia de los narcóticos y de los medios de comunicación (y entretenimiento), lleva a que «los súbditos se reconcilien con la servidumbre que es su destino». La sociedad, ante todo concebida como de trabajo («industriosa colmena»), en la que cada uno ocupa su puesto, está sujeta a «reglas indiscutibles, fuera de las cuales reina el más odioso crimen: la heterodoxia»²⁵.

La descripción del «infierno del trabajo regimentado en la sociedad del totalitarismo colectivista»²⁶ se desarrolla en *1984*, escrita por Georges Orwell. La obra muestra que la vida colectivizada es básicamente de trabajo, como importante factor de socialización, «que devora como un cáncer el ámbito de la vida privada». El Sistema crea un sinfín de comités, impulsados por entusiastas, que programan todo tipo de actividades, para el control del tiempo libre, de modo que «se les absorbe en una acción y personalidad unitarias». El eje de la deshumanización, también laboral, es la omnipresente telepantalla, que recuerda a las que aparecen en *Tiempos Modernos*, donde Charlot realizó una crítica a la moderna sociedad industrial, basada en la «organización científica» del trabajo. En esta obra cinematográfica, Charles Chaplin mostraba el exhaustivo control sobre cada trabajador por parte del director de la fábrica, que tenía el poder de captar la imagen de sus obreros siempre que lo deseaba²⁷. Esta uniformización y militarización de las masas trabajadoras, reflejada en la novela, conduce a la «completa uniformidad de opinión» que es impuesta por el poder, donde «la ortodoxia significa no pensar». También requiere la manipulación constante de los hechos reales, gracias al esfuerzo invertido por numerosos empleados en jornadas

²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 62, 64-65; MONTOYA MELGAR, A.: «Don Quijote, patrono y juez laboral...», cit. Pese a lo narrado en la historia, se había producido una mejora general del régimen jurídico del trabajo rural en la Edad Moderna española. Así, los siervos habían quedado liberados de su vinculación personal al señor en Castilla (1480); Fernando el Católico había suprimido, en la sentencia arbitral de Guadalupe (1486), el *ius maletractandi* del señor sobre el vasallo, y otros malos usos o abusos en Cataluña; en el caso de Aragón, Felipe V decretó la abolición del *ius maletractandi* en 1707, cuando derogó en bloque el Derecho público aragonés (MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 43ª ed., Madrid, 2022, págs. 63-64).

²⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 30, 133-135.

²⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., pág. 30.

²⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 127, 131.

interminables, en favor del Partido, bajo la presencia de una lejana autoridad, delegada del misterioso «Gran Hermano»²⁸.

Lejos de esta realidad de sociedades técnicamente organizadas y controladas, de modo exhaustivo, se encuentra el cálido relato del «Hombre que ora y labora», recogida por Don Alfredo en su libro *El Panamá y otros cuentos*²⁹. Se trata de la historia de una joven secretaria, que es requerida un sábado para copiar un informe al dictado de su jefe, a quien ha surgido un viaje urgente. Si bien el ocupado Don Julio no le ha dirigido la palabra en siete meses y medio, muestra ante todo su respeto a la joven, disculpándose «por haberle chafado el fin de semana». Ese día el trabajo discurre con facilidad, con intercambios de miradas, y llegada la hora de comer don Julio le invita a un restaurante, donde la conversación fluye muy agradable. El relato termina con ambos encerrados en un ascensor averiado, e invita al lector a un final abierto y a dilucidar si, a pesar de las enormes diferencias entre ambos, pudieran terminar juntos.

IV. Un apunte final

Ojalá estas breves pinceladas de la obra de Don Alfredo Montoya Melgar animen, como agradecido homenaje, a la lectura de sus interesantes observaciones en el ámbito de la literatura y el arte. El profesor Sempere Navarro ha continuado fielmente su legado en el ámbito de las Humanidades, impulsando numerosos proyectos, como *El Derecho del Trabajo en el cine* (Ediciones Laborum, 2015), *El Derecho del Trabajo en la Literatura* (Ediciones Laborum, 2017), *Una mirada laboralista a la pintura del Prado* (Editorial BOE, 2020), y *Una mirada laboralista a la fotografía* (Editorial BOE, 2025), entre otros. Queda pendiente la elaboración de breves historias con la cuestión laboral como telón de fondo, a modo de *El Panamá y otros cuentos*, pero lo dejo al buen juicio del director de la colección, y a la iniciativa y creatividad de los miembros del equipo.

²⁸ MONTROYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte...*, cit., págs. 131-132.

²⁹ MONTROYA MELGAR, A.: *El Panamá y otros cuentos*, Editora Regional de Murcia, Murcia, 1986, págs. 55-64.

La dignidad del trabajador como límite al poder empresarial: genealogía y desarrollo

CRISTINA MONEREO ATIENZA

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga*

I. Introducción: la fundamentación filosófica y constitucional de la dignidad

No deja de ser esencial recordar los orígenes y la evolución de la noción de dignidad, que entronca con la concepción cartesiana del ser humano como ser substancialmente de alma, intelecto o razón¹. El momento definitivo de esta visión fue el Renacimiento humanista, un periodo de progreso optimista en el que se exaltaron las excelencias humanas y el ser humano sintió el control sobre su destino y sobre la naturaleza².

El sentido humanista era superar la *miseria hominis* y el determinismo propios de la Edad Media, según el cual el ser humano está limitado por las flaquezas del cuerpo y su entendimiento es restringido y muchas veces mal utilizado para dañar a los demás. Se perseguía, entonces, enfatizar la *dignitas hominis* y la libertad de elección, entendiendo al individuo como un gran milagro de la obra de Dios y, por tanto, capaz de desarrollar libremente una vida feliz gracias a sus cualidades divinas.

En esta época se generó una concepción de la persona como ser separado del mundo que le rodea, capaz de construirse a sí misma, de elegir su lugar en el mundo

¹ La noción de dignidad existía ya en la cultura clásica, pero no de la manera y el alcance que se ha heredado de la Modernidad.

² PELÉ, A., *El discurso de la dignita hominis en el humanismo del Renacimiento*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2012, p. 20. También PECES BARBA MARTÍNEZ, G., “Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales”, en PECES BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales, t. I. Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 13-264, en concreto pags. 88 y ss.

y de conocer la verdad a través del conocimiento de ese mundo (ser humano *centro* del mundo y *centrado* en el mundo³). La racionalidad y la libertad conformaron desde entonces la dignidad humana y pasaron a ser rasgos antropológicos que ensalzan y diferencian al ser humano del resto de seres vivos⁴.

Uno de los pensadores más significativos y paradigmáticos de esta tradición fue Immanuel Kant, para el que la dignidad es el valor incondicionado que poseen las personas en tanto que fines en sí mismos y no como medios para otros fines⁵.

Esta concepción ética del ser humano fue posteriormente incorporada al Derecho y al constitucionalismo contemporáneo, donde la dignidad constituye actualmente un principio rector del orden jurídico y social.

No obstante, no se debe cometer el error de considerar la dignidad como un concepto estático o cerrado, y muchos de sus presupuestos han sido matizados y siguen siendo objeto de debate y evolución. Esta noción es una convención que va deconstruyéndose y reconstruyéndose continuamente en base a la historia, el contexto y las aportaciones de otros puntos de vista. Por poner algunos ejemplos: frente a la inteligencia racional aneja al concepto de dignidad, se debate en torno al papel cognitivo de las emociones en la toma de decisiones de los individuos; frente a la superioridad de la razón frente al cuerpo, se recupera la importancia del cuerpo y de la fragilidad o vulnerabilidad humanas; o también frente a la autosuficiencia moral se enfatiza la importancia del contexto y las oportunidades de elección para la satisfacción de unas necesidades y el desarrollo de unas capacidades mínimas, o también la intrínseca relación y conexión entre los seres humanos e incluso el vínculo sin jerarquías entre lo humano y lo no humano (otros seres vivos y la Naturaleza en su conjunto, o incluso otros “seres” sintética y tecnológicamente contruidos).

Teniendo en cuenta este carácter abierto y dialogante del concepto, en el caso español el artículo 10.1 de la Constitución Española se configura como cláusula general abierta y móvil de interpretación de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE) y como parámetro de validez de las actuaciones jurídicas, igualmente en el ámbito privado⁶. En consecuencia, el principio de dignidad humana se proyecta del mismo modo sobre el Derecho del Trabajo, imponiendo límites al poder directivo, disciplinario y organizativo del empleador.

II. Una breve genealogía del límite de la dignidad del trabajador al poder empresarial

Hoy es incuestionable afirmar que la relación laboral es, por definición, una relación de subordinación que requiere de una específica regulación jurídica protectora,

³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad humana de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pags. 12-13.

⁴ HELLER, A., *El hombre del Renacimiento*, trad. J. F. Yvars y A. Prometeo, Ediciones Península, Madrid, 1994 (2ª ed.), p. 435.

⁵ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. V. Bozal, Tecnos, Madrid, 2006, Ak. IV, 428.

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 122.

pero no siempre se pensó así. La lucha histórica por la dignidad y los derechos del trabajador ha durado más de dos siglos.

Basta con retrotraerse a la cuestión social del siglo XIX, que tuvo como uno de sus frentes principales la cuestión obrera planteada a raíz de las miserables condiciones de vida de los trabajadores y la lucha de clases e intereses⁷. En ese momento existía una clara discordancia entre la teoría liberal defensora de la dignidad humana (y con ella de la libertad como autonomía, la igualdad de todos y la solidaridad) y la práctica real en la que grandes grupos eran excluidos del ejercicio de los derechos. La razón estribaba en que el sistema político y jurídico liberal estuvo preponderantemente adaptado y supeditado al sistema económico capitalista, cuya base es la institución de la propiedad y la producción de mercancías, y cuyo fundamento cultural se encuentra en el hecho de que las relaciones de intercambio, las de compra y venta, invaden la mayor parte de la sociedad en un proceso expansivo de amplia mercantilización de todas las cosas⁸.

No es de extrañar que entre las múltiples manifestaciones de la cuestión social destacaran la dimensión económico-social y jurídico-política⁹. La primera estaba dirigida a regular la propiedad en un intento de armonizar la propiedad individual y social. Este asunto fue de urgente respuesta al concernir a la miseria y al hambre de la clase proletaria que, sin estar resueltas, impedían tratar del resto de las dimensiones¹⁰. La segunda dimensión tenía un doble frente en el que es significativo detenerse: la regulación contractual y la plasmación de derechos sociales. Ambos objetivos debían conseguirse con premura porque las reivindicaciones realizadas por la clase proletaria quedaban en el ámbito de la moral (en el círculo de una insuficiente beneficencia aplacadora de las conciencias burguesas¹¹) y no tenían ninguna eficacia si no se plasmaban en textos positivos¹².

⁷ BIEDERLACK, J., *La cuestión social. Principios fundamentales para su estudio y solución*, trad. de A. de Madariaga y PAG. de Obregón, Tip. El Castellano, Burgos, 1908, p. 2.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., "Estudio preliminar La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: el Derecho de la Economía", en RIPERT, GEORGES, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (ed. de J. L. Monereo), Comares, Granada, 2001, p. XIV.

⁹ Numerosos autores de la época destacan estas dos vertientes en sus trabajos. Por ejemplo BUYLLA, A., "Sociedades Económicas Contemporáneas. Sociedades cooperativas", *Ecos del Nalón-Revista de Asturias Científico literaria*, Oviedo (1878-79), pags. 149-152. Autores más actuales han realizado definiciones de la cuestión social como ésta: CRESPO CABORNERO, J. A., *Democratización y reforma social en Adolfo A. Buylla*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998, p. 135.

¹⁰ BLANCO RODRÍGUEZ, JUAN ANDRÉS, *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero*, Centro de Estudios Constitucionales, Salamanca, 1982, p. 76.

¹¹ Cuando el pauperismo obrero fue un hecho innegable, la clase burguesa intentó mejorar la situación a través de la Beneficencia ejercida por particulares o por Asociaciones laicas o religiosas. A través de ella, los burgueses pretendían en realidad solucionar sólo superficial y temporalmente un problema que tenía las raíces de fondo en la misma organización social liberal. Era, además, un procedimiento cómodo que contentaba a la clase proletaria y frenaba su levantamiento.

¹² Sobre el predominio de los aspectos económico y jurídico, AZCÁRATE, G. DE, *Resumen de un debate sobre El problema social*, Graas y C^a, Madrid, 1881, p. 2. Sobre la positivización de las reivindicaciones sociales, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales: el tránsito a la modernidad*, cit. Como se sabe, Peces-Barba enfatiza la necesaria positivización de las pretensiones morales para considerarlas auténticos derechos fundamentales.

Por un lado, se requería una regulación protectora específica de las relaciones contractuales, esto es, la equivalencia de los servicios que se intercambian en los casos concretos que determinaban las relaciones entre el capital y el trabajo, y entre la tierra y la renta. El trabajo se había entendido como una relación racional de tal manera que el contrato de trabajo era considerado un convenio *libre* entre iguales. El contrato de arrendamiento de servicios regulado por el Código civil y aplicado a este ámbito estableció que una parte, el trabajador, acordaba con otra parte, el empresario, la realización de un servicio a cambio de un salario. Jugaba entonces el principio de autonomía privada contractual, por el que se suponía que ambas partes acordaban libremente las condiciones para realizar ese servicio y la determinación del pago correspondiente. El objeto del contrato era la fuerza de trabajo del obrero y no ya el obrero como persona. La separación entre el trabajo y el trabajador fue posible porque la misma libertad del ser humano se entendía de forma económica como “propiedad activa de la propia persona y de las propias capacidades”¹³. Esta libertad como propiedad permitía por consiguiente disponer libremente (vender y comprar) las capacidades para el trabajo. El trabajo se mercantilizó cuando en realidad constituía el medio de vida de las clases obreras y su único sustento. La dependencia de la clase obrera respecto de su fuerza de trabajo lo colocaba en una posición *desventajada* en relación con el empresario que ejercía todo el poder. El trabajador se veía obligado a aceptar las condiciones laborales y el salario que fijaba el empresario¹⁴, quien estaba más preocupado por mantener y aumentar sus beneficios aun a costa de empeorar la situación de los obreros. De ahí que la situación en la que se aplicaba sin más la estructura del contrato libre a las relaciones laborales (lo que se ha llamado “Constitución liberal del trabajador”¹⁵) fuese una de las mayores causas del problema social en tanto problema obrero. En este asunto el sindicalismo fue el instrumento adecuado para contrapesar la debilidad de la clase obrera y buscar una solución con garantías jurídicas.

Por otra parte, se necesitaba plasmar jurídicamente en forma de “derechos” las reivindicaciones sociales obreras, cuestión en la que el Estado animado por instituciones ajenas al mismo, tuvo que presentarse como el principal encargado de su realización y ejecución práctica. La invención de los derechos sociales fue un proceso arduo que requirió de muchos esfuerzos por parte de todos los sectores político-sociales. La primera legislación social en España surgió de un choque de perspectivas entre aquellos que aspiraban a la mejora real de las condiciones de la clase trabajadora por razones de dignidad y justicia social, y aquellos otros que perseguían más bien el encauzamiento del conflicto social para el mantenimiento del *status quo* político-jurídico y socio-económico¹⁶. El resultado fue un conjunto de propuestas morales

¹³ MACPHERSON, CRAWFORD B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, págs. 127, 191 y 197.

¹⁴ LASKI, HAROLD J., *El liberalismo europeo*, trad. de V. Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1974, págs. 152 y ss.

¹⁵ MONERO PÉREZ, J.L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *Relaciones laborales*, núm.15/16, 2001, págs. 13-70, p. 21.

¹⁶ MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes obreras de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 30. Véase también ID., “El reformismo social en los orígenes del Derecho del trabajo”, *Revista del*

de dimensión social que solo posteriormente consiguieron plasmarse jurídicamente, aunque fuera defectuosamente.

El reformismo social y jurídico de estos inicios tuvieron resultados durante las sucesivas transformaciones del Estado de Derecho, especialmente tras la primera postguerra mundial. Se trataba de apaliar las deficiencias de los Estados liberales y acentuar en compensación el intervencionismo estatal en su dimensión más social, así como la Constitución como norma suprema real del sistema. Los Estados de Derecho consiguieron plasmar una “Constitución social del trabajador”, que permitió que el contrato de trabajo ya no fuera objeto de regulación por el Código civil y disfrutara de una regulación separada y reforzada que equilibrara, de un lado, los poderes empresarios y, de otro, los sindicales y del trabajador. Asimismo, los Estados constitucionales de Derecho fortalecieron la noción de derechos y la completaron con otros instrumentos sociales que permitieran una protección real y una reducción de la desigualdad en las sociedades. Era un momento en el que el reformismo socio-político y jurídico tenía un claro fundamento: la justicia social entendida como satisfacción de la dignidad humana de todos.

Sin embargo, la dotación de garantías suficientes para la eficacia de los derechos sociales se ha visto siempre dificultada porque las diferentes ideologías político-jurídicas nunca han podido ponerse de acuerdo en una concepción definitiva que los desmercantilizara¹⁷. Al final, muchos derechos sociales no quedaron protegidos frente a las fluctuaciones de la ley de la oferta y la demanda del mercado, y los factores externos (sociales, políticos, económicos) siguen afectando muy especialmente a este tipo de instrumentos, algo que choca frontalmente con su consideración de derechos constitucionales.

Esto no impide afirmar sólidamente que la sujeción del trabajador al empresario no es a día de hoy absoluta y encuentra significativos límites en el marco jurídico de Derecho del Trabajo, de manera general y definitiva, por el reconocimiento constitucional de la dignidad humana como valor y principio jurídico fundamental concretado en valores y derechos.

La reflexión sobre los límites establecidos por este principio de dignidad humana al poder empresarial vuelve a ser transcendental, ya que en las últimas décadas los elementos del reformismo de la Era del constitucionalismo social se han ido cuestionado de manera creciente, produciendo un retorno a escenarios y problemas pasados¹⁸. Un sistema capitalista globalizado y una filosofía neo-liberal sin límites se han ido imponiendo, lo que ha hecho que la cuestión social haya dejado de ser entendida sólo

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. extraor. del Centenario del Instituto de Reformas Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, pags. 81-108, p. 77.

¹⁷ MONEREO ATIENZA, C., “Herramientas para una teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2002, pags. 265-290. Más recientemente, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 24, 2010, pags. 45-64.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras del orden internacional”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 8/1, 2018, pags. 1-44, p. 3.

en términos de disfuncionalidad de la sociedad industrial y capitalista. Junto a esta variante ha hecho su impronta una nueva cuestión social¹⁹ centrada en situaciones de exclusión y desventaja social a nivel nacional y mundial, que han conducido al replanteamiento de los propios cimientos políticos-jurídicos del sistema.

En este contexto la protección real de los trabajadores y la ciudadanía en general corre riesgo. Los Estados han mudado hacia Estados de competencia económica que reflejan una adaptación de la forma estatal a la construcción de mercados mundializados y también a la mercantilización de la fuerza de trabajo y la privatización de empresas y servicios públicos, además de otros activos y bienes antes cerrados al mercado. En los Estados, los principios de rentabilidad y competitividad de las empresas llevan tiempo imponiéndose fuertemente sobre los objetivos de la reforma social del capitalismo organizado, y el reformismo social lleva atendiendo más a un criterio de desmercantilidad mínima con una función más de política de contención de la conflictividad emergente que de protección real y justicia social.

III. El poder del empresario y manifestaciones prácticas de la dignidad como límite a ese poder

El poder de dirección empresarial es una facultad inherente al empleador, reconocida expresamente en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. A través de este poder, el empresario puede organizar la actividad productiva, dar instrucciones y ejercer control sobre la prestación laboral. Con todo, tal poder no puede ejercerse de forma arbitraria y está limitado por la buena fe contractual, el principio de proporcionalidad y, sobre todo, por el principio de dignidad y los derechos fundamentales del trabajador²⁰ (como concreciones de los valores de libertad, igualdad y solidaridad y estos a su vez del concepto de dignidad humana).

El poder de dirección debe entenderse como un poder funcional y reglado, cuya legitimidad se construye desde y conforme a la Constitución y no desde una lógica autoritaria. El respeto a la dignidad del trabajador se erige, por tanto, en un criterio de validez de las órdenes empresariales y del conjunto de la relación laboral. Entre las variadas manifestaciones de la dignidad como límite al poder empresarial, se pueden citar algunos ejemplos.

Una manifestación significativa se encuentra en relación a la imposición del poder disciplinario del empresario y el respeto a la integridad moral del trabajador. El poder sancionador empresarial debe ejercerse conforme al principio de tipicidad y respetando la dignidad del trabajador. Así lo establecido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias al indicar que la imposición de sanciones disciplinarias debe realizarse evitando formas de trato humillantes o degradantes. La utilización

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de ‘desmercantilización’”, *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 19, 1995, págs. 7-46. Véase asimismo ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1995.

²⁰ PALOMEQUE, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

de mecanismos como la exposición pública de sanciones, el lenguaje vejatorio o la marginación en el trabajo pueden dar lugar a responsabilidad por daños morales²¹.

La dignidad protege igualmente la imagen personal y la autonomía moral del trabajador, ya que el empresario no puede imponer condiciones estéticas o de presentación que afecten la identidad personal o sexual del trabajador. Entre ellas, la obligación de vestir de forma sexualizada o estereotipada puede constituir una forma de vulneración de la dignidad. En el mismo sentido, el respeto a la autonomía moral implica que el trabajador no está obligado a asumir roles o formas de comportamiento que afecten a su libertad ideológica²².

La dignidad también es un criterio fundamental ante los desafíos planteados en la nueva era tecnológica. Por ejemplo, es un límite para establecer los medios tecnológicos de vigilancia y control al trabajador que supervisan el cumplimiento de las obligaciones laborales, puesto que esta vigilancia debe ajustarse siempre al principio de proporcionalidad y respetar los derechos fundamentales del trabajador, especialmente su intimidad y dignidad²³.

²¹ Ejemplo: STC 56/2019, de 10 de junio de 2019. El TC confirmó que colocar a un funcionario sin tareas, sin despacho y sin funciones durante más de 15 meses constituye un trato vejatorio y degradante vulnerador de su dignidad y libertad personal. En este caso, el TC detalla los elementos constitutivos de la lesión al derecho a la integridad moral (elementos de intención, menoscabo y vejación), subrayando que no basta la afectación física o psíquica, sino que debe haber finalidad de humillar o degradar, y explica que esas conductas, prolongadas y sin justificación, pueden clasificarse como trato degradante.

²² Ejemplo: STC 79/2023, de 3 de julio de 2023 (Recurso de amparo ECLI:ES:TC:2023:79). Un trabajador fue despedido tras participar en una manifestación política fuera del ambiente laboral. El TSJ de Madrid consideró el despido justificado por motivos contractuales, pero el trabajador recurrió en amparo alegando vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). El TC estimó el recurso y declaró el despido nulo, señalando que el trabajador conserva íntegro su derecho a la libertad ideológica en el ámbito laboral, salvo que la actividad de su puesto exija la adhesión a un ideario concreto (por ejemplo, centros docentes religiosos). Además, cuando la actividad laboral no forma parte de un proyecto ideológico específico, el ejercicio de creencias y manifestaciones personales no puede ser motivo válido de sanción disciplinaria o despido. Por último, el TC recuerda que no existe un deber omnicomprensivo de lealtad al interés empresarial que permita suprimir derechos fundamentales como la libertad ideológica.

²³ Ejemplo: la STC 29/2013, 11 de febrero de 2013, FJ 4. El Tribunal valida el poder de dirección del empresario (art. 20.3 ET) para adoptar medidas de vigilancia tecnológica, pero condiciona dicho poder a la aplicación del test de proporcionalidad y al respeto de los derechos fundamentales (dignidad, intimidad, protección de datos. En el FJ 4 afirma que estas medidas deben garantizar: la idoneidad: (la medida debe estar orientada a un objetivo legítimo -prevención de irregularidades-), la necesidad (no debe existir un medio menos lesivo para conseguir el mismo fin) y la proporcionalidad en sentido estricto (el beneficio empresarial no puede superar el coste en derechos del trabajador). El TC exige además el deber de información previa al trabajador sobre la instalación de estos medios, su finalidad y el uso que se hará de ellos. Su incumplimiento puede convertirse en vulneración del artículo 18.4 CE.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu v. Rumanía* (*Bărbulescu v. Rumanía*, nº 61496/08 - ECDH Gran Sala, 5 de septiembre de 2017), estableció que la vigilancia del correo electrónico laboral solo es legítima si se informa previamente al trabajador y se respeta su esfera privada. El demandante, un ingeniero comercial, utilizaba una cuenta de Yahoo Messenger habilitada por su empresa para fines laborales, pero se le supervisó tanto el flujo como el contenido de sus comunicaciones sin avisar claramente sobre el alcance del control. Por esta razón fue despedido. La Gran Sala concluyó que hubo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la intimidad y a la correspondencia), al no haberse respetado el principio de equilibrio y proporcionalidad entre derechos y control. Se enumeran seis criterios para validar el control empresarial:

Asimismo, la dignidad es un límite y una guía para la organización del tiempo y el derecho a la desconexión digital del trabajador. La organización empresarial del tiempo de trabajo debe respetar el derecho del trabajador a su vida privada y descanso. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital como una proyección del derecho a la dignidad y a la salud.

Además, la digitalización y la aparición de formas atípicas de trabajo plantean retos sustanciales al principio de dignidad. En muchas de estas relaciones, el poder de dirección empresarial se ejerce de forma algorítmica, sin rostro humano, y con opacidad en los criterios de evaluación y sanción. Este tipo de control automatizado puede producir efectos despersonalizadores. La lógica algorítmica reduce al trabajador a datos, erosionando su condición de sujeto de derechos²⁴. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, conocida como Ley *Rider*, representa un intento de reconducir estas relaciones hacia un marco que preserve la dignidad y los derechos del trabajador, exigiendo transparencia en los algoritmos y reconociendo la laboralidad de ciertas relaciones encubiertas.

En general puede decirse que, tanto la doctrina como una cada vez más asentada línea legislativa y jurisprudencial, favorecen una creciente constitucionalización del Derecho del Trabajo, entendiendo que los derechos fundamentales (y, un sentido general, la dignidad) no quedan al margen del contrato laboral.

IV. A modo de conclusión

La dignidad del trabajador no es un mero ideal ético, sino que es un principio jurídico vinculante que estructura el Derecho del Trabajo en clave constitucional.

La dignidad opera como límite material al poder del empleador tanto en su dimensión disciplinaria como también en su capacidad de organización y control.

Reforzar la dignidad del trabajador implica reconocer su valor como sujeto autónomo (relacional) y no como simple recurso productivo. En una época de transformación tecnológica y flexibilización laboral como la actual, este principio debe ser el punto de anclaje que garantice que los derechos fundamentales de la parte desventaja en la relación laboral no se vean erosionados por el poder económico.

notificación previa, grado de intrusión, justificación legítima, alternativas menos intrusivas, impacto sobre el trabajador y garantías procesales.

²⁴ KELLOGG, K.; VALENTINE, M. A.; CHRISTIN, A., "Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control", *Academy of Management Annals*, vol. 14, n. 1, 2020, pags. 366-410.

Algunas consideraciones sobre los protocolos en el ámbito del derecho del trabajo

DULCE M^a CAIRÓS BARRETO

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna. IUDE*

I. Los protocolos laborales anti-acoso

El Derecho del trabajo viene familiarizándose con la expresión “protocolo” desde hace ya varios años. Esta expresión se adoptó con ocasión del establecimiento de medidas empresariales para evitar las situaciones de desigualdad por razón de sexo en las relaciones de trabajo y ha ido colonizando poco a poco el Derecho del trabajo desde la tradición lingüística de la Administración Pública. Un protocolo en terminología no jurídica, a los efectos que aquí interesan, consiste en la “secuencia detallada de un proceso de actuación científica, técnica, médica, etc.”, de modo que cuando lo llevamos al terreno del Derecho nos referimos comúnmente a una manera de proceder, a unas reglas de procedimiento. Los protocolos no crean derechos, ni obligaciones, no constituyen normas jurídicas en sentido estricto, sino que parten de ellas, y desde ellas establecen unas vías lógicas, con vocación de simplificación para los operadores jurídicos, y en particular, para las empresas y, en su caso, los representantes de las personas trabajadoras, para hacer valer los derechos y obligaciones de los que traen causa. Por ello, los protocolos no son expresiones del poder disciplinario, ni la manera de poner en marcha o instruir los expedientes disciplinarios: su finalidad no es sancionadora de la persona acosadora, sino defensora de la situación de vulnerabilidad de la persona que sufre la situación de acoso, por tanto, de protección y defensa de la víctima, correspondiendo la actuación disciplinaria al ejercicio exclusivo de la potestad empresarial. De hecho, su finalidad legal desde la primera expresión relativa al acoso en el ámbito laboral fue la prevención, detección y actuación en caso de acoso, poniendo de relieve su mayor énfasis en el deber de protección del empresario ante situaciones

que constituyen riesgos psicosociales que este debe evaluar, eliminar o mitigar, en su caso.

El Derecho del trabajo contempla actualmente varios supuestos específicos en los que la norma impone como obligación empresarial el establecimiento de protocolos ante diversas situaciones de acoso, cuya materialización se lleva a cabo por medio de la negociación colectiva, dando lugar a unos instrumentos cuya naturaleza jurídica resulta cuando menos confusa o controvertida, porque pasa de la obligación legal de la empresa (decisión unilateral en el ejercicio de su poder de organización y dirección de acuerdo con el marco legal), a un instrumento negociado, que se convierte en un producto cualificado y especial de la autonomía colectiva y de la propia negociación colectiva, y entra, así de lleno, en el ámbito de las normas convencionales y en la eventual ampliación de su campo de actuación y de su eficacia. Presentan estos protocolos una especie de naturaleza híbrida, porque al mismo tiempo que constituyen una expresión de la negociación colectiva, son también una obligación de la empresa, impuesta legal y reglamentariamente, tanto en las normas que los crean como en las normas sobre prevención de riesgos laborales, y la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en el seno de la negociación colectiva podría generar una disfunción en el funcionamiento de su establecimiento, como ha sucedido con los planes de igualdad hasta que el Tribunal Supremo ha venido a cerrar la discusión (STS 545/2024, de 11 de abril, rec. núm. 123/2023).

La primera experiencia de protocolo negociado en el ámbito laboral tiene su origen en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo. En su versión inicial, su artículo 48.1 establecía la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de tal acoso. Para lograr esta finalidad, “se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”. La obligación respecto de las Administraciones Públicas se contenía en el art. 62, que presentaba una redacción más detallada y concreta: “Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios: a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres. c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario. d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia”. Al mismo tiempo, con base en la Ley 31/1995, de 8 de abril, de Prevención de Riesgos Laborales, se incluye dentro del deber de protección de las empresas y organizaciones la de prevenir los riesgos de todo tipo a los que puedan

estar expuestas las personas trabajadoras, incluyendo aquí los riesgos psicosociales, dentro de los cuales aparece con individualidad propia la prevención del acoso en el trabajo, tanto el sexual o por razón de sexo como el denominado acoso psicológico, moral o *mobbing*. A pesar de que la expresión protocolo y su contenido expreso sólo se había referido a las administraciones públicas, la negociación de protocolos para prevenir y actuar en caso de acoso se generalizó en todos los ámbitos, público y privado.

Actualmente dentro de la denominación acoso laboral se incluyen todos los supuestos de acoso en el trabajo, sea cual sea la causa de la que traen origen, ya sea acoso por razón de sexo, acoso sexual, acoso moral o psicológico, orientación sexual o ciberacoso, tratamiento unificado especialmente apropiado tras la redacción del art. 48.1 LOIMH producida por la Disposición Final 10.3 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que de modo más tajante expresa: “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital”.

El Anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajadores especificó que el procedimiento de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo forma parte de la negociación del plan de igualdad, señalando su contenido mínimo: declaración de principios, definición de acoso sexual y por razón de sexo e identificación de conductas que pudieran ser constitutivas de acoso; procedimiento de actuación frente al acoso para dar cauce a las quejas o denuncias que pudieran producirse, y medidas cautelares y/o correctivas aplicables, e identificación de las medidas reactivas frente al acoso y en su caso, el régimen disciplinario.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha completado y culminado, por el momento, el panorama de medidas de actuación para lograr la erradicación de la discriminación laboral por razones relacionadas con la identidad, la apariencia, la expresión de género y las características sexuales. La norma impone la obligación empresarial de contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, a negociar dentro del convenio colectivo o, en caso de imposibilidad, por inexistencia de sujeto legitimado, en una comisiones negociadoras específicas con respaldo sindical, cuya composición se asemeja pero no es igual a la comisión negociadora del plan de igualdad, que deberán incluir “un protocolo frente al acoso y la violencia donde se identifiquen prácticas preventivas y mecanismos de detección y de actuación frente a estos”, siendo posible entender cumplida esta obligación cuando “la empresa cuente con un protocolo general frente al acoso y violencia que prevea medidas para las personas LGTBI o bien lo amplíe específicamente para incluirlas” (art. 8). Esto significa, no la imposición de un nuevo supuesto de protocolo, sino que los protocolos anti-acoso en el ámbito laboral que ya se conocen, pueden ampliar su ámbito de actuación a situaciones de acoso y violencia por identidad, apariencia, expresión de género y características sexuales. Para ello habrá que salvar las dificultades derivadas de las diferencias más importantes entre

los protocolos contra el acoso sexual o por razón de sexo y estos nuevos protocolos contra el acoso y la violencia por razones de apariencia, identidad sexual o expresión de género, que están en las ya mencionadas comisiones negociadoras, muy parecidas, pero no idénticas, y en la necesidad de llegar a un acuerdo que se impone en estos últimos, mientras que los protocolos incluidos en los planes de igualdad pueden resultar impuestos por la empresa en casos excepcionales.

El art. 15 de esta ley especifica que “Las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. El contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente”. El reglamento vio la luz por medio del Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas, donde se contempla una regulación que recuerda a los planes de igualdad, especificando, en una clara voluntad de mejora de contenido, técnica y evitación de actuación unilateral de las empresas, que tales medidas deben ser negociadas y acordadas con la representación de las personas trabajadoras. En su anexo II se establecen las disposiciones sobre la estructura y contenido mínimo del protocolo ante situaciones de acoso por orientación e identidad sexual y expresión de género. Esta vez, su contenido mínimo se expresa con mucha mayor precisión y concreción, tanto en lo que se refiere a la declaración de principios, ámbito de aplicación, principios rectores, garantías del procedimiento y procedimiento de actuación, resolviendo así algunos de los problemas más importantes que la aplicación de los protocolos anti-acoso ha producido en su ejecución.

Si los protocolos constituyen mecanismos para lograr la prevención de situaciones de acoso, que establecen procedimientos de actuación cuando se ha denunciado una posible situación de acoso, con la finalidad de proteger y amparar a la víctima, hay que ser cauto en su redacción y en su alcance, porque una eventual extralimitación en cuanto a su objeto y finalidad no sólo puede entrar en colisión con el poder de dirección y poder disciplinario de la empresa, sino atentar contra derechos fundamentales de las personas implicadas, tanto la denunciante como la denunciada.

Los protocolos que definen qué se entiende por acoso con ánimo exhaustivo y sin fundamentación legal, los que establecen medidas de actuación contra las personas denunciadas en el marco de las diligencias de averiguación, sin tener en cuenta la necesidad de confidencialidad y respeto por su dignidad personal y profesional, los que no tienen conciencia de que no se está instruyendo un procedimiento disciplinario, porque no es su objeto, y que confunden las diligencias de investigación con las diligencias informativas previas al ejercicio del poder disciplinario, han provocado graves perjuicios cuando son aplicados, desde la difusión pública de las actuaciones por la vulneración del procedimiento en el establecimiento de eventuales medidas cautelares, a la prescripción de la falta a efectos disciplinarios y la propia nulidad de

las actuaciones por inadecuación del procedimiento, con el efecto perverso de ser considerados instrumentos ineficaces e ineficientes que ni siquiera salvaguardan y protegen a las víctimas de acoso en su situación de vulnerabilidad y, desde luego, no consiguen evitar la situación.

En ese sentido se considera que hay un salto cualitativo importante entre los protocolos anti-acoso de la primera generación, que no contaban con una guía legal que contribuyera a la realización de su finalidad y los más modernos, redactados tras el RD 901/2020. A su vez, los que se actualicen o redacten tras la Ley 4/2023 y el RD 1026/2024, cuyas especificaciones debería ser consideradas el modelo de protocolo en todos los casos de acoso, sexual y por razón de sexo, psicológico y razón de identidad, apariencia, expresión de género y características sexuales (es fácilmente deducible del art. 8.4 RD 1026/2024), constituyen una suerte de tercera generación o segunda generación mejorada, que parece haber logrado diferenciar entre la actuación en caso de acoso y el ejercicio del poder disciplinario. Aún así, la redacción de esta última norma reglamentaria presenta también algunas deficiencias, siquiera terminológicas.

Las diferencias entre las indicaciones sobre el procedimiento de actuación entre el RD 901/2020 y el RD 1026/2024 son de muy importante calado: en cuanto a la necesidad de negociar y acordar el protocolo, dado que al establecer ese deber de llegar a un acuerdo se pone fin a la necesidad de interpretar, siguiendo la doctrina del TS en materia de planes de igualdad, que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, su establecimiento se convierte en una facultad unilateral de la empresa. Además, en cuanto al procedimiento de actuación, la redacción que proporciona el RD 1026/2024 dispone que el protocolo determinará el procedimiento para la presentación de la denuncia o queja, así como el plazo máximo para su resolución, siendo posible que la denuncia se presente por la persona afectada o por otra persona autorizada por esta, mediante el procedimiento acordado para ello y ante la persona que se determine de la comisión encargada del proceso de investigación. Aquí ya determina dos cuestiones importantes, fija un plazo máximo de resolución, que debe estar en consonancia con los plazos de prescripción de las faltas laborales y especifica que debe haber una comisión responsable de investigar la denuncia, que, en este momento no tiene que ser un órgano instructor, sino una comisión que determine la procedencia de la denuncia, detecte una eventual falsedad y obtenga pruebas que lleven a la consideración de la existencia de indicios de situación de acoso.

La norma continúa señalando que, tras la recepción de la queja o denuncia, “constatada la situación de acoso, se adoptarán medidas cautelares o preventivas que aparten a la víctima de la persona acosadora mientras se desarrolla el procedimiento de actuación hasta su resolución”. En realidad, tras la denuncia y mientras se desarrolla la investigación, se deben adoptar medidas cautelares de protección de la persona que ha sufrido la situación de presunto acoso, en su caso, a la vista de las circunstancias y siempre respetando derechos de ambos sujetos, tanto el presunto autor como la víctima, pero sin que haya “constatación” del acoso, porque la finalidad de esta investigación es precisamente determinar los “indicios del acoso” y no éste en sí.

En el plazo máximo de los días hábiles acordados y desde que se convoca la comisión, esta debe emitir un informe vinculante en uno de los sentidos siguientes: constatar indicios de acoso objeto del protocolo y, si procede, proponer la apertura del expediente sancionador, o bien, no apreciar indicios de acoso objeto del protocolo. Tal informe deberá incluir, “como mínimo, la descripción de los hechos, la metodología empleada, la valoración del caso, los resultados de la investigación y las medidas cautelares o preventivas, en su caso.

Finalmente, en la fase de resolución, será la empresa, en ejercicio de sus facultades disciplinarias, la que tomarán las medidas de actuación necesarias teniendo en cuenta las evidencias, recomendaciones y propuestas de intervención del informe emitido por la comisión. De modo que si se considera probada la existencia de una situación de acoso se instará la incoación de un expediente sancionador por una situación probada de acoso, “se pedirá la adopción de medidas correctoras, y, si procede, se continuarán aplicando las medidas de protección a la víctima”. Si no hay evidencias de la existencia de una situación de acoso se procederá a archivar la denuncia. Las actuaciones en caso de una situación probada de acoso acaban, por tanto, cuando y donde empieza el procedimiento disciplinario.

II. Los canales de denuncia en el sistema interno de información

Una cuestión de interés que hay que tener en cuenta es la advertencia que hace la norma reglamentaria respecto de la presentación de la denuncia, donde parte de otra posible manera de hacerlo, derivada de la aplicación de las disposiciones previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en su respectivo ámbito personal y material.

Esta es una norma sancionadora y disuasoria, que tiene por finalidad principal otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna hechos delictivos o determinadas infracciones, concretamente, de las acciones u omisiones que puedan constituir las infracciones del Derecho de la Unión Europea incluidas en el anexo a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de su calificación en el derecho interno, y que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea e incidan en el mercado interior, así como las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, entendiendo comprendidas en todo caso aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Será en este segundo supuesto donde se produzca la confluencia de vías de denuncia entre los protocolos anti-acoso y los nuevos canales de denuncia que se puedan haber establecido en el seno de los sistemas internos para informar sobre las acciones u omisiones enumeradas anteriormente. Estos sistemas de información se establecerá previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras, no se exige negociación alguna, ni obligación de adoptar un acuerdo porque caen

dentro del ámbito de dirección de la empresa, configurándose como una obligación empresarial más, y pueden establecer varios canales para la comunicación de las denuncias, que deberá permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas: la información se podrá realizar bien por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz, también podrá presentarse mediante una reunión presencial dentro del plazo máximo de siete días.

Las situaciones de acoso constituyen no sólo supuestos de infracción administrativa muy grave, tanto en el ámbito laboral como en el funcionarial, sino que también, bajo determinadas circunstancias de especial gravedad, están tipificadas como delito en los arts. 172 ter, 173 y, especialmente, 184 del CP. De modo que a los procedimientos establecidos en los diversos supuestos de protocolos anti-acoso que las normas laborales consideran obligaciones de la empresa, cuya finalidad principal es preventiva y protectora de la víctima, habrá de añadirse también el nuevo canal de denuncias de conductas constitutivas de infracciones penales y administrativas graves y muy graves, que amplía el número de informantes y su protección, legitimando como tal a toda persona que haya obtenido la información sobre las infracciones en un contexto laboral o profesional, comprendiendo en todo caso a trabajadores por cuenta ajena y propia, empleados públicos, accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, con relación laboral o funcionarial no iniciada o ya extinguida, personas voluntarias, becarios y trabajadores en periodos de formación.

III. Otras llamadas a la “protocolarización”: el derecho a la desconexión y los protocolos medioambientales

De manera algo confusa y poco precisa la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia reguló en su artículo 18 el derecho a la desconexión digital, señalando que “La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”, lo que añadió un segundo párrafo donde ordenaba la intervención de la negociación colectiva: “Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

En materia de desconexión digital no se utiliza la expresión “protocolo”, sino la expresión “política interna”, que, en todo caso, deberá ser determinada o fijada,

previa audiencia a la representación legal de las personas trabajadoras. Las políticas internas caen, obviamente, dentro del poder de organización y dirección de la empresa y son absolutamente voluntarias en cuanto a su adopción, pero dado su contenido en cuestiones íntimamente relacionadas con el modo de prestación y con derechos de las personas trabajadoras, la norma toma la precaución de exigir una previa información a la representación legal, que también podría adoptar la forma de consulta, porque nada lo impide. En todo caso, será una información o consulta cuyo resultado no resultará vinculante para la empleadora, y que se encuadra amparada en los derechos generales de información y consulta del art. 64.5 LET (el comité de empresa “tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo” y a emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones sobre “la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos...”). Además, tratándose del derecho a la desconexión y su vinculación natural y directa con el derecho a la salud y seguridad laboral y con la obligación del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, se encuentra también amparado en los artículos 18.1, b) LPRL (las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos) y 33.1, b) LPRL (“El empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a”...La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa).

Las decisiones de políticas empresariales tienen un contenido más intenso y generan obligaciones concretas para las empresas, con declaraciones de intenciones y contenidos, aunque no esté claro su nivel de obligatoriedad y sanción en caso de incumplimiento. Tienen un papel más reputacional que laboral y se colocan en un plano más obligacional que normativo. El elemento importante en materia de desconexión digital es que forma parte de la obligación empresarial de protección de las personas trabajadoras y por ello eleva esta política interna de empresa su nivel de obligatoriedad y debe pasar a formar parte del plan de prevención de riesgos laborales y su incumplimiento se convierte en un incumplimiento de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El hecho de que el derecho a la desconexión digital pueda ser también objeto de negociación colectiva en cuanto a “las posibles circunstancias extraordinarias de modulación” del ejercicio de este derecho no indica más que una ampliación del contenido de la obligación empresarial, que estará principalmente amparada en el deber de protección de la ley de prevención de riesgos laborales, y cuya derivación a una política interna de la empresa no es más que una llamada a esta para que haga públicos sus criterios y directrices sobre este deber, salvando siempre su contenido esencial legalmente garantizado. Estas decisiones empresariales sobre sus políticas de desconexión van camino de convertirse en un nuevo contenido negocial, porque el derecho a la desconexión se consolida como una manifestación necesaria y general del derecho al descanso, no limitada al trabajo a distancia o prestado mediante herramientas digitales. El proyecto de ley sobre la reducción de la jornada de trabajo que finalmente no ha podido ver a luz pasaba a materia de negociación colectiva lo

que la actual regulación mantiene en la política de empresa: “mediante la negociación colectiva se definirán las modalidades del ejercicio, los medios y las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la desconexión, que deberán estar orientadas a potenciar el bienestar y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, así como las acciones de formación y de sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite, especialmente, el riesgo de fatiga informática”.

Un último tipo de protocolo de actuación ha sido recientemente incorporado a la norma laboral. Dispone el art. 85.1, párrafo tercero LET que “a través de la negociación colectiva se negociarán protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos”. Queda aquí tan claro como en los casos de acoso laboral que lo que la norma quiere es que la empresa establezca un procedimiento de acción predefinido orientado a la salvaguarda del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras cuando se produzcan catástrofes naturales y otros fenómenos meteorológicos adversos, no con una finalidad de crear nuevos derechos ni cargar a la empresa con nuevas obligaciones, sino de actuar más rápida, lógica y organizadamente, al tenerlo ya previsto, ante la producción de estos fenómenos y su previsible aumento como consecuencia de los efectos que el cambio climático está teniendo en nuestro país, en particular.

Los derechos de las personas trabajadoras en estos casos están suficientemente reconocidos y garantizados tanto en la LPRL como en la LET, especialmente en materia de alertas meteorológicas y nuevo permiso y causa de suspensión. Lo que se persigue es la rapidez de actuación para proteger de modo eficaz la vida y la seguridad personal.

La formación en el contrato de trabajo

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

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

Tuve la “fortuna, el azar o la providencia” de conocer al Profesor Montoya Melgar en junio de 1993 antes de cursar el primer año de doctorado, a través de una estancia Erasmus en la Universidad de Hannover. A partir de ahí, yo no intuía nada, pero supongo que D. Alfredo con esa mente preclara que le caracterizaba, me sugirió que debía asistir a todos los seminarios de derecho individual y de derecho del trabajo que ofrecieran en la Universidad, y que ya a la vuelta hablaríamos y decidiríamos mi tema de tesis.

En efecto, cuando regresé me indicó que la perspectiva de derecho comparado alemán debía acompañar mi trabajo, es más, que debía hacer una tesis sobre derecho comparado alemán. Así, me inicié en el estudio de “los derechos de los trabajadores en la transmisión de empresa: un estudio comparado del ordenamiento jurídico español y alemán”. Abrumada por tal empresa, nunca mejor dicho, y con la fortuna de estar avalada por el Prof. Montoya Melgar, solicité una beca de la Fundación La Caixa y del *Deutsche Akademischer Ausendienst (DAAD)* para realizar una estancia de investigación predoctoral durante dos años, que luego se prorrogaron, en la Universidad de Hannover. Desde entonces he tenido la inmensa fortuna de contar siempre con su Magisterio.

Eugenio d’Ors, en su obra *“Flos sophorum. Ejemplario de la vida de los grandes sabios”*, de 1914, dejó un legado que ahora viene a colación “¡Bienaventurado, quien ha conocido maestro! Porque ése sabrá pensar según cultura e inteligencia. Habrá gozado, entre otras cosas, del espectáculo, tan ejemplar y fecundador, que es el de la ciencia que se hace, en lugar de la ciencia hecha, que los libros nos suelen dar. Quien aprende ciencia en el libro, corre peligro de volverse escientista, es decir, dogmático de lo sabido; quien, al contrario, recibe lección de maestro sabrá más fácilmente conservarse humanista,

porque no se olvidará de la relación entre el producto científico y el hombre que arbitra y crea: y así él tendrá el culto del espíritu creador; no la esterilizante superstición del resultado”¹.

Y quienes hemos tenido la suerte de contar con un verdadero Maestro, sabemos valorar sus cualidades. Parafraseando las palabras de D. Alfredo, dirigidas al Prof. Gamillscheg, pero dirigidas ahora, con gran afecto y total admiración a él, un Maestro es el “mayor jefe de escuela, el más respetado, jurista atento al mundo de hoy y al que se vislumbra, y ello sin dejar de ser un jurista clásico, cuyo quehacer se mueve no como un vacuo ejercicio de “relojería jurídica” ajena a los valores, sino como un esfuerzo arquitectónico fundado en una convicción moral². A todo ello, añadido yo, el Profesor Montoya Melgar, más allá de su *auctoritas*, era ante todo un referente, un ejemplo, un modelo, un puerto al que arribar en los momentos complicados que sorpresivamente nos trae la vida. He tenido la “fortuna, el azar o la providencia” de tener un Maestro en mayúsculas, un “PATER ACADEMICUS”, que, ante todo, ha sido un hombre íntegro. Su huella y recuerdos permanecerán imborrable en mí, al igual que estoy segura, en el de todas las personas de nuestra Escuela, su Escuela.

I. Ideas previas

Uno de los «principios rectores de la política social y económica» consagrados en la Constitución y que han de inspirar a la legislación y a la actuación de los poderes públicos es el fomento de «una política que garantice la formación y readaptación profesionales» (art. 40.2 CE). «Promoción» y «Formación profesional» aparecen justamente unidas en la rúbrica del art. 23 ET: en efecto, el progreso del trabajador en su carrera va unido a su mejor preparación profesional que habrá de repercutir en la clasificación y posibles ascensos. Al empresario corresponde facilitar al trabajador la adquisición de esa formación profesional que, a su vez, propicie su progreso o promoción laborales. A tal efecto, el art. 4.2 b) y el 23 ET establecen diversas obligaciones empresariales³.

El trabajador tiene derecho al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, preferencia a elegir un turno de trabajo y a acceder al trabajo a distancia, si tal régimen es el instaurado por la empresa. También se le reconoce el derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia cursos de formación profesional [art. 23.1c) ET], así como el derecho a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo.

Asimismo, los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación

¹ Cita de DOMINGO SOLÉ, R, en: “Elogio del Maestro”, *ABC opinión*, 2025, en https://www-abc-es.cdn.ampproject.org/c/s/www.abc.es/opinion/rafael-domingo-osle-elogio-maestro-20250719165432-nt_amp.html.

² MONTOTOY MELGAR, A, *Tres Maestros Complutenses y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2025, pág. 77.

³ MONTOTOY MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, pág. 433.

profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un período de hasta cinco años.

La promoción y formación profesionales constituyen no sólo un derecho sino un deber de los trabajadores. Ello explica que su negativa a participar en «acciones de promoción, formación o reconversión profesional» sea sancionada como infracción administrativa grave (art. 17.3 LISOS)

II. La obligación empresarial de formación ex art. 23.3 ET

Como señalaba el Profesor Montoya Melgar en su discurso de celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort “el Derecho del Trabajo, como todo el Derecho, se transforma para dar respuesta a los cambios económicos, sociales, pero también para producirlos y orientarlos. Esa transformación no es una consecuencia mecánica y la única posible de dichos cambios, sino el resultado de complejas valoraciones políticas de éstos y de las consiguientes decisiones político jurídicas”⁴.

Precisamente, D. Alfredo, desde la libertad de cátedra y el rigor del estudioso del derecho del trabajo y de la seguridad social, siempre ha atendido las tendencias actuales del Derecho del Trabajo sin olvidar que “la protección de los trabajadores” es el objetivo principal y constante de la pervivencia de este sector del ordenamiento. Sin esta finalidad, indica el Maestro, “el Derecho del Trabajo perdería su razón de ser”, si bien también reconocía la transformación de la protección tanto en los sujetos protegidos cuanto en la inspiración y contenido de la protección”⁵.

Pues bien, el empresario tiene una serie de deberes respecto del trabajador, de contenido vario, y que, por tradición, se han venido englobando dentro de la rúbrica “deber de protección”. “Con independencia del envejecimiento de doctrinas y de palabras, algunas concretas obligaciones continúan gravitando sobre éste”⁶. Entre ellas, se mantiene, como señala MONTOKA MELGAR, el clásico deber de formación profesional.

La formación profesional constituye uno de los principales instrumentos de que disponen tanto empresarios como trabajadores para adaptarse y adecuarse a las demandas y exigencias del mercado de trabajo. La formación es un derecho intrínseco al trabajador en el marco de su contrato de trabajo, que genera obligaciones contractuales para el empresario, además de ser un mecanismo de empleabilidad y mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras.

En este contexto el contrato de trabajo sigue siendo el instrumento adecuado para proporcionar seguridad y protección jurídica a todos los trabajadores. En efecto, su configuración normativa evidencia un acentuado crecimiento de los derechos del trabajador y las obligaciones empresariales.

⁴ MONTOKA MELGAR, A.: “Tendencias actuales del Derecho del Trabajo”, CEU San Pablo, Ediciones, Facultad de Derecho, Madrid, 2014, pág. 17.

⁵ MONTOKA MELGAR, A.: “Tendencias actuales del Derecho del Trabajo”, cit., pág. 6.

⁶ MONTOKA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 41ª ed., Madrid, 2020, pág. 427-428.

En el marco de la relación sinalagmática del contrato de trabajo se desarrollan nuevos derechos (entre otros, la protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos de trabajo, el reconocimiento efectivo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras) y en particular, el derecho a la formación profesional del trabajador, entendiendo la formación como un elemento intrínseco del contrato de trabajo que ha de ser promocionado y facilitado por el empresario.

En efecto, como nos recuerda magistralmente MONTOYA MELGAR, el deber de formación del empresario, de corte y tenor tradicional, ha adaptado su enfoque hacia un nuevo derecho de formación, caracterizado por “el aprendizaje permanente del trabajador y el pleno desarrollo de sus capacidades”, ampliando su contenido hacia nuevas manifestaciones en el marco del contrato de trabajo.

En el marco de nuestro ordenamiento laboral el contrato de trabajo se presenta como el instrumento apropiado para facilitar y proporcionar el desarrollo de la formación como derecho legal de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral, de la que surgen derechos y obligaciones para ambas partes que se recogen y garantizan en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esta situación no es idéntica en el Derecho alemán⁷.



Las personas trabajadoras tienen derecho a la formación profesional en el trabajo para favorecer su aprendizaje permanente y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales [art. 4.2. b) ET].

⁷ El trabajador no tiene, como tal, un derecho a la formación en el contrato de trabajo. Sin embargo, dispone de los instrumentos que impulsan y posibilitan las iniciativas formativas. En efecto, en el Ordenamiento jurídico alemán los trabajadores disfrutan de un permiso individual de formación retribuido (*Bildungsurlaub*) que no se ha desarrollado a nivel federal. Lo que significa, como ya se ha adelantado, que el ejercicio de este permiso de formación se desarrolla y ejercita a través de las normas de los diferentes *Bundesländer*. El Estado se limita a establecer los principios y fundamentos sobre los que reposa el sistema de formación profesional alemán y el desarrollo de su ejercicio se recoge, hasta ahora, en las legislaciones de los distintos *Länder* para favorecer el efecto de la formación en el mercado de trabajo. Así, la Ley Federal de Formación Profesional (*Berufsbildungsgesetz*, BBiG,) dispone el marco regulador de los principios de formación, posibilitando “el mantenimiento y la ampliación de los conocimientos profesionales, la adaptación al desarrollo técnico y la promoción profesional” (§§ 53 y ss BBiG). Completan la regulación sobre formación continua la Ley Federal para la promoción de la Formación Profesional (*Berufsbildungsförderungsgesetz* BerBiFG) y La ley de Promoción para el Empleo (*Arbeitsförderungsgesetz*, AFG), así como también la Ley federal alemana para reforzar la formación profesional continua y la cobertura del seguro desempleo (*Gesetz zur Stärkung der beruflichen Weiterbildung und des Versicherungsschutzes in der Arbeitslosenversicherung*, AWStG). Recientemente, se ha publicado en el Boletín Oficial de la República Federal de Alemania la Ley nacional de potenciación de la formación continua (*Gesetz zur Stärkung der Aus- und Weiterbildungsförderung*), cuya finalidad consiste, ahora, en ampliar el alcance de las oportunidades de financiación en el ámbito de la formación continua, dada la repercusión que la transformación digital y climática están ocasionando en el mercado de trabajo alemán. Precisamente, la necesidad de integrar las tecnologías digitales e incorporar el empleo verde a las exigencias y cambios estructurales que plantea la economía han generado la preocupación del legislador alemán por establecer un marco general para que atienda a los constantes cambios e incertidumbres del mercado de trabajo. Su objetivo consiste en articular medidas que favorezcan la readaptación y recualificación de los trabajadores a las mencionadas transformaciones, facilitando las transiciones de ocupación y profesión.

Con esta finalidad, el art. 23. 3 ET reconoce la formación profesional como un derecho individual de los trabajadores a través de un permiso retribuido con fines formativos. En efecto, se “reconoce un derecho a un permiso”, “no una obligación a la empresa de ofrecer/impartir la formación”. Como ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de diciembre de 2019, “el empresario no tiene la obligación de asumir las cargas para el mantenimiento y actualización permanente de los conocimientos y capacidades profesionales de los trabajadores” (STS 719/ 2019, de 20 de noviembre). Ahora bien, ha de atender al derecho a la formación de los trabajadores dirigida a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo para evitar la extinción del contrato de trabajo por este motivo, así como también a la formación para el empleo vinculada a la actividad de la empresa. Fuera de éstos, el deber empresarial se limita a facilitar que los trabajadores obtengan la formación profesional a través de la concesión de los derechos instrumentales recogidos en los apartados primero y tercero del art. 23 ET.

El art. 23.3 ET establece que la obligación empresarial de formación se dispone a través de acciones formativas en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial, mediante la formación comprometida en la negociación colectiva e incluso también, a través del disfrute de los “permisos individuales de formación”.

De esta forma, el derecho a la formación del trabajador “se entenderá cumplido en todo caso”, cuando éste pueda realizar las acciones formativas en el plan propuesto por el empresario o comprometido por la negociación colectiva el Real Decreto-ley 32/2021 sigue apostando, pero de forma insuficiente, por la formación como elemento imprescindible para facilitar la cualificación profesional de los trabajadores en el marco del contrato de trabajo.

En este sentido, la norma incorpora relevantes novedades en el ámbito de los contratos formativos, en el mecanismo RED, pero no ha continuado con la importante transformación de la formación profesional que exige la actual situación del mercado de trabajo-, por ejemplo, ni atiende a la digitalización y ni a la transición ecológica-, donde existen un número considerable de vacantes disponibles por falta de cualificación de los trabajadores.

En este contexto es de enorme relevancia el papel que juega la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación integral de la formación profesional, que propone un nuevo sistema de formación y acompañamiento profesionales que “proporcione a las personas una formación profesionalizante adecuada, flexible y de calidad a lo largo de su vida”, y “provea a las empresas de los nuevos perfiles profesionales que son necesarios para cubrir la demanda de empleo cualificado derivado de la modernización del actual sistema productivo y de la globalización de la economía”⁸. Para ello, es fundamental combinar esta norma con el Real Decreto-ley 32/2021 para valorar y determinar la ordenación de la formación profesional que la ley proyecta para el futuro

⁸ MELLA MÉNDEZ, L: “Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma”, *Brief AEDTSS*, 32, 2022, pág.164.

más inmediato⁹, y cumplir, así, el objetivo de mejora de las perspectivas profesionales, la empleabilidad y la ocupabilidad de las personas trabajadoras [art. 4.2 b) y 23 ET].

En efecto, la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación integral de la formación profesional, integra ahora en único Sistema de Formación Profesional, los dos sistemas que convivían en la norma anterior. De un lado, la formación profesional del sistema educativo con sus correspondientes ciclos formativos y, de otro, la formación profesional, orientada a la eficaz creación de empleo¹⁰ a través de una formación flexible y de calidad (art. 3).

Junto a la satisfacción del derecho y correspondiente obligación de formación para el empleo contenido a través de un plan formativo a instancia empresarial, el art. 23.3 ET entiende también cumplido este “derecho-obligación” cuando la ejecución del mencionado plan de formación para el empleo esté comprometida por la negociación colectiva. A modo de ejemplo, los retos y oportunidades que presenta la formación, en general, y en competencias de digitalización y empleo verde, en particular, debería apremiar a los interlocutores sociales para que atiendan al mandato legal establecido en el art. 23.3 ET y en sus normas concordantes.

En efecto, la negociación colectiva ha sido mandatada para desempeñar un papel importante en el desarrollo y concreción del sistema de formación profesional para el empleo. En este contexto, el compromiso de los interlocutores sociales en el desarrollo de los planes formativos en la negociación colectiva se ciñe a una mera declaración de principios en materia de formación para el empleo o se remite al régimen legal vigente. Así, el XXI convenio colectivo de la industria química “manifiesta su voluntad de aprovechar y desarrollar al máximo la normativa legal vigente encada momento ajustando las previsiones de tal normativa a las singularidades del sector”. En este sentido, “entiende que todas las empresas tienen la responsabilidad de fomentar y facilitar la formación adecuada a sus personas trabajadoras con criterios de idoneidad y carácter universal”¹¹. Igualmente, la Ley Federal alemana de potenciación de la formación

⁹ En este sentido, parece que la LO 3/2022 está llamada a completar la reforma laboral en alguno de sus aspectos principales, como por ejemplo, en la articulación y diseño de los procesos formativos que faciliten la actualización e incluso la recualificación permanente de las personas destinatarias de esa formación en el contexto de un mundo en permanente cambio, en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P./ RODRÍGUEZ CARDO, I.: “El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el derecho del trabajo: una primera aproximación”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, núm. 63, págs.. 60-61.

¹⁰ La consecución de este objetivo se articula sobre los siguientes aspectos: a) una nueva oferta formativa que ha de identificar las competencias profesionales demandas en el mercado laboral, atendiendo a las necesidades del modelo productivo. Un parte de esta nueva oferta ha de dirigirse la adquisición de competencias digitales en consonancia con las iniciativas formativas que apruebe el Plan específico de competencias e inteligencia artificial en la formación profesional. Se crea el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional, que incluirá toda la oferta que se puedan cursar en nuestro país, b) Participación destacada de las empresas y de los agentes sociales en el diseño desarrollo, evaluación e innovación del sistema de formación profesional (formativo, acreditativo y orientador), C) Carácter dual de toda la formación profesional, lo que implica una fase de formación en la empresa u organismo equiparado, que garantiza el aprendizaje directo en una plantilla real y la incorporación en un verdadero proceso productivo.

¹¹ Art. 88, párrafos 2º (BOE 17-02-2025).

continua solicita a los interlocutores sociales que incorporen en los convenios colectivos las cláusulas de “garantía de formación continua” (*Ausbildungsgarantie*) para facilitar a los trabajadores la adquisición de competencias profesionales que les permitan mantenerse y/o reciclarse en los sectores afectados por los cambios estructurales que están transformando el mercado de trabajo.

Otra forma de satisfacción del derecho de formación de los trabajadores dirigida a su “desarrollo profesional y personal” es el «permiso individual de formación».

El permiso anual de formación se integra dentro del contenido legal del derecho individual de formación, que el art. 23. 3 ET reconoce a los trabajadores en el marco del contrato de trabajo. Se encuentra, íntimamente, ligado al sistema de formación profesional para el empleo, por lo que su regulación se completa con las disposiciones desarrolladas a tal efecto. Estas iniciativas están dirigidas a la adquisición, mejora y actualización permanente de las competencias y cualificaciones profesionales, favoreciendo la formación a lo largo de toda la vida de la población activa, y conjugando las necesidades de las personas, de las empresas, de los territorios y de los sectores productivos (art. 8.2 Ley 30/2015). Pero, aunque hace referencia a las necesidades de los sectores productivos la norma no relaciona el ejercicio del permiso individual de formación con las actividades de la empresa, como sí lo hace tanto en las propias acciones que programa la empresa en sus planes de formación como en el permiso anual de formación.

El trabajador tiene derecho a la formación efectiva en consonancia con su “función laboral”, es decir, con las tareas o cometidos de trabajo que determinan el contenido de su prestación laboral, objeto del contrato. En relación con esa “función laboral” se le encuadra profesionalmente dentro de un grupo profesional (art. 22 ET), que, por regla general, coincide con la cualificación que ostenta antes de celebrar el contrato.

El art. 23. 3 1º ET prevé un derecho de formación específico, que se inserta en la relación laboral, y se anuda, también, al derecho a la obtención de formación individual del trabajador a través de un permiso anual; derecho que opera, facultativamente, respecto de la satisfacción de la obligación del empresario en el marco del contrato de trabajo.

La configuración de la obligación principal de formación está en satisfacer el permiso retribuido, si bien el empresario cumple con aquélla si existe plan de formación desarrollado por su iniciativa o por negociación colectiva, e incluso también si autoriza el «permiso individual de formación». En todo caso, al trabajador le asiste un derecho de formación, en el marco del contrato de trabajo, que va a incrementar o mejorar sus competencias profesionales.

En conclusión, la construcción de un derecho de formación individual se ha de acompañar por las distintas fórmulas que se han propuesto con un nivel de exigencia contractual para el empresario, proporcionado y adecuado a la necesidades y características de las empresas, atendiendo, en especial, la realidad de las PYMES.

Dicho de otro modo, la formación del trabajador no ha de suponer un agravio para la actividad empresarial. Se ha de conseguir un compromiso entre los empleadores, los trabajadores y sus representantes en materia de formación en el que se aúnen esfuerzos por todos y cada uno de los sujetos implicados para favorecer una mayor y mejor empleabilidad y productividad, bajo el principio de la corresponsabilidad y la buena fe, que impregna el cumplimiento de las recíprocas prestaciones del contrato de trabajo.



3

DEBER DE OBEDIENCIA

El deber de obediencia y sus límites. Algunas cuestiones¹

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

*Catedrático Emérito de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona*

I. Previa: preceptos laborales fundamentales en esta materia

El art. 1.1. del Estatuto de los trabajadores², dispone con absoluta claridad que esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. O sea que el poder de dirección y organización corresponde al empleador o empresario. -Seguidamente el art. 5º del mismo TRET que, al tratar de los deberes laborales, refiere que los trabajadores tienen como deberes básicos por lo que aquí interesa: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten. c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas y. f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo. Asimismo, el art. 19 del mismo TRET agrega : 1º). Que el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y 2º) Que el trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo. De

¹ En 1978 llevé a cabo una investigación sobre “El deber de obediencia en el contrato de trabajo (Notas para un estudio)”, que se publicó en 1979 en la Revista de Derecho Privado (EDERSA), octubre 1979, pp. 859-919, y que se inspiró en la excelente monografía del Profesor ahora homenajeado Dr. A. MONTROYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1965, con Prólogo de su Maestro Dr., Manuel Alonso Olea. Estas seis páginas no llegan a ser ni la décima parte, puesta al día, de aquel esbozo inicial, que muy gustosamente dedico al Maestro MONTROYA MELGAR, de quien aprendimos tantos profesores universitarios.

² Aprobado mediante RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE del 24). En lo sucesivo TRLET.

otro lado, el art. 20 bis TRET reconoce claramente los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión,

Por razones mas que obvias, en este apartado inicial no puede dejar de citarse el trascendental art. 54. 2.b) del TRLET, referido al Despido disciplinario, por cuanto el contrato de trabajo podrá extinguirse por el mecanismo del despido disciplinario, en base a un incumplimiento grave y culpable del trabajador por indisciplina o desobediencia en el trabajo³

II. El objeto del contrato de trabajo como fuente del deber de obediencia

Del contrato de trabajo emanan una serie de obligaciones para cada una de las partes o sujetos contratantes que se hallan a muy distinto nivel. Dichas obligaciones constituyen el objeto del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas: el empleador paga un salario porque previamente ha recibido la prestación laboral de su trabajador. Ambas partes, pues, resultan obligadas y al mismo tiempo son titulares de los correspondientes derechos de crédito frente a la otra, constituyendo la obligación de uno el correlativo derecho de la otra⁴. Como precisara el Profesor A. MONTAÑA MELGAR⁵ “El derecho de crédito del empleador-desde el cual se activará o no el deber de obediencia del trabajador- comprende dos aspectos íntimamente unidos: a) el derecho a disponer del trabajo, que se corresponde con el deber del trabajador a ponerse a disposición del empleador, y b) el derecho a que tal puesta a disposición se lleve a término según los principios de la buena fé y diligencia característicos del derecho de obligaciones, o lo que es lo mismo, que el trabajo se desarrolle según el interés del empleador, pues en su favor se hace la atribución de la utilidad patrimonial del trabajo.

III. El contrato de trabajo como obligación de hacer personalísima

A lo dicho anteriormente hay que agregar que el comportamiento debido por el trabajador se desarrolla en el seno de una obligación de hacer (*ex* art.1.088 CC) encaminada a producir bienes o servicios, y diferenciada de las obligaciones de dar, correspondiendo a las partes (en este caso al empleador) describir sus características y fijar el programa o proyecto de la actividad comprometida, siendo la obligación del trabajador personalísima, aparte de ser fundamentalmente una obligación de actividad más que de resultado ya que en la mayoría de los casos el trabajador compromete únicamente su esfuerzo y cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. Pero no hay que olvidar que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, llamado a durar en el tiempo (dependerá en cada caso del tipo de contrato su correspondiente duración), normalmente muy resistente y acomodaticio a las cambiantes circunstancias, obligando por ello no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado inicialmente, sino como nos dice el art. 1258 del CC, a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, siendo, precisamente en lo no pactado inicialmente y sin exhaustividad, en donde en cada caso particular se suscite en

³ Vid. solamente a título de ejemplo, entre otros 200 CC de los años 2024 y 2025, el art. 42 del CC de Verdifresh, SLU, de 15 de octubre de 2024 (BOE 25-10-2024).

⁴ Vid. L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, (Ed. Tecnos), 1970, p. 543.

⁵ En su citada tesis doctoral: “El poder de dirección del empresario”, Madrid (IEP), 1965, p. 15.

profundidad la problemática propia del deber de obediencia, cambiante a lo largo de los tiempos y a causa de los cambios de las circunstancias de todo tipo que afectan al desarrollo y pervivencia del contrato de trabajo.

IV. La obediencia relativizada por el tipo de empresa y categoría profesional

Aparte de todo lo dicho, no puede dejar de considerarse el factor objetivo del marco de la prestación laboral, ya que el hecho de prestar el trabajo para un empleador con o sin empresa, pública o privada, de un sector u otro de la economía, en régimen cooperativo o no, condicionará necesariamente el propio desarrollo y exigencias de la obediencia. Aparte del hecho de entrar en coordinación con los demás trabajadores de la empresa, lo cual condiciona el propio funcionamiento de la empresa y de cada uno de sus agentes.

Al tratarse de una prestación de hacer se exige, además, que desde su aparente y parcial genericidad, se especifique y concrete ab initio, y después sucesivamente, su contenido, correspondiendo dicha función, por supuesto, al empleador, que no posee poderes omnímodos, sino que tiene, obviamente, una serie de limitaciones como iremos viendo. Como señalara MONTAYA MELGAR⁶, el empleador no crea en cada caso y momento *ex novo* las obligaciones de su trabajador, sino que solamente viene a concretar situaciones latentes, implícitas, más o menos desarrolladas en el contrato individual, en las normas legales y /o en el convenio colectivo de aplicación, ya que el poder de dirección no es un fin en si mismo, sino un medio, como lo es el deber de obediencia, y que ambos (poder y deber) hay que circunscribirlos al ámbito del objeto lícito del concreto contrato de trabajo estipulado.

V. El poder de dirección y organización del empresario⁷

El empleador, en cuanto que es el organizador de la empresa, sea pública o privada, pequeña, mediana o grande, dispone del poder de conformar la actividad útil de cada trabajador por el contratado para los fines de la empresa, asumiendo, pues, el poder de organizar y dirigir los elementos personales y materiales de que se compone la empresa para obtener el provecho esperable en el marco de la libertad de empresa en una economía de mercado, como recoge el art. 38 de nuestra Constitución. Solamente a título de ejemplo, extraído de más de 200 CC de los años 2024 y 20245, en el art. 9º.1 del VI CC marco del Grupo Endesa⁸ leemos, acerca de las Facultades de la empresa, lo siguiente:

“La organización y dirección del trabajo constituye una facultad privativa de las empresas, que la ejercerán con el alcance y limitaciones previstas en la legislación laboral vigente y en los convenios, acuerdos y pactos colectivos vigentes en cada momento y en un sentido acorde a las declaraciones y compromisos sobre responsabilidad social que resulten aplicables en las Empresas incluidas en el ámbito funcional del presente convenio”

⁶ Op.cit.p. 33.

⁷ Vid. art. 20 del TRLET.

⁸ De 6 de febrero de 2025 (BOE del 17). Vid. asimismo el art. 16 del II CC del Grupo Parcial Cepsa, de 16 de febrero de 2024(BOE 28-2-2024).

Pese a tener idéntica naturaleza las relaciones laborales desarrolladas en la amplia gama de las empresas existentes, resulta evidente que los efectos concretos de los contratos varían de unas realidades a otras, tanto en base al sector de la actividad de la empresa, cuanto por la propia categoría profesional y por las concretas características del tipo de empresa de que se trate, sea sociedad o no, sea pública o privada, incluso sea o no una cooperativa. Frente a las relaciones singulares sin apoyatura de organización empresarial, las desarrolladas en el seno de la empresa precisa, desde un punto de vista funcional, ser organizadas, lo que se lleva a cabo por el empleador, pues es nota peculiar y necesaria de la empresa el ser una entidad necesariamente organizada⁹

VI. La finalidad de la obediencia. La inserción en la empresa.¿Flexibilidad?

El deber de obediencia se nos aparece como el modo de canalizar, encauzar y desarrollar la obligación contraída de trabajar por cuenta y bajo dependencia ajena, resultante del hecho de entrar a formar parte del círculo rector, organizativo y disciplinario del empleador, en aras al cumplimiento no solo de lo expresamente pactado, sino también de cuanto de modo excepcional resulte justificado. Como muy gráficamente nos dijera el art. 64.párrafo 2º de la histórica y hace tiempo derogada LCT de 1944 (con antecedentes en el art. 77 de la LCT de 1931) “Normalmente, solo se prestará el trabajo corriente. No obstante, pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo (horas extraordinarias) u otro del acordado (cambio urgente y temporal de categoría profesional), a condición de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones legales.”¹⁰. Nos hallamos ante el *ius variandi* empresarial, pensado para su aplicación de modo excepcional, pasajero y compensable, pero en todo caso justificado *ex ante* o justificable *ex post*, sin que quepa ser utilizado de modo arbitrario ni caprichoso, imponiendo unos abusivos deberes de obediencia para satisfacer un bastardo interés de incremento de los poderes a efectos de aumento de la productividad en base a falsas razones o causas.

VII. Obediencia y subordinación laboral. Modulación de la obediencia

La obediencia se integra necesariamente como uno de los fundamentales elementos de la subordinación o dependencia y, en virtud de la concertación de este tipo de relación jurídico-obligacional, surge el derecho-legalmente reconocido- a favor del empleador, de dar órdenes al trabajador, así como el correspondiente poder disciplinario y sancionador por los incumplimientos de los mismo, con independencia del rango o categoría profesional de cada uno de los trabajadores.

Por el hecho de tratarse de un contrato de tracto sucesivo, llamado a durar en el tiempo-salvo excepciones-la obediencia se va modulando y modificando a lo largo del tiempo, tanto por la incidencia de la nueva normativa que viene a regular el contrato de trabajo (en sentido amplio), cuanto por posibles modificaciones contractuales o ampliaciones en el objeto del contrato o en sus circunstancias.

⁹ Vid. A. MONTROYA MELGA, *op. cit.*p.102.

¹⁰ Vid.. arts. 35.3.y 39.2 ambos del citado TRLET.

Los niveles de obediencia pueden modificarse, ampliándose o reduciéndose, o transformarse, por normas legales de alcance general o específico, por contratos novatorios, por cambios de categoría profesional, por modificación de normas específica, por resoluciones legales, etc.

VIII. ¿Qué es la obediencia? Deber instrumental. Compromiso contractual: Límites

La obediencia en su acepción más literal no es más que la acción resultante de cumplir o acatar la voluntad del que manda. En su acepción laboral se exige una referencia al contrato de trabajo que la fundamenta, al objeto y al sujeto al cual se debe dicha obediencia, y así cabría definirla como la conducta del trabajador a través de la cual se cumple o ejecuta la voluntad de su empleador o representantes para el cumplimiento de la prestación laboral comprometida en función de la categoría profesional contratada o desempeñada en caso y a cambio de un salario.

La obligación del trabajador se presenta en gran medida como una obligación inespecífica y, por ello, necesariamente especificable por su empleador, lo cual conecta con el poder de dirección empresarial, señalando MONTOYA MELGAR¹¹ “que el deber de obediencia resulta ser el aspecto pasivo más importante derivado del poder de dirección del empresario, y que la legalidad le reconoce para poder actualizar en cada caso, lugar y momento su derecho de crédito frente a los trabajadores”.

El trabajador no hace lo que quiere, como quiere, cuando quiere, con quien quiere, sino que hace lo que debe hacer en ejecución de su compromiso contractual, con ajuste a la legalidad y derechos fundamentales, pues todo tiene un límite, en absoluto comparable a la sumisión militar o religiosa, por poner sendos ejemplos. No estamos ante una sumisión absoluta, sino ante un compromiso delimitado o delimitable al ámbito lícito del objeto del contrato de trabajo. Deber de obediencia a las normas que regulan el tipo de trabajo en la empresa en que se trabaja y para la que se trabaja, y deber de obediencia a las órdenes legítimas del empleador o de sus representantes en ejecución del contrato. Como señalara MONTOYA MELGAR¹² “tales órdenes pueden clasificarse en positivas y negativas, generales y particulares, directas y delegadas, escritas y verbales, normales y excepcionales, previas a la realización del trabajo y simultáneas al mismo, necesarias y dispositivas, y lícitas o ilícitas”.

IX. ¿A quien se debe la obediencia? Empresas simples y complejas

El trabajador debe obediencia inmediatamente a su empleador y, en su caso, a sus jefes inmediatos, no a terceros, salvo mandato especial, claro y expreso en contra, suscitándose problemas sobre todo en empresas de tipo familiar en relación con el cónyuge e hijos que no prestan servicios continuados en la propia empresa. El trabajador debe tener seguridad acerca de la auténtica titularidad del poder de dirección. Hay que tomar en consideración la complejidad de ciertas empresas y sus sistemas de estructuración y delegación de poderes para que el trabajador sepa a qué atenerse, sobre todo ante determinadas órdenes especialmente dudosas o peligrosas. El trabajador tiene el derecho de saber a quien tienen que obedecer en el ámbito de la

¹¹ Op.cit.p. 19.

¹² Op.cit.p.s.149-152.

empresa, sea esta sencilla o compleja, por cuanto los efectos jurídicos del ejercicio del poder directivo repercuten sobre la esfera jurídica del trabajador.

X. Niveles de obediencia. Categorías profesionales y sectores de las empresas

Los niveles de obediencia y/o disciplina varían en función de las distintas categorías profesionales por las que pueda desarrollarse la vida del trabajador en la empresa, pero varía mucho más en función de la mayor o menor peligrosidad del sector en donde se trabaja, por ej., en el trabajo en el mar o en sector aéreo o en actividades mineras, o en la misma construcción, o en el transporte de todo tipo, o en trabajos de altura, etc. Y todo ello por cuanto en ciertos sectores puede peligrar más o menos intensamente la vida de los propios trabajadores y/o de terceros. Del mismo modo existen tipos contractuales que imponen un nivel superior de disciplina por otra serie de intereses: por ej. deportistas, contratos formativos, etc, o comportan atenuación del poder de dirección y del deber de obediencia al trabajar fuera del centro de trabajo (teletrabajo, representantes de comercio, por ej.).

El carácter personalísimo de la prestación, quiere decir no solamente que se celebra o formaliza un contrato con persona determinada, sino también en atención a las cualidades de esa concreta persona, a sus aptitudes, conocimiento, habilidades y preparación para un tipo también concreto de trabajo, o para un conjunto de trabajos, que se define como oficio, especialidad o profesión. De la categoría profesional dependerá en lo sucesivo, y en tanto esta no se altere, sus derechos básicos como salario, jornada, vacaciones, puesto de trabajo, etc. La categoría profesional se convierte así en la más importante limitación que tiene el empleador en el ejercicio de su poder de dirección, pues solo puede asignar, en principio y salvo casos excepcionales, trabajos correspondientes a su categoría, por cuanto la categoría profesional, una vez concretada, se conforma en un auténtico derecho subjetivo del trabajador que el empleador debe de respetar, salvo que se den los supuestos excepcionales que puedan justificar legalmente el ejercicio del *ius variandi* empresarial, siempre que se respeten determinados derecho del trabajador.

XI. Objeto del deber de obediencia. Tipología de órdenes. Sus límites. *Ius resistentiae*

Acerca del objeto de la obediencia cabe decir que las órdenes o mandatos sobre los cuales ha de versar el deber de obediencia se refieren al modo, tiempo, lugar y clase de trabajo, aparte de a las obligaciones accesorias o necesariamente conexas con la prestación de la actividad laboral, exigiéndose que se trate de órdenes legítimas, posibles, lícitas y concretas y que respeten los derechos del trabajador, de modo especial su categoría profesional, su dignidad, la estabilidad en el puesto de trabajo, la ocupación efectiva, etc. Las órdenes laborales, al igual que el propio objeto del contrato en el que se hallan inmersas, han de ser posibles, lícitas y determinadas de acuerdo con los arts. 1271, 1271 y 1273 del CC. En tal sentido y con alcance general el citado art. 1272 del CC nos dice claramente que no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles, o sea que no pueden exigirse prestaciones de imposible cumplimiento, planteándose la no obligatoriedad del cumplimiento de órdenes de ejecución difícil o arriesgada, salvo que se trate de trabajos precisamente consistentes en determinados niveles de riesgo o peligrosidad: por ej. bomberos. Lo anterior supone tanto como

decir que hay que estarse al tipo de trabajo contratado-siempre que esté dentro de los límites de la legalidad-, pues en tanto en cuanto no se haya contratado un tipo de prestación dificultosa o arriesgada, el trabajador no estará obligado a trabajar con grave riesgo¹³, estando legitimado para desobedecer las órdenes que se le den en tal sentido. Excepcionalmente cabrá exigir un trabajo con mayor riesgo o dificultades, siempre que los bienes en peligro sean de igual o superior valor que los bienes arriesgados¹⁴. Otra cuestión es que si se trata de órdenes de ejecución peligrosa habrá que tener en cuenta los derechos y deberes en materia de prevención de riesgos laborales y el cumplimiento o no por parte del empleador de facilitar al trabajador los necesarios medios de protección, pues de otro modo nos podríamos encontrar ante un legítimo *ius resistentiae*. Si el empleador incumple previamente su deber de seguridad e higiene para con su trabajador el trabajador quedará facultado para demorar su prestación, pues su realización puede poner en peligro su propia integridad física.

XII. Licitud laboral y penal de las órdenes

Sobre la licitud de las órdenes conviene advertir que el trabajador no está obligado a obedecer los mandatos que supongan desarrollar conductas ilícitas, inmorales o prohibidas, no incurriendo en estos casos con su conducta en la causa de despido por desobediencia, ya que este deber termina allí donde la orden abandona el marco de legalidad, o cuando atenta a la dignidad humana. Es claro que siempre que el acto laboral solicitado del trabajador comporte conductas criminales, éste podrá y deberá negarse a llevarlas a cabo por ilicitud del objeto, no siéndole de aplicación, en términos generales, la eximente de obediencia debida del Código Penal (MONTAÑA MELGAR¹⁵ CORDOBA RODA¹⁶).

Respecto a las órdenes conculcadoras de los derechos reconocidos a los trabajadores, hay que referirse a los mandatos que atacan directamente derechos concretos, órdenes incompatibles con la dignidad del trabajador o contra su libertad, órdenes que exceden en su contenido, órdenes atentatorias contra la capacidad técnica del trabajador, o contra su vida privada o ilegítimas, etc. En resumidas cuentas: las órdenes no pueden ser lesivas de derechos, ni vejatorias, ni intempestivas, ni destempladas, ni abusivas, pues hay que tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana.

¹³ Vid. L.RIVA SANSEVERINO, *Corso di diritto del lavoro*, Padova (CEDAM), 3ª ed. 1941, p. 285.

¹⁴ Vid. A.MONTAÑA MELGAR, *op. cit.* pags 246-247..

¹⁵ *Op.cit.*p. 248.

¹⁶ En la obra conjunta de J. CORDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO J.R. CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, Barcelona (Ed. Ariel), 1972, vo.I, pags. 198-199.

El deber del trabajador de cumplir las órdenes del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas y el *ius resistentiae*

DAVID MONTOYA MEDINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

I. Introducción

Como es sabido, uno de los atributos o manifestaciones del presupuesto de la subordinación que define el contrato de trabajo es la ostentación por el empresario de su poder de dirección y el correlativo deber de obediencia del trabajador expresado como su sujeción a la “*esfera organicista, rectora y disciplinaria*” del empresario¹. La dicción literal de los arts. 5 c), 20 y 54.2 b) ET evidencia la centralidad que el deber de obediencia ocupa en el contrato de trabajo. Obediencia que, asimismo, debe ser diligente. Existe un deber adicional de diligencia, inescindible del de obediencia, cuando la norma impone al trabajador “*la diligencia y colaboración que marquen... las órdenes e instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección*” (art. 20.2 ET).

Como no podía ser de otra forma, el incumplimiento de los aludidos deberes por parte del trabajador comporta su responsabilidad disciplinaria, merecedora, en su caso, de despido pues no en vano el art. 54 ET tipifica como causa de la máxima sanción disciplinaria “*la indisciplina o desobediencia*”. Ahora bien, no ha de olvidarse que el despido disciplinario exige que el incumplimiento revista los presupuestos de gravedad y culpabilidad. Dicho importante condicionante exige atender a la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones disciplinarias y distinguir la mera indisciplina de la desobediencia grave y culpable y, por tanto, trascendente a efectos de la máxima sanción.

¹ TS 23 de octubre de 1989 y 19 de diciembre de 1990.

Consecuencia obligada del aludido presupuesto de la subordinación jurídica del trabajador respecto del empresario en el marco del contrato de trabajo es la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales y la obligación del trabajador de cumplirlas sin perjuicio de su posterior impugnación (*solve et repete*)². La ejecutividad de las órdenes empresariales, sin perjuicio de su impugnación judicial, encuentra, incluso, reconocimiento normativo expreso en sede de modificación unilateral de las condiciones de trabajo. Así acontece, señaladamente, en caso de traslados y desplazamientos (arts. 40.1 y 40.6 ET) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.3 ET).

Con todo, la propia sustentación normativa del poder de dirección y del deber de obediencia ya sugieren ciertos límites, de forma que no pueden entenderse como una sujeción omnímoda del trabajador a las órdenes del empresario bajo pena de ser sancionado de no ejecutarlas. En efecto, por una parte, adviértase que el art. 20 ET obliga al trabajador a realizar el “*trabajo convenido*”, lo que sugiere que este no debe verse obligado a ejecutar las órdenes que trasciendan los márgenes de la prestación de trabajo pactada. Junto a ello, el mismo precepto atribuye el poder de dirección al “*empresario o persona en quien éste delegue*”, mención que permite cuestionar la legalidad de las órdenes impartidas por sujetos distintos al empresario o por quien no actúe por delegación del mismo, por más que aquel se sitúe en el entorno de la organización productiva. Por otra parte, el art. 5 c) ET condiciona el deber de obediencia al “*ejercicio regular*” por el empresario de sus facultades directivas, de tal forma que podría el trabajador oponer válidamente resistencia al cumplimiento en aquellos contextos en los que pueda concluirse la irregularidad de la orden impartida o de la vía empleada para su impartición.

En suma, tal y como advirtió tempranamente MONTROYA MELGAR, toda orden impartida fuera del alcance de las facultades y contenido del poder de dirección empresarial y que extralimite los parámetros de regularidad exigidos excepcionará el deber de obediencia del trabajador³. Las siguientes páginas se pretende dar cuenta sistemática de los distintos supuestos en que puede el trabajador oponer lícitamente su *ius resistentiae* a la luz de ciertos pronunciamientos de la jurisprudencia y de la doctrina judicial dictados en este ámbito.

II. El principio *solve et repete* y la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales

Desde un plano dogmático, el principal efecto que conlleva dicha regla de ejecutividad es que el trabajador debe acatar incluso aquellas órdenes que estime desacertadas o incorrectas⁴. Y ello, sin perjuicio de someter, *a posteriori*, su adecuación

² TS 11 de junio de 2008 (Rec. n.º 17/2007), Fund. Jco. 2.º, 26 de abril de 1985, 26 de febrero de 1985 y 02 de noviembre de 1985. Dicha regla, como es lógico, también ha tenido su eco en la doctrina judicial. Cfr., entre otras, las sentencias TSJ Castilla la Mancha 15 de julio de 2024 (Rec. n.º 913/2024), Fund. Jco. 3.º y TSJ Galicia 21 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 6174/2022), Fund. Jco. 2.º, y 9 de octubre de 2012 (Rec. n.º 2792/2012), Fund. Jco. 6.º.

³ MONTROYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos (Madrid), 1965, pág. 589.

⁴ TSJ Galicia 9 de octubre de 2012 (Rec. n.º 2792/2012), Fund. Jco. 6.º.

a la revisión jurisdiccional. Por ende, la posibilidad de oponer resistencia a su ejecución reviste carácter excepcional.

Sin embargo, como se va a ver aquí, son numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia ha venido autorizando la lícita resistencia del trabajador al cumplimiento de determinadas órdenes empresariales. Si bien el poder de dirección y la posibilidad para el empresario de impartir órdenes e instrucciones encuentra un fundamento directo en el derecho a la libertad de empresa del art 38 CE, su recta ejecución debe implicar, necesariamente y al tiempo, el respeto de otros derechos y valores constitucionales para cuya puesta en valor resulta obligado reconocer al trabajador la aludida facultad de desobediencia lícita. Son tan abundantes y diversos los contextos donde se ha reconocido dicha facultad que, a mi modo de ver, resulta difícil en nuestros días seguir afirmando que el *ius resistentiae* reviste un marcado carácter excepcional. En cualquier caso, sin perjuicio de sistematizar aquí cuáles son dichos contextos, resulta obligado estar al caso concreto prestando particular atención a cuáles son los concretos derechos o intereses de los trabajadores susceptibles de ser vulnerados de no reconocerse el derecho a la lícita desobediencia. Como es lógico, los distintos supuestos de *ius resistentiae* han sido contemplados por la jurisprudencia y la doctrina judicial a la luz de supuestos de despido disciplinario cuando se ha tenido que enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad del adoptado por el empresario con fundamento en la negativa del trabajador a cumplir determinadas órdenes empresariales.

III. El *ius resistentiae*: excepciones al deber de obediencia

El ordenamiento laboral contempla determinados supuestos en los que se autoriza expresamente al trabajador a negarse al cumplimiento de determinada orden empresarial. Así acontece, sin ir más lejos, en sede del contrato a tiempo parcial cuando se permite al trabajador negarse a convertir el contrato a tiempo completo en a tiempo parcial (o viceversa) a instancia del empresario, sin que dicha negativa pueda constituir una conducta laboral sancionable (art. 12.4 e) ET). Otro tanto ocurre ante la pretensión empresarial de realización de horas complementarias no ajustadas a Derecho (art. 12.5 f) ET) o a la realización de horas complementarias voluntarias (art. 12.5 g) ET).

Junto a dichas previsiones normativas expresas, la jurisprudencia y la doctrina judicial vienen reconociendo desde antiguo un amplio elenco de supuestos en los que se reconoce el trabajador una facultad de resistencia a la orden empresarial en atención a otros derechos y bienes jurídicos protegidos⁵.

1. Órdenes contrarias a derechos fundamentales

Como es lógico, el trabajador podrá oponer lícita resistencia al cumplimiento de órdenes o consignas empresariales que entrañen la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública. Y ello, ya se trate de un derecho típicamente laboral como podría ser la libertad sindical o la huelga o de un derecho fundamental inespecífico que tenga trascendencia en el ámbito laboral.

⁵ Un reciente recorrido sobre dichos supuestos en ARANDA MARTÍNEZ, M^a. C. *Dirección y control de la actividad productiva*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2025, págs.. 339 a 344.

En este sentido uno de los derechos fundamentales más expuestos a su trasgresión por órdenes empresariales es el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) dada la condición del empleador de deudor de seguridad sujeto por un deber de protección eficaz frente a los riesgos laborales (art. 14 LPRL). Con todo, debe advertirse que no toda decisión empresarial que pueda resultar cuestionable desde el punto de vista de la seguridad laboral entraña una vulneración del citado derecho fundamental. De hecho, la doctrina constitucional ya ha tenido la oportunidad de señalar que no toda actuación empresarial que repercuta o incida en el trabajador constituye una lesión del artículo 15 CE sino solamente aquellas que generen un “*riesgo grave y cierto*” para la salud del mismo⁶.

En plena coherencia con esa línea interpretativa de la doctrina constitucional, como es sabido, el art. 21.2 LPRL reconoce al trabajador el “*derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*”. Como es lógico, dicho derecho no puede ser oponible en abstracto sin ponderación alguna de circunstancias tales como el puesto ocupado por el trabajador, su experiencia, y su cualificación y formación profesional y en materia de prevención de riesgos. En atención y en función de dichas circunstancias, el trabajador puede oponer su derecho de resistencia al cumplimiento de aquellas órdenes que, su juicio, representen un riesgo para la seguridad y salud⁷. Y ello tanto en los casos en que el trabajador sea el directamente afectado por el riesgo aludido⁸ como cuando, en atención a sus responsabilidades en materia de prevención de riesgos, su desobediencia se justifique en la necesidad de preservar la seguridad del resto de trabajadores del centro de trabajo⁹.

También se ha podido apreciar una clara vulneración del derecho a la integridad física cuando se ha exigido al trabajador en baja médica abandonar el tratamiento y reincorporarse al trabajo como condición para el mantenimiento de su empleo¹⁰. Si bien, se mira, en estos supuestos, además de lesionarse el derecho fundamental a la integridad física, podría deducirse, asimismo, la lesión del derecho a la no discriminación por razones de salud en los términos prohibidos por el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio. A mi juicio, aunque en el supuesto contemplado en la sentencia aquí citada el trabajador fue despedido ante su negativa a reincorporarse al trabajo, podría sostenerse idéntica vulneración aun cuando la orden empresarial no hubiese sido acompañada de una amenaza explícita de despido.

Por su parte, el derecho a la no discriminación se verá claramente comprometido en aquellos supuestos en los que la consigna empresarial dada al trabajador entraña una discriminación de sí mismo o de terceros por cualquiera de los motivos prohibidos por

⁶ TC 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio y 118/2019, de 16 de octubre.

⁷ Sobre el alcance de dicho derecho en estos contextos, cfr. BASTERRA HERNÁNDEZ, M. “Prevención de riesgos laborales y poder de dirección del empresario: el *ius resistentiae* del trabajador ante un riesgo grave e inminente para su vida o su salud”. *Trabajo y derecho* n° 111, 2024, págs.

⁸ TSJ Castilla León 3 de octubre de 2007 (Rec. n° 1586/2007), Murcia 21 de julio de 2003 (Rec. n° 894/2003) y TSJ Cataluña 30 de octubre de 2003 (Rec. n° 3470/2003).

⁹ TSJ Castilla León 25 de febrero de 2015 (Rec. n° 3/2015).

¹⁰ TS 31 de enero de 2011 (Rec. n° 1532/2020).

la ley. Dicha orden empresarial en si misma se considera discriminatoria y, por tanto, nula y sin efecto (art. 28.2 Ley 62/2003, de 30 diciembre, art. 17.1 ET y arts. 4.1, 6.5, 8 y 26 de la Ley 15/2022, de 12 de julio). Particular interés revisten los supuestos de orden de discriminar sobre los que incide la citada Ley 15/2022. Como se ha afirmado, “*la orden de discriminar ilegítima y/o irregular, se encuentra íntimamente ligada al ámbito de la aplicación del ius resistentiae (por acción u omisión) de forma simultánea en cada uno de sus presupuestos*”¹¹.

También el derecho a la no discriminación podrá permitir en algunos casos oponer un *ius resistentiae* cuando las órdenes empresariales exijan la utilización de una determinada ropa o uniformidad. Dicha problemática se ha planteado cuando la discriminación invocada concernía al sexo, en tanto se ha impuesto a las trabajadoras un determinado atuendo sin existir una limitación análoga para los trabajadores varones. Son conocidos, en este sentido, los conflictos colectivos planteados en el ámbito del transporte ferroviario¹² y de los servicios de ATS y auxiliares de enfermería en hospitales¹³.

Por su parte, la política empresarial respecto de la vestimenta o atuendo a utilizar por los trabajadores también puede plantear la posibilidad para trabajador de oponer resistencia a llevar determinada indumentaria con fundamento en su derecho fundamental a la propia imagen (art. 18 CE). Algún clásico pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional dio cuenta de esta realidad, cuando se entendió que obligar al trabajador a realizar un spot televisivo con determinado atuendo con objeto de promocionar los productos y servicios ofrecidos por la empresa excedía con creces el poder de dirección empresarial¹⁴. En la misma línea, se ha cuestionado la conformidad a Derecho de la política de vestimenta exigida por la empresa a trabajadores que venían utilizando un determinado uniforme para su actividad laboral¹⁵. También de la exigencia a una trabajadora de usar maquillaje cuando dicho condicionante a su derecho a la propia imagen ni estaba justificado ni había sido previsto en la normativa interna de la empresa¹⁶.

Otro importante género de derechos fundamentales, esta vez de naturaleza claramente laboral, que pueden verse comprometidos por determinadas órdenes empresariales viene representada por los derechos de libertad sindical y de huelga. En este sentido, resulta perfectamente imaginable que el trabajador pueda oponer válidamente su resistencia al cumplimiento de órdenes empresariales que supongan restricción de dichos derechos tanto en su vertiente individual como colectiva. Algún pronunciamiento en suplicación ha dado claramente cuenta de ello cuando el empresario

¹¹ ARANDA MARTÍNEZ, M. C. “La orden de discriminar en el tiempo de trabajo y tiempo de descanso”. *Comunicación al XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia, 2025, pág. 2.

¹² STC 84/2006, de 27 de marzo, cuyo origen está en las sentencias AN 30 de septiembre de 1999 (Rec. nº 111/1999) y TS 23 de enero de 2001 (Rec. nº 1851/2000).

¹³ TS 19 de abril de 2011 (Rec. nº 16/2009).

¹⁴ TC 99/1994, de 11 de abril.

¹⁵ TSJ Madrid 19 de junio de 2017 (Rec. nº 644/2016).

¹⁶ TSJ Madrid 3 de junio de 2015 (Rec. nº 663/2014).

ha pretendido que el representante de los trabajadores cumpliera determinada orden de trabajo pese a disfrutar de su derecho al crédito horario por el ejercicio de su cargo representativo¹⁷. También es el caso de la exigencia de prestación de servicios mínimos durante una huelga a trabajadores que manifiestan su deseo de sumarse a la misma¹⁸.

2. Órdenes ilegales

Otro ámbito donde puede reconocerse un *ius resistentiae* del trabajador es cuando el empresario pretende de este el cumplimiento de órdenes cuya ilegalidad es manifiesta, singularmente, de aquellas que harían aquel incurrir en responsabilidad penal o administrativa al trabajador y/o al empresario. Desde luego, los supuestos aludidos antes aludidos de vulneración de derechos fundamentales encajan también claramente en esta categoría. Piénsese, por ejemplo, en la orden de ejecutar un trabajo sin utilizar los equipos de protección necesarios: la orden es ilegal por cuanto entraña una violación del derecho fundamental a la integridad física.

Sin embargo, también es dable pensar en órdenes que representen meramente una infracción del ordenamiento jurídico sin necesariamente comportar lesión de derechos fundamentales. Son buenos ejemplos, en este sentido, las que pueden producirse en materia de tiempo de trabajo. Tal es el caso de órdenes como la de ejecutar horas extraordinarias comunes contra la voluntad del trabajador (art. 36.4 ET), realizar horas complementarias no pactadas o fuera del pacto suscrito en el trabajo a tiempo parcial (arts. 12.5 a) 12.5 g) y 12.5 f) ET) o las de requerir el trabajo durante el tiempo de descanso vulnerando el derecho de desconexión digital (arts. 88 LO 3/2018 y 20 bis ET). También las de imponer a menores de edad trabajos nocturnos, horas extraordinarias o trabajos vedados a los mismos conforme a las normas de prevención de riesgos laborales (art. 6 ET).

La doctrina judicial ha evidenciado la particular litigiosidad de los supuestos en que la ilegalidad de la orden concierne a la normativa reguladora del tiempo de trabajo y descansos, reconociendo un *ius resistentiae* cuando se exige al trabajador la prestación de trabajo por encima de la jornada ordinaria¹⁹ salvo que se hubiese pactado su obligatoriedad o su realización fuese exigible por razones de fuerza mayor²⁰. Particularmente insidiosos son en este ámbito los supuestos en que la exigencia de prestación de trabajo pesa sobre trabajadores que cuentan con reducción de jornada por razones de conciliación²¹.

También son abundantes los pronunciamientos reconociendo un *ius resistentiae* cuando la orden consiste en la imposición de una modificación sustancial de las

¹⁷ TSJ Andalucía 8 de octubre de 2014 (Rec. nº 1727/2014).

¹⁸ TSJ Asturias 14 de marzo de 2023 (Rec. nº 214/2023).

¹⁹ TSJ Canarias 8 de mayo de 2017 (Rec. nº 428/2017), TSJ Madrid 27 de marzo de 2006 (Rec. nº 626/2006).

²⁰ TSJ Extremadura 13 de octubre de 2009 (Rec. nº 448/2009).

²¹ TSJ Canarias 31 de mayo de 2016 (Rec. nº 15/2016).

funciones²², el lugar de trabajo²³ o cualesquiera otras condiciones de trabajo sin seguir las exigencias causales y procedimentales de los arts. 39,40 o 41 ET y con claro perjuicio al trabajador²⁴.

3. Otros supuestos de resistencia lícita: órdenes manifiestamente arbitrarias y/o abusivas

Otro género de supuestos donde no parece duda que el trabajador puede oponer lícitamente su resistencia al cumplimiento de las órdenes del empresario concierne a aquellas impartidas con manifiesta arbitrariedad y/o abuso de derecho. Dicho reproche de antijuridicidad resultará predicable, por ejemplo, cuando se pretenda que el trabajador ejecute tareas o cometidos totalmente ajenas a su puesto y responsabilidades profesionales, esto es ajenas, a la prestación de trabajo contratada²⁵. Junto a ello, ni que decir tiene que la desobediencia lícita gana terreno cuando la orden empresarial trasciende las obligaciones laborales del trabajador, entran en su esfera personal y conciernen a su dignidad²⁶.

También podrían inscribirse en dicha categoría las órdenes que evidencien mala fe y abuso de poder del empresario. Así ha sido apreciado, por ejemplo, cuando el empresario ha pretendido imponer al trabajador un desplazamiento internacional empleando diversos medios de transporte durante varios días cuando podía hacer ese mismo desplazamiento en pocas horas por vía aérea²⁷. Lo mismo puede decirse respecto de las órdenes de imposible cumplimiento para el trabajador como la de prestar servicios durante en una franja temporal en la que el trabajador ya estaba prestando trabajo para otro empresario²⁸.

IV. Conclusiones y propuestas

Como es sabido, la subordinación jurídica del trabajador frente al empresario descansa sobre un delicado equilibrio entre el deber de obediencia a que aquel está sujeto y el reconocimiento de un ámbito legítimo de resistencia. Si bien la regla general de ejecutividad de las órdenes empresariales se erige como principio estructural del contrato de trabajo, su aplicación no puede concebirse de manera absoluta ni acrítica. La consolidación jurisprudencial de diversos supuestos de *ius resistentiae* revela la necesidad de asumir que la obediencia debida debe conformar sus linderos en la

²² TSJ Cataluña 2 de septiembre de 2004 (Rec. n.º 3074/2004), TSJ Extremadura 5 de octubre de 2004 (Rec. n.º), TSJ Andalucía 5 de marzo de 2002 (Rec. n.º 3095/2001).

²³ TSJ Madrid 4 de mayo de 2012 (Rec. n.º 1549/2012).

²⁴ TSJ Canarias 6 de julio de 2005 (Rec. n.º 1562/2004.), relativa a cambio de turno inasumible por el trabajador por cuanto venía prestando servicios para otra empresa durante el nuevo turno asignado.

²⁵ La sentencia TS 28 de noviembre de 1989 calificó en ese sentido la orden empresarial de limpiar pintadas en la fachada de la fábrica, dirigida a un representante de los trabajadores que desempeñaba funciones de batanero en la misma.

²⁶ Así lo entendió la sentencia TSJ Galicia 14 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 3602/2022), que enjuició la legalidad de la orden empresarial al trabajador de vacunarse frente al COVID-19 antes de efectuar un desplazamiento a otro país.

²⁷ TSJ Cataluña 19 de diciembre de 2013 (Rec. n.º 2962/2013).

²⁸ TSJ Madrid 30 de marzo de 2022 (Rec. n.º 915/2021).

salvaguarda de los derechos fundamentales, de la legalidad objetiva y en la proscripción de los comportamientos arbitrarios o abusivos.

La experiencia práctica demuestra que la tensión entre la ejecutividad de las órdenes empresariales y el derecho del trabajador a resistirse a aquellas que rebasan los márgenes de la licitud constituye una fuente constante de litigiosidad. La indeterminación normativa y la casuística jurisprudencial generan un marco de incertidumbre tanto para el empresario, que precisa contar con criterios claros para ejercer legítimamente su poder de dirección, como para el trabajador, que debe saber con certeza en qué contextos puede oponer resistencia sin exponerse a una sanción.

En consecuencia, parece oportuno explorar la conveniencia de introducir ciertas medidas de reforma que favorezcan la seguridad jurídica y, al tiempo, una conciliación equilibrada de los intereses en juego. En primer lugar, habría que plantearse la conveniencia de una tipificación expresa de supuestos de *ius resistentiae*. El derecho de resistencia no debe concebirse como un elemento distorsionador de la relación de trabajo sino como una manifestación necesaria de la dignidad del trabajador en un Estado social y democrático de Derecho. En la medida en que se reconozca y regule con claridad, se convertirá en un factor de equilibrio que, lejos de socavar la organización empresarial, reforzará su legitimidad.

Mientras el legislador no clarifique con mayor precisión los límites del poder de dirección, es inevitable que sea la jurisprudencia la que trace los contornos del *ius resistentiae*. Esta función correctiva del poder judicial, aunque necesaria, presenta un coste: la incertidumbre y la inseguridad para las partes. En efecto, si bien la intervención jurisdiccional, en este sentido, opera como un mecanismo de ajuste, también actúa como un factor de inestabilidad. Un marco normativo más claro y previsible permitiría reducir este recurso constante a la jurisdicción, evitando que los despidos por desobediencia se conviertan en el cauce ordinario para dilucidar los límites de la obediencia laboral. El Derecho del Trabajo, concebido como un instrumento de paz social, debería propiciar que estas tensiones se resuelvan preferentemente en el ámbito normativo y en la negociación colectiva, antes que en los tribunales.

Por estos motivos, el ordenamiento jurídico debería incorporar, de manera más sistemática y clara, los casos en los que el trabajador puede legítimamente rehusar el cumplimiento de órdenes empresariales. Una enunciación legal no exhaustiva, pero sí ejemplificativa, contribuiría a reforzar la previsible respuesta jurídica a la actuación de las partes.

En definitiva, el reto pendiente de nuestro sistema laboral consiste en avanzar hacia un marco normativo que anticipe y canalice adecuadamente los conflictos entre obediencia y resistencia. Solo así se alcanzará una conciliación real de los intereses del empresario y del trabajador, sobre la base de la legalidad, el respeto a los derechos fundamentales y la preservación de la paz social en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En segundo lugar, se debe apostar por unas garantías reforzadas en materia de derechos fundamentales y, en especial, de la integridad física y moral y la no

discriminación. Podría ser conveniente en este sentido incentivar la negociación colectiva para la regulación de un procedimiento específico, con intervención de los representantes de los trabajadores, de impugnación de órdenes empresariales que puedan implicar un riesgo grave para la salud, la dignidad o la igualdad de trato. Ello contribuiría a reducir la litigiosidad y prevenir represalias en forma de despidos disciplinarios.

En tercer lugar, sería conveniente favorecer la prevención de la litigiosidad mediante protocolos de actuación internos en la empresa. Una propuesta útil sería fomentar también, vía autonomía colectiva, la implantación de protocolos de resolución interna de discrepancias en torno a órdenes de trabajo. Estos protocolos, inspirados en la buena fe contractual, permitirían canalizar de manera extrajudicial los conflictos y reducir la sobrecarga de la jurisdicción social en este ámbito.

En cuarto lugar, también la negociación colectiva puede ser un instrumento interesante para fomentar la información y formación en este terreno. Empresarios y trabajadores deberían contar con programas de formación continua sobre los límites del poder de dirección y el alcance del deber de obediencia. Es evidente que el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial fomenta la conflictividad, mientras que una adecuada cultura jurídica en el seno de la empresa facilitaría la prevención del conflicto.

El *ius resistendae* del trabajador, ante una orden empresarial irregular emanada de su poder de dirección

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

*Profesor Permanente Laboral
Universidad de Murcia*

I. Introducción

En la relación contractual, ambas partes del contrato cuentan con límites significativos a la hora de enfrentarse a la ejecución de los derechos y obligaciones que les compete a cada uno de ellos: por un lado, el poder de dirección del empresario, y por otro lado, los instrumentos de protección con los que cuenta el trabajador. El poder de dirección del empresario es la facultad que tiene éste, de dar órdenes en cuanto al modo, tiempo y lugar de la prestación del trabajo, y “debe ejercitarlo conforme a la buena fe, tanto si se trata de decisiones causales como discrecionales”¹. Mediante su ejercicio, el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa².

La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE integra el derecho a iniciar una actividad económica, gestionarla y cesarla a voluntad del empresario, y constituye el fundamento constitucional del poder de dirección, cuyo reconocimiento legal

¹ MONTOTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, 2000, págs. 576-596. Como afirma el profesor Montotoya Melgar, por lo que respecta al empresario, el actuar de buena fe se impone en todo el ámbito de decisión inherente a su condición de organizador de las relaciones laborales y de la empresa en su dimensión laboral, tanto si se trata de decisiones causales como discrecionales. Es decir, el deber de buena fe obliga al empresario a adecuar su libertad de decisión, más allá de los que pudieran considerarse sus puros intereses egoístas, a los intereses objetivos de la empresa, a los que no son ajenos los intereses de los trabajadores.

² MONTOTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cuadragésimo quinta edición, Tecnos, Madrid, 2024, pág. 402.

se encuentra en el ET: el ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores son los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos “dentro del ámbito de organización y dirección” del empresario³; (art. 1.1 ET); siendo deber básico del trabajador el “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario “en el ejercicio regular⁴⁵ de sus facultades directivas” (art. 5.1.c) ET); y el Trabajador está obligado a realizar “el trabajo convenido “bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue” (art. 20.1 ET).

II. Los límites al poder de dirección del empresario

1. Legitimidad subjetiva

Como se ha comentado antes, para que una orden deba ser obedecida, debe emanar del propio empresario o persona en quien éste delegue. Por tanto, hoy la titularidad del poder de dirección corresponde al empresario sea éste individual o social; no obstante, el ejercicio de dicho poder se suele delegar en las empresas de cierta complejidad y, desde luego, siempre que el empresario sea persona jurídica, en directores profesionales, que a su vez suelen delegar parcelas de su poder general en otros mandos inferiores.

2. Legitimidad objetiva

El poder de dirección del empresario, según MONTROYA MELGAR⁶, en cuanto que no es un poder absoluto o ilimitado, ha de someterse a determinados límites:

- a) El poder de dirección ha de ejercitarse respetando límites “externos” impuestos por los derechos que la Constitución, la ley, la negociación colectiva y el contrato de trabajo convenios y contratos reconocen a los trabajadores⁷. En tal sentido, las órdenes patronales que contraríen tales derechos serán nulas, como en general lo serán las que infrinjan lo dispuesto en normas estatales o convencionales.
- b) El poder de dirección debe también respetar límites “internos” en cuanto a que ha de ser ejercido de buena fe y en forma regular; en tal sentido

³ El art. 1.1 ET dispone: “Esta ley, será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

⁴ Para que el ejercicio del poder de dirección sea susceptible de generar un deber de obediencia en el trabajador, ha de ser regular. MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 403. Dicha exigencia de regularidad nos hace ver el límite que el poder de dirección tiene esto es que su ejercicio sea conforme a Derecho, Excluyéndose la vulneración de derechos fundamentales del trabajador o una actuación torticera por parte del empresario en violación flagrante de su deber de buena fe.

⁵ Para que el ejercicio del poder de dirección, sea susceptible de generar un deber de obediencia en el trabajador, ha de ser regular. MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 403. Dicha exigencia de regularidad nos hace ver el límite que el poder de dirección tiene esto es que su ejercicio sea conforme a Derecho, Excluyéndose la vulneración de derechos fundamentales del trabajador o una actuación torticera por parte del empresario en violación flagrante de su deber de buena fe.

⁶ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 405.

⁷ La STS 7 marzo 2007 (rec.132/2005) declara que existen estos cuatro planos limitativos de los derechos fundamentales del trabajador, o al menos que pueden actuar como tales, bajo determinadas circunstancias.

las medidas de control empresarial han de ser idóneas, necesarias y proporcionadas⁸.

III. El derecho de resistencia del trabajador a la orden empresarial

1. El *ius resistendae* como facultad de desobediencia

En principio las órdenes del empresario, o de las personas que deciden en su nombre, gozan de presunción de legitimidad y el trabajador debe cumplirlas. Suele decirse que el trabajador debe primero obedecer, y cumplir la orden empresarial, aunque crea que es ilegítima, o más allá del ejercicio regular del poder de dirección; y después, en su caso, impugnar la orden empresarial (principio *solve et repete*).

En ciertos supuestos, y como excepción a la regla general, se reconoce al trabajador un derecho de resistencia a las órdenes empresariales (*ius resistendae*), ya sea cuando se constata que las mismas son contrarias a la Constitución, a la leyes, a los convenios colectivos o lo pactado en el contrato de trabajo (al vulnerar derechos irrenunciables del trabajador reconocidos en esos cuatro planos), ya sea cuando quedan afectados derechos fundamentales del trabajador (cuando la orden comporta un tratamiento vejatorio o discriminatorio o atente contra la dignidad del trabajador, o cuando concurren circunstancias de las que pueda derivarse un peligro para la salud del trabajador).

Se considera también justificada la negativa del trabajador a obedecer una orden empresarial referida a una conducta extralaboral del trabajador: el poder directivo del empresario se refiere oportunamente en el art. 20.1 ET al “trabajo convenido”, no considerándose incumplimiento contractual el desobedecer una orden empresarial sobre aspectos ajenos a la relación laboral y sin ninguna repercusión sobre ella.

Así mismo, en cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el “ejercicio regular de sus facultades de dirección” y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 ET). El trabajador está legitimado para desobedecer las órdenes que rebasen de modo patente el ejercicio regular de las funciones de mando del empresario.

2. Estudio del caso: STSJ País Vasco núm. 3403/2022, de 4 octubre

El TSJ del País Vasco, en esta sentencia de 4 de octubre de 2022⁹, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao, que acogió la petición subsidiaria de la demanda que formuló el trabajador sancionado contra la empresa que le sancionó (Metro Bilbao, S.A.). Tal sentencia revocó la sanción de suspensión de empleo y

⁸ Las medidas de control que el empresario adopte han de cumplir, según jurisprudencia reiterada, estos 3 requisitos: juicio de idoneidad (que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo previsto), juicio de necesidad (que no exista otra más moderada e igual de eficaz) y juicio de proporcionalidad (que sea ponderada, de modo que los beneficios o ventajas justifiquen el sacrificio de otros bienes o valores en conflicto. Por todas STSJ Cataluña 24 octubre 2005 (rec. 5121/2005).

⁹ ECLI:ES:TSJPV:2002:3403.

suelo impuesta y ello por entender que el incumplimiento puntual de una orden de conducción de un vehículo ferroviario estaba justificado en las propias circunstancias en que se produce la orden. Se trata de la empresa que explota el metro de Bilbao y la orden incumplida fue la de conducir un vehículo ferroviario nuevo, con el que el personal se estaba acostumbrando o familiarizando en la misma semana en la que había entrado en funcionamiento. La negativa se debió a la muy escasa formación recibida, hasta el punto de que el formador había manifestado que antes de formar debía el formarse en la máquina, en que hubo un accidente con tal máquina el día anterior y que, de hecho, posteriormente se volvió a dar esa formación y se subsanaron determinadas anomalías que ya estaban de manifiesto al tiempo en que se produjeron los hechos que determinan el pleito.

Las facultades de ordenación del trabajo corresponden al empresario, y es deber del trabajador el cumplir las prescripciones de la producción que se le encomiendan por la empresa, según se desprende del art. 5 a) y c) ET. El trabajador no puede ser definidor de la relación laboral, y debe supeditarse a las órdenes que recibe, cumpliendo con las mismas, y de aquí que haya sido el contrato de trabajo definido como la prestación de servicios por cuenta ajena a cambio de un salario, dentro del marco de organización y dirección empresarial.

No se trata de determinar si ha existido una denegación de la actividad por parte del trabajador incumpliendo una orden directa de la empresa: de lo que realmente se trata, pues consta el incumplimiento, es de la justificación del mismo. La Sala considera: primero, que existían circunstancias objetivas que implicaban una posible postura de rechazo por parte del trabajador; segundo, esto había sido manifestado ya al tiempo en el que se recibió la formación; tercero, había deficiencias que se objetivaron en el vehículo, como el accidente ocurrido; y, cuarto, posteriormente se produjo una nueva formación y la subsanación de determinadas anomalías en el vehículo.

El TSJ contempla un marco de posible riesgo del trabajador y una separación a las órdenes empresariales que encuentra justificación, de manera que es confirmable la sentencia recurrida, en cuanto que no nos encontramos ante una negativa directa, injustificada y desafiante por parte del demandante, sino ante una preservación de su posible integridad, con un comportamiento, que no se basa en una conducta y voluntariedad arbitraria o unilateral, sino ante elementos objetivos que llevaban consigo el que el incumplimiento de la orden no fuese una desobediencia sino un real conflicto.

El *ius resistendae* es una manifestación/facultad jurídica que puede utilizar el trabajador si las órdenes empresariales que recibe del empresario le afectan a su integridad personal, y le autoriza para incumplir el deber que le impone el art. 5.c) ET de cumplir las directrices y encomiendas que le dirige su empleador. La concepción actual del marco laboral de la posición y configuración del trabajador ha superado ese contexto en el que se le definía a este como “anchas espaldas y poco cerebro” (Galbraith), estando capacitado para entender el sentido de su trabajo y pudiendo ser capaz de oponerse frente a aquello que ponga en peligro su integridad.

La desobediencia constituye un incumplimiento de la obligación establecida en el art. 5.c) ET, del deber básico del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, por ello el deber de obediencia del trabajador se justifica en el poder de dirección del empresario y en las notas de ajenidad y dependencia del trabajador, por lo que la orden debe estar vinculada a una necesidad técnica u organizativa de la empresa, debiendo ejercitarse las facultades directivas conforme a las reglas de la buena fe contractual, por ello las órdenes de trabajo gozan de una presunción *iuris tantum* de su legitimidad, lo que determina la regla general de que las órdenes empresariales son de obligado cumplimiento por el trabajador salvo que concurran circunstancias excepcionales que afecten a su seguridad o vulneren su dignidad¹⁰.

En principio, el trabajador ha de cumplir la orden empresarial aunque la considere inadecuada, sin perjuicio de impugnarla por los medios legales precedentes, al no poder erigirse aquél en definidor de sus propias obligaciones contractuales¹¹, únicamente puede negarse a cumplirla sin incurrir en desobediencia cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho o atente contra la dignidad del trabajador¹², si la orden es claramente antijurídica¹³, o existe peligro grave e inminente¹⁴.

Conviene señalar que esta materia está claramente resuelta a instancias de los TSJ, no llegando al TS ningún recurso en los últimos 5 años.

¹⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) núm. 120956/2016, de 25 de mayo. Señala que *para determinar si existe o no desobediencia grave justificativa del despido debemos exigir: a) que la orden sea legítima, es decir, responder a una necesidad empresarial, emanada de un superior jerárquico que tenga competencia para ello; b) que sea clara y concreta dictada en el ámbito del poder organizativo del empresario y; c) que la desobediencia, sea constitutiva de indisciplina, entendida como una actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes recibidas del empresario o un incumplimiento consciente y querido de las obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador.*

¹¹ STS 7815/1988, de 14 de octubre.

¹² STS 3449/1990, de 10 de abril.

¹³ STS 1861/1991, de 15 de marzo.

¹⁴ STSJ Canarias (Las Palmas), 584/2017 de 8 mayo (rec. 428/2017).

El *ius resistentiae* como contrapoder de los trabajadores ante el poder de dirección de los empresarios en la era de las transiciones

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto*

I. Caracterización del poder de dirección y del *ius resistentiae*

Conforme a la definición sintética, ya clásica, ofrecida por MONTOYA MELGAR, «el poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa»¹.

Más adelante, el mismo autor señalaría que mientras los artículos 5.c) y 20 del TRLET se refieren básicamente a la función del poder empresarial para determinar cada concreta prestación laboral, el artículo 1.1 del TRLET se refiere a la empresa como ámbito de organización y dirección en el que confluyen normalmente múltiples relaciones y prestaciones de trabajo².

Así, en las relaciones de trabajo que se sitúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, los trabajadores, según establece el artículo 1.1 del TRLET, prestan sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Dicho con otras palabras, la empresa constituye el conjunto de bienes personales y/o materiales sobre el que el empresario ejerce su poder de dirección, en los términos

¹ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 44.

² MONTOYA MELGAR, A.: «Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (Dirs.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 29.

señalados. En ese sentido, se ha afirmado que el poder de dirección es connatural a la persona del empresario, de forma y manera que no existe empresario si no existe esta facultad³.

Se trata de una de las formas, el Derecho del trabajo, en las que cabe materializar la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado reconocida por el artículo 38 de la Constitución española, en contraposición a otras formas como el modelo cooperativo, el trabajo autónomo o el empleo público.

Precisamente, en el Derecho del trabajo, es el hecho de trabajar dentro de ámbito de organización y dirección del empresario, en régimen de ajenidad y dependencia, lo que hace que los trabajadores tengan como deber básico «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas», tal y como se recoge en el artículo 5.c) del TRLET. De ahí que el artículo 20.1 del TRLET establezca que: «El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue». En coherencia con todo ello, el incumplimiento grave y culpable del trabajador hace posible que el empresario extinga voluntaria y unilateralmente el contrato de trabajo, a través, del despido disciplinario regulado en el artículo 54 del TRLET.

Pero, el deber de obediencia no es ilimitado. En apretada síntesis, y como concluyera LLUIS y NAVAS, puede decirse que el poder de dirección se ordena en función de unos principios de personificación y de autoridad delimitada, pues se dirige al ejercicio del mando directo empresarial por personas físicas. Por consiguiente, es también informado por un principio de autonomía (para posibilitar el ejercicio de la autoridad), pero también por otro de responsabilidad (que delimita la autoridad y previene abusos). Finalmente, en virtud de un principio de objetivación, la empresa constituye el ámbito objetivo del poder de dirección⁴.

En ese sentido, como afirmara la STS 4ª, de 19 de febrero de 1990 (rec. 471/1988): «La desobediencia comporta el incumplimiento de uno de los deberes del trabajador; su estimación debe estar condicionada, por mor de lo dispuesto en los artículos 5.c) y 20.2 del Estatuto, a que el empresario imparta sus instrucciones “en el ejercicio regular de sus facultades directivas”» (F.D. 5º).

Pero, aunque el trabajador pueda llegar a concebir que las órdenes del empresario no se impartan en el ejercicio regular de poder de dirección, ello no quiere decir que pueda tomarse la justicia por su mano, pues no puede unilateralmente decidir acerca de la idoneidad o no de la instrucción u orden emitida por su empresario.

Surge así la regla general conforme a la cual debe estarse al principio *solve et repete*, que significa que un trabajador, ante la convicción de que una orden de su empresario es contraria al ordenamiento jurídico, debe primero obedecer y luego reclamar. Ello es así porque las órdenes del empresario se entienden, en principio,

³ POQUET CATALÁ, R.: «El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario», *IUSLabor*, núm. 3, 2014, pág. 7.

⁴ LLUIS y NAVAS, J.: *El origen jurídico del poder de la dirección de empresa y sus principios informativos*, C.E.A.H.E, Barcelona, 1975, pág. 85.

conformes al ordenamiento jurídico, en atención al poder de dirección que se le reconoce, dando lugar así a una presunción de difícil desvirtuación práctica⁵, en coherencia con la consideración, desde el punto de vista económico y social, de la estructuración jerárquica en la empresa y la correlativa necesidad de salvaguardar en esta organización la disciplina en el trabajo, como garantía del orden y de la eficacia que están en la base de la misión institucional que en una economía de mercado ha de desempeñar la libre empresa⁶.

Como se recoge en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 4ª, de 29 de septiembre de 2010 (rec. 1272/2010): «el trabajador, sin perjuicio de su derecho a ejercitar las acciones que pudieren corresponderle, tiene que cumplir las órdenes del empresario relacionadas con la prestación laboral, puesto que la negativa injustificada a ese cumplimiento, amén de lesionar la regla básica de la buena fe y de la diligencia que ha de presidir el cumplimiento todo del contrato de trabajo, supone desconocer la condición legal del empresario de titular del poder organizativo y directivo del vínculo laboral, y entraña también el riesgo de convertir la organización empresarial en un espacio de desgobierno y sometido al albur de lo que en cada momento se decida hacer o no hacer por cada uno de los integrantes de esa organización» (F.D. 3º)⁷.

Ahora bien, como excepción a este principio, surge el principio de *ius resistentiae*, conforme al cual se permite al trabajador desobedecer las órdenes del empresario o de quien ejerce en representación de aquel, cuando estas resulten manifiestamente arbitrarias, conlleven abuso de derecho, vulneren gravemente derechos fundamentales o sean contrarias a la dignidad de los trabajadores⁸.

Precisamente, el Tribunal Supremo mantiene una interpretación del artículo 5.c) del TRLET por la que, atendiendo a cada caso y de manera excepcional, cabe exceptuar el principio *solve et repete*.

⁵ POQUET CATALÁ, R.: «El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario», *ob. cit.*, pág. 2. Véase también la jurisprudencia citada por esta autora: SSTSJ 4ª, Comunidad Valenciana, de 16 de julio de 2013 (rec.1188/2013); Galicia, de 9 de octubre de 2012 (rec. núm. 2792/2012); Andalucía, de 22 de septiembre de 2010 (rec. 1272/2010); Castilla-La Mancha, de 25 de marzo de 2010 (rec. núm. 24/2010); Andalucía, de 26 de mayo de 2009 (rec. 3127/2008).

⁶ BAYLOS GRAU, A.: «La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario», en CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, M. (Coords.), *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, Comares, Granada, 2002, pág. 37.

⁷ En relación con la buena fe, con cita de Díez-PICAZO, GIL y GIL señala que «la buena fe comporta una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos y poderes jurídicos», para concluir que: «La violación de la regla de la buena fe por parte del empresario hará surgir una verdadera excepción a favor del trabajador, para que este pueda solicitar la declaración de ilicitud del ejercicio del poder disciplinario» (GIL y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 98 y 99). Por tanto, y conforme a lo que en este estudio se defiende, la mera quiebra de la buena fe, por sí sola, no justificaría el *ius resistentiae* del trabajador.

⁸ En parecidos términos, GORELLI HERNÁNDEZ afirma que el trabajador «está legitimado para desobedecer aquellas órdenes que impliquen una situación de peligrosidad para su integridad física, un carácter vejatorio, humillante o contrario para la dignidad del trabajador, o bien un manifiesto abuso, ilicitud o ilegalidad de la misma» (GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.87, 1998, pág. 88).

Así, la STS 4ª, de 28 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:11182), considera que la obligación de cumplir las órdenes del empresario que al trabajador impone dicho precepto, «no puede entenderse naturalmente como una obligación absoluta, sino que, como el propio precepto exige, ha de tratarse de órdenes dadas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, y el trabajador podrá negarse a cumplirlas, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho» (F.D. 2º).

Por su parte, también resulta de gran interés la reciente STSJ de Castilla y León (Valladolid) 4ª, de 30 de mayo de 2025 (rec. 866/2025), cuando recuerda que «el derecho del trabajador a resistirse a cumplir las órdenes empresariales, conocido como *ius resistentiae*, solo es admisible en casos excepcionales, como cuando las órdenes vulneran gravemente derechos fundamentales o suponen un abuso manifiesto de poder, en línea con lo dispuesto en los artículos 5.a), 5.c), 20.1 y 54.2.b) del TRLET» (F.D. 5º).

Por su parte, la STJ de Cataluña 4ª, de 10 de diciembre de 2001 (rec. 5297/2001) se refiere a las órdenes atentatorias a la dignidad de la persona del trabajador como justificativas del *ius resistentiae* (cfr. F.D. 3º).

Nótese, que, en todo caso, para poder ejercitar el *ius resistentiae* no es suficiente que las órdenes empresariales sean ilícitas o contrarias a la ley, sino que esa ilicitud o ilegalidad ha de ser intensa y superlativa, hasta el punto de que el hecho de cumplirlas primero, para después denunciarlas (*solve et repete*) llegue a vulnerar los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral, llegando a producir la situación de imposibilidad de restaurar la situación anterior a la orden ilícita o ilegal que nunca debió existir⁹. Dicho de otro modo, se deja abierta la vía del *ius resistentiae* cuando aparecen claros el riesgo personal o el daño irreparable, lo cual, en su caso, habría que probar, incumbiendo tal prueba a quien ello alegase¹⁰.

No obstante, llegados a este punto, todo hace indicar que por mor de la seguridad jurídica que garantiza la Constitución española en su artículo 9.3, es conveniente regular con claridad los supuestos en los que resulta lícito que un trabajador ejerza el *ius resistentiae* y la forma en la que cabe ejercitarlo. En concreto, el artículo 21.2 de la LPRL es un claro ejemplo, cuando dispone que «el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud». Es decir, ante la eventual imposibilidad de que el empresario cumpla con su deuda de seguridad hacia los trabajadores, estos podrán ejercitar el derecho contemplado en este precepto.

⁹ En ese sentido, ROMÁN DE LA TORRE, aunque defendiendo una interpretación más extensa del *ius resistentiae*, con el fin de invertir la presunción de legitimidad del empresario al ejercer su poder de dirección, habla de «órdenes que de obedecerse y luego ser declaradas irregulares, provocan alteraciones de imposible o difícil reparación» (ROMÁN DE LA TORRE, Mª. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Graphis, Valladolid, 1992, pág. 373).

¹⁰ GARCÍA NINET, J. I.: «El deber de obediencia en el contrato de trabajo (notas para un estudio)», *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, núm. 9, 1979, pág. 915.

Al respecto, son varias las consideraciones que deben realizarse¹¹. De entrada, el *ius resistentiae* solamente será posible ante una situación de «riesgo laboral grave e inminente», que es definido por la propia LPR como «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores». Se matiza además que: «En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata» (artículo 4.4). Asimismo, hay que tener en cuenta que la LPRL, previamente, establece que: «Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo» (artículo 4.2). De este modo, para que un riesgo laboral sea calificado de «grave e inminente» deben confluír los siguientes requisitos: probabilidad del riesgo, severidad del mismo para afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores y su inmediata producción. Por su parte, en el caso particular de las actividades nocivas la inminencia debe ser entendida en un contexto más amplio con una proyección más de futuro que en los de actividades comunes.

Partiendo de dicha consideración de lo que debe entenderse por «riesgo laboral grave e inminente», cobra sentido que el artículo 21, en su apartado 4, por una parte, reconozca la garantía de indemnidad para aquellos trabajadores que ejerciten el *ius resistentiae*, y, por otra parte, vete esa la posibilidad cuando los trabajadores obren de mala fe o cometiendo negligencia grave. Precisamente, para poder determinar el alcance de la situación, es necesario que los trabajadores que pretendan ejercer el *ius resistentiae* se lo comuniquen previamente a su empresario, con el fin de que este pueda controlar y, en su caso, impugnar ante los tribunales la decisión de los trabajadores. En último término, el *ius resistentiae* se caracteriza por ser un derecho definido por el propio trabajador, de forma y manera que el contenido del «riesgo laboral grave e inminente» puede convertirse en una apreciación subjetiva. En todo caso, dado que el *ius resistentiae* choca con la obligación principal de trabajar, para que el primero prevalezca siempre debe justificarse en base a la preexistencia del derecho fundamental a la integridad física y del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. De ahí que, justificada, razonada, la situación de «riesgo laboral grave e inminente» el trabajador pueda negarse a trabajar y abandonar su puesto de trabajo, e incluso el centro de trabajo, aun existiendo una orden empresarial en contrario. Es más, en sintonía con lo previsto en el apartado 1.b) del artículo 21, el empresario no puede exigir a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro. Además, mientras dure la situación el empresario debe mantener los salarios y los derechos de la Seguridad Social de los trabajadores que ejercen el *ius resistentiae*.

¹¹ Se siguen aquí los argumentos esgrimidos en SAGARDOY de SIMÓN, I.: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», en IGLESIAS CABERO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 119-120 y 123.

II. La era de las transiciones y las posibilidades del *ius resistantiae*

En la actualidad vivimos en la era de las transiciones. Más concretamente, se trata de las transiciones digital, ecológica y de cohesión social¹². En ese contexto están surgiendo situaciones en las que el *ius resistantiae* podría tener nuevas posibilidades de ser ejercido.

Ante esta nueva realidad de nuestro tiempo, conviene recordar que, como desarrollo de la definición sintética sobre el poder de dirección ya comentada, MONTOYA MELGAR anticipó una idea clave, a saber, que el poder de dirección no recae exclusivamente sobre las prestaciones laborales, sino que alcanza también a aspectos distintos de estas, que influyen sobre ellas indirectamente¹³. Actualmente, en esa línea, se ha afirmado por parte de la doctrina científica, que la definición de riesgo laboral contemplada en el artículo 4.2 de la LPRL parece indicar que sólo se propugna el *ius resistantiae*, como mecanismo de autotutela, para los supuestos en los que el riesgo provenga, en exclusiva, de la actividad empresarial en la que el trabajador es partícipe, cuando en realidad el riesgo puede provenir de otros trabajadores, de los suministradores, de los clientes, etc¹⁴. Es decir, ante las transiciones de nuestro tiempo y los retos que estas conllevan, resulta necesario superar la visión *ad intra* de la empresa, para reconocer y abogar por una visión *ad extra*, que conduzca hacia una responsabilidad empresarial en la que, como manifestación de un Estado social y democrático de Derecho, suponga la materialización de la interacción entre los poderes públicos y los agentes sociales, en la interconexión entre los artículos 1.1, 6, 7 y 9.2 de la Constitución española. Resulta consustancial a este postulado que se propone el hecho de considerar al principio de conservación del negocio jurídico como el principal principio que debería inspirar toda política de empleo e, incluso la política social, dentro de las coordenadas del trabajo digno, que requiere, asimismo, un equilibrio para con el respeto del medioambiente y una visión humanista de la revolución digital, donde las personas y la dignidad que resulta inherente a las mismas por el mero hecho de serlo estén siempre en el centro. Ello conduce, necesariamente, al diálogo social entre gobierno y agentes sociales, en la búsqueda del equilibrio indicado y que debe orientarse al bien común.

¹² La transición digital constituye un proceso mediante el cual las tecnologías digitales se van integrando en todos los ámbitos de la sociedad, y, por tanto, en lo que aquí interesa, también en las empresas, con la finalidad de buscar una mayor agilidad y eficacia en la materialización de distintos trámites o en la ejecución de distintas actividades, así como de obtener información y proceder al análisis de la misma e incluso adoptar decisiones a través de la inteligencia artificial. La transición ecológica es un proceso de cambio en el modelo económico, productivo y social que busca un desarrollo sostenible y climáticamente neutro. Por último, la transición de cohesión social es un proceso que, partiendo de la situación de desigualdad que trae causa de las vulnerabilidades que se producen por las situaciones de injusticia social, pretende responder a los retos estructurales existentes, fuertemente condicionados, precisamente, por las transiciones digital y ecológica, a través de una cohesión económica, social y territorial a nivel planetario, en los términos que apoyan los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y que, en lo que respecta, al mundo del trabajo, se traduce en la máxima que se recoge en la Constitución de la OIT (1919) según la cual «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social».

¹³ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., p. 44.

¹⁴ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientales injustas», en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pág. 51.

En ese contexto, a continuación, se mostrarán, a modo de ejemplo, algunas manifestaciones que podría tener el *ius resistendae* en la era de las transiciones.

Durante la pandemia originada por la Covid-19, el objetivo de preservar la salud frente al riesgo de contagio, en el contexto de excepcionalidad generado por la propia pandemia y la consiguiente limitación de recursos, mostró la actualidad que puede llegar a presentar *ex* artículo 21.2 de la LPRL el *ius resistendae*¹⁵.

Con todo, debe resaltarse el denominado permiso retribuido ante situaciones derivadas de catástrofes o de fenómenos meteorológicos adversos, regulado en el artículo 37.3.g) del TRLET tras los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

Conforme a la dicción del precepto, la causa del permiso retribuido será, con frecuencia, la imposibilidad de acceder al centro de trabajo. El precepto acota seguidamente esta situación genérica a las circunstancias derivadas de «catástrofe o fenómenos meteorológico adverso», que sin duda constituyen su núcleo¹⁶.

De este modo, es posible que las situaciones motivadoras queden delimitadas de manera objetiva, lo que sucederá cuando la autoridad competente haya declarado algún nivel de alerta meteorológica. No obstante, cabe también que no sea así, sino que la aplicación de la medida derive de la existencia de una situación de riesgo grave e inminente en cuya valoración cobra protagonismo la persona trabajadora afectada. Ello supone que las condiciones de valoración y aplicación de este permiso deben particularizarse, lo que sin duda le sumará complejidad. Ahora bien, la persona trabajadora deberá avisarlo previamente y justificarlo.

Estos requisitos se entienden que deberán ser exigidos en la medida de lo posible y, en todo caso, se tratará de una simple comunicación a la empresa, sin requisitos formales exigibles e, incluso más, dispensable en el caso de que las autoridades hayan alertado de la situación de emergencia. Y, respecto de la justificación, parece lógico que también pueda ser innecesaria, más allá de que será posterior al momento en el que se ejercita el derecho de ausencia, dadas las circunstancias para las que está prevista. Así, la mera existencia de estas recomendaciones constituye *per se* una causa suficiente para acreditar la imposibilidad de acceso al centro de trabajo o de transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo y, por consiguiente, para accionar el permiso. Pero relajar los requisitos de previo aviso y justificación solo será posible cuando exista una situación de imposibilidad o de emergencia que dificulte el cumplimiento del deber de preavisar y justificar.

Esta regulación hizo posible que el permiso retribuido en cuestión pudiera ser ejercido ante el apagón eléctrico del 28 de abril de 2025¹⁷. Hay que tener en cuenta que

¹⁵ Al respecto *vid.* ESCRIBÁ PÉREZ, A. N. y MARTÍN SEBASTIÁ, J. M.: «El Derecho de resistencia en tiempos de pandemia», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 47, 2022, págs. 72-97.

¹⁶ *Vid.* MIÑANO YANINI, M.: «El nuevo permiso por riesgo catastrófico o fenómenos climáticos adversos», *Briefs de la AEDTSS*, núm. 111, 2024: <https://www.aedtss.com/el-nuevo-permiso-por-riesgo-catastrofico-o-fenomenos-climaticos-adversos/>.

¹⁷ Al respecto *vid.* SERRANO GARCÍA, T. «Reflexiones sobre el apagón eléctrico nacional a la luz del nuevo permiso *ex* art. 37.3.g) del ET», *Briefs de la AEDTSS*, núm. 46, 2025: <https://www.aedtss.com/reflexiones->

se dictaron diversas recomendaciones con motivo de la crisis del sistema eléctrico, a fin de reducir al mínimo los desplazamientos y la circulación por carretera, procedentes de distintas autoridades. Entre ellas, cabe destacar la comparecencia del presidente del Gobierno español, la recomendación de la ministra de Trabajo, así como la realizada por la DGT, en el ámbito estatal.

Otras situaciones que pueden llegar a plantear la posibilidad de que los trabajadores recurran al *ius resistentiae*, desde el punto de vista *ad extra* de la responsabilidad social de la empresa, dentro de la lógica arriba expuesta, son las guerras o intervenciones bélicas, como podría suceder si existiera una declaración de genocidio por parte de los organismos internacionales competentes ante la intervención de Israel en Palestina o incluso, si un Punto Nacional de Contacto, conforme a la Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable, pudiera dictaminar, como consecuencia de la pertinente denuncia, que una determinada empresa no respeta el Derecho Internacional.

Otro tanto podría decirse en atención del Reglamento (UE) 2024/3015, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso, con el fin de que una determinada empresa no interactúe con empresas que practican el trabajo forzoso.

Con una visión más amplia, y a la espera de que la ONU o la propia Unión Europea aprueben alguna norma sobre la diligencia debida a los derechos humanos, en el ámbito de la Unión Europea debe resaltarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (2016), que anticipa que la globalización y la internacionalización crecientes de las actividades empresariales y las cadenas de suministro aumentarán la importancia de la función que desempeñan las empresas en lo referente a velar por el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, más recientemente, el Comité Económico y Social ha aprobado el Dictamen «Por una cadena de suministro de materias primas fundamentales de la Unión Europea resiliente, sostenible y responsable» (2023).

Con todo, la cuestión radica en saber si los propios trabajadores y las organizaciones sindicales que los representan están dispuestos a ejercer el *ius resistentiae*, aun a expensas de poder perder importantes clientes y, en consecuencia, correr el riesgo de perder empleo.



4

IUS VARIANDI Y MSCT

El poder de dirección empresarial. ¿Movilidad funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo? [Comentario a la sentencia del TS de 12 de marzo de 2025 (rec. 924/2023)]

EDUARDO ROJO TORRECILLA

*Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Profesor honorario de la Universidad Autónoma de Barcelona*

I. Introducción

Desde que el profesor Alfredo Montoya Melgar publicara en 1965 “El poder de dirección de empresario”, resultado de su tesis doctoral presentada tres años antes en la Universidad de Sevilla, las relaciones laborales han cambiado considerablemente, de tal manera que dicho poder ha debido adecuarse a las nuevas realidades del mundo del trabajo, en el que el impacto del cambio tecnológico ha jugado, y cada vez más sigue jugando, un papel de mucha importancia.

Ahora bien aquello que no ha cambiado a mi parecer es lo que he explicado a mi alumnado desde que me incorporara como profesor ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Barcelona, de la mano de otro laboralista insigne, el profesor Manuel Alonso García: el contrato de trabajo es un título jurídico que da carta de legalidad a la situación de desigualdad en la que se encuentran las partes de la relación contractual, ya que el sujeto empleador dispone, entre otros, del poder de dirección de la actividad productiva, si bien es cierto que también este se “diluye” cuando hay relaciones de trabajo en las que interviene más de uno de ellos (empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas).

Durante muchos años, el Manual con el que estudiaban mis alumnos y alumnas fue precisamente el Derecho del Trabajo del profesor Montoya, y recuerdo que me decían que “entendían bien” el contenido de la asignatura por su claridad expositiva.

Valga este pequeño apunte para resaltar la importancia que tuvo su obra en buena parte de estudiantes de la, primero licenciatura y después grado, Derecho.

Y como la extensión de este artículo, siguiendo, si me permiten el símil, “el poder de dirección” de sus directores, está perfectamente concretado en las instrucciones que nos remitieron, me permito adherirme, para valorar aquello que significó el profesor Montoya en el mundo laboralista, y también constitucional, a los artículos de los profesores Manuel Carlos Palomeque¹ y Antonio V. Sempere², publicados en la página web de nuestra Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social con motivo (triste, sin duda) de su fallecimiento.

Para este libro con el que el mundo jurídico laboralista quiere rendir homenaje al profesor Montoya, que no es desde luego el primero, ya que en el lejano año 2011 sus discípulos de la Universidad de Murcia ya lo hicieron en su obra “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”³, me he permitido seleccionar una sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo dictada el 12 de marzo de 2025⁴, de la que fue ponente el magistrado Sebastián Moralo, en la que se aborda una temática de indudable interés como es la relación entre el poder de dirección empresarial y los límites que puede tener cuando se adoptan medidas sobre las que se debate si tienen la consideración de movilidad funcional o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, es decir si encajan dentro del concepto que se regula para la primera en el art. 39 y para la segunda en el art. 41 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Vamos allá.

II. Comentario a la STS-SOC de 12 de marzo de 2025

1. Breve sinopsis del caso

La resolución judicial desestima, en contra del criterio postulado por el Ministerio Fiscal que abogaba por su procedencia, el recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD) interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 21 de noviembre de 2022⁵.

La Sala autonómica había desestimado el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Barcelona el 27 de enero de 2022, que estimó la demanda interpuesta por varias trabajadoras en materia de movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT), y declaró

¹ Alfredo Montoya Melgar, uno de los más grandes laboristas, en memoria <https://www.aedtss.com/alfredo-montoya-melgar-uno-de-los-mas-grandes-laboristas-en-memoria/>

² Memoria de un Director: Alfredo Montoya Melgar <https://www.aedtss.com/memoria-de-un-director-alfredo-montoya-melgar/>

³ Dirigida por la Profesora Carmen Sánchez y el profesor Francisco A. González <https://www.marcialpons.es/libros/libertad-de-empresa-y-poder-de-direccion-del-empresario-en-las-relaciones-laborales/9788499037653/>

⁴ STS-SOC 194/2025, rec. 924/2023.

⁵ STSJ Cataluña 6201/2022, de 21 de noviembre de 2022 (rec. 4013/2022).

“... injustificada la modificación sustancial de la que han sido objeto las actoras mediante comunicación de fecha 8 de octubre de 2021 y efectos de 15 de noviembre de 2021. Condeno a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a reponer a las actoras en el centro de trabajo sito en DIRECCION002 de DIRECCION003. Asimismo, condeno a la empresa demandada a abonar a las actoras la cantidad de 7,84 euros diarios por día efectivamente “trabajado (gastos de desplazamiento) y la equivalente al salario de tres horas diarias por cada día efectivamente trabajado..., en concepto de compensación por el mayor tiempo invertido desde el 15 de noviembre hasta la fecha de efectiva reposición en su anterior centro de trabajo”.

El interés especial de esta sentencia del TS, y justamente es la que ha motivado mi selección para el libro de homenaje al profesor Montoya, radica a mi parecer en la consideración de MSCT de un cambio de centro de trabajo que no supone el ejercicio por la empresa de su poder de dirección, recogido en los arts. 5 y 20 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, yendo más allá de la movilidad funcional ordinaria regulada en el art. 39, ni tampoco del ejercicio de la movilidad geográfica, por no existir traslado.

El cambio de centro de trabajo, ya lo adelanto, genera en todas las instancias judiciales en que ha sido visto el conflicto, la convicción de que es una carga temporal exagerada para las personas trabajadoras, por la distancia existente con aquel en el que prestaban anteriormente sus servicios y con un coste añadido de gastos de viajes, tanto si fueran en vehículo privado como en transporte público, incrementándose la duración del tiempo de viaje en este segundo supuesto, que en modo alguno puede entenderse justificado por el poder de dirección del que dispone la parte empresarial en la relación de trabajo

2. Recurso de suplicación

El recurso de suplicación se interpuso al amparo del art. 193 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), es decir con alegación de infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, en concreto los artículos relativos al poder de dirección empresarial (arts. 5.c y 20), movilidad geográfica (art. 40), y MSCT (art. 41).

Al entrar en el examen del recurso, la Sala autonómica repasa primero los hechos probados, poniendo especial énfasis en el octavo, en el que se recoge la distancia que media hasta el nuevo centro de trabajo y el tiempo que ha de invertir la persona desplazada en su trayecto de ida y vuelta.

No estamos en presencia, afirma correctamente la Sala, de un supuesto de movilidad geográfica, ya que no se produce un traslado de domicilio, y aquello que debe reseñarse es que la parte empresarial ejerce un poder de dirección que va más allá del marco normativo regulador, que no estamos en presencia de una mera movilidad funcional, atendiendo a la importancia de la distancia entre centros de trabajo y el tiempo que se ha de invertir en los trayectos de ida y vuelta, sino ante una real MSCT.

Conviene conocer que decía el citado hecho probado octavo: “La distancia entre el antiguo y el actual centro de trabajo es de entre 58 y 60 km por carretera, con una duración aproximada en automóvil de entre 40 minutos y una hora; y de 40 minutos en caso de iniciar el trayecto de ida a las 07:00 horas de la mañana y de entre 35 minutos y

45 minutos en caso de iniciar el trayecto de vuelta a las 17:00 horas (folios 73 y 74). En caso de utilizar transporte público, el desplazamiento es aproximadamente de 1 hora y 30 minutos, sin tener en cuenta los tiempos de espera (folios 45 a 52). El coste del billete de tren asciende a 7,84 euros diarios (hecho no controvertido)”.

Conocemos en el fundamento de derecho único la tesis del JS para estimar la demanda, cual fue que “un desplazamiento sobrevenido de entre tres y cuatro horas diarias incide en la causa misma del contrato, que se ve alterada en su configuración básica. Y es así porque el sacrificio exigido al trabajador excede el de una medida amparada en la mera movilidad funcional”, así como también, en el fundamento de derecho segundo, 2, de la sentencia del alto tribunal, su justificación para apartarse de la sentencia del TS de 15 de junio de 2021, cual fue “... que en ella no consta el tiempo empleado en el traslado diario al centro de trabajo, mientras que en este caso queda acreditado que representa un 50% de la jornada de trabajo”.

La Sala comparte plenamente este criterio, tanto por considerar que se va más allá por parte empresarial de su poder ordinario de dirección, como por ser del parecer que no es posible una interpretación del art. 41 que permita acudir al mismo para tomar una decisión como la que es objeto del litigio. El TSJ, con tesis clara e indubitada, no tiene dudas al respecto:

“... una interpretación no condicionada del artículo 41 ET (esto es: que cualquier modificación locativa que no comporte el cambio de residencia forma parte del *ius variandi*, sin tener presente los efectos que ello conlleva para las personas asalariadas) comporta evidentes efectos negativos para quien se vea afectado en aquellos casos en que la situación resultante sea claramente perniciosa, para incidir en la suya familiar y alterar sensiblemente el régimen de obligaciones contractuales. Y esto por un simple motivo: las personas afectadas encontrarían en la disyuntiva de aceptar un cambio que afecta en gran medida a su vida o deben dimitir de la relación laboral, sin posibilidad de una indemnización compensatoria”.

3. RCUD

Contra la sentencia de suplicación se interpuso RCUD por la parte empresarial, con aportación como sentencia de contraste de la ya utilizada en instancia y suplicación, la dictada por el TS el 15 de junio de 2021, de la que fue ponente la magistrada María Lourdes Arastey⁶, en la que se sostuvo que “... en el presente caso, no se ha producido tampoco una alteración de la categoría ni de las funciones del actor, preservándose a ultranza su nivel retributivo, incluso en el concepto relacionado con la domiciliación del trabajador. Por ello, con independencia de que los desplazamientos al nuevo puesto de trabajo pudieran motivar otros gastos -que no son objeto del presente pleito- ha de concluirse con la acomodación a derecho de la decisión empresarial, la cual, por cierto, no estaba exenta de modo absoluto de justificación, ni parece obedecer a una irracional discrecional, sino que, por el contrario, muestra claros indicios de obedecer a la necesidad de cumplimiento de otras obligaciones empresariales relacionadas con la prevención de riesgos, lo que abundaría en su adecuación y proporcionalidad”.

⁶ STS-SOC 624/2021 de 15 de junio de 2021, (rec. 6396/2018).

Con prontitud centra la Sala la cuestión a la que debe dar respuesta, cuál es la de “determinar si debe calificarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo la decisión de la empresa de destinar de forma definitiva a las demandantes a prestar servicio en otro centro de trabajo, que no exige a las trabajadoras un cambio de residencia”.

Repasa a continuación las tesis de la sentencia recurrida, para pasar a continuación a sintetizar el contenido del RCUD, en el que la parte empresarial insiste en que no estamos en presencia de un traslado, por una parte, y que el TS apoya su tesis, con amplia referencia a la sentencia antes referenciada, coincidiendo en este punto con la defendida en el Informe del Ministerio Fiscal.

Procede inmediatamente la Sala a examinar si concurre el requisito de contradicción obligatoriamente requerido por el art. 219.1 LRJS entre ambas sentencias, subrayando la importancia que le confiere en esta ocasión, dado que se trata de una sentencia de la misma Sala Social del TS, ya que “... determinará necesariamente la estimación del recurso en aplicación de la doctrina jurisprudencial de referencia, a salvo de que concurren razones excepcionales que pudieren conducir a rectificar aquella jurisprudencia”

Examina con mucha atención y detalle la sentencia recurrida, para concluir, con acierto a mi parecer, que, en la misma línea que la sentencia de instancia, no desconoce la sentencia del TS, sino que no la considera aplicable en razón de las diversas circunstancias concurrentes en los dos conflictos examinados.

Sigue con la sentencia aportada de contraste, y tras enfatizar varios de los contenidos del fundamento de derecho segundo que ha transcrito con anterioridad, recuerda que la Sala encontró justificada las causas alegadas por la empresa, por una parte, y que, siendo este punto personalmente el que considero más relevante, “(no aparece) ninguna referencia específica al tiempo que el trabajador debería de emplear diariamente en los desplazamientos al nuevo centro de trabajo “.

Llega el momento de decidir si existe la contradicción entre ambas sentencias, Observa la Sala elementos “sustancialmente idénticos”, como son la distancia al nuevo centro de trabajo (alrededor de 60 kms), y la inexistencia de cambio de residencia, por lo que al no haber discrepancia sobre la inexistencia de traslado (movilidad geográfica, art. 40 LET) no hay al respecto, en este punto, “discrepancia doctrinal que debiere ser unificada”.

Pero, serán las diferencias que encuentra entre ambas las que llevarán a la Sala, en esta fase del procedimiento, a la desestimación del RCUD y la declaración de firmeza de la sentencia recurrida del TSJ de Cataluña.

En primer lugar, la falta de mención en la sentencia de contraste al tiempo invertido en los desplazamientos al nuevo centro de trabajo y posterior regreso una vez finalizada la jornada laboral, mientras que en la recurrida suponen “casi cuatro horas” si se realiza en transporte público. Coincido con el JS, el TSJ y el TS, en que se trata de un dato de especial importancia y asimismo de especial afectación “a la vida cotidiana de las trabajadoras”, que, sin duda, y esta es una reflexión personal pero que

está implícita en las sentencias del litigio, impacta en la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

En segundo término, y siempre partiendo en mi análisis de los hechos probados, en la sentencia de contraste se consideró justificada la razón de la decisión empresarial, “relacionada con la prevención de riesgos laborales”, mientras que en la recurrida no constan causas organizativas o productivas que la pudiera justificar, dado que fue especialmente valorado en la sentencia de instancia, y que ahora retoma el TS por considerarlo “especialmente relevante a la hora de valorar si la decisión de la empresa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o se enmarca dentro del *ius variandi*, como una de las facultades de movilidad funcional que le corresponden en la organización y dirección de la actividad empresarial”.

Al respecto, y en sintonía con la fundamentación de la sentencia del TSJ, la Sala acude a su sentencia de 23 de mayo de 2023, de la que fue ponente el magistrado Ángel Blasco⁷ para subrayar que

“... Cualquier decisión del empresario consistente en la supresión de una condición más beneficiosa es susceptible de ser impugnada por el trabajador o, en su caso, mediante una acción colectiva con independencia de que la supresión en sí pueda no ser calificada de “sustancial”. El hecho de que cuando la modificación es sustancial, la ley establezca un procedimiento específico para su modificación con participación de los representantes de los trabajadores, exija la concurrencia de unas causas y anude unos determinados efectos, no significa en modo alguno que cuando la modificación no pueda ser considerada sustancial, el empresario pueda modificar o suprimir una condición contractual de forma unilateral sin que tal decisión quede sometida al control judicial.

Al contrario, dado que el artículo 1256 CC dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, resulta obvio que no puede el empresario suprimir de manera unilateral una condición contractual -una condición más beneficiosa- y, si lo hace, podrán los afectados efectuar la oportuna reclamación judicial, sobre la que el órgano judicial se pronunciará a la vista de las circunstancias concurrentes”.

Y como (casi) siempre digo al finalizar las entradas que publico en mi blog, buena lectura..., obviamente no sólo de este artículo sino de todos los publicados en este libro de homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar.

⁷ STS-SOC 370/2023 de 23 de mayo de 2023 (rec. 169/2021).

Límites inéditos al poder de dirección empresarial ¿indemnidad de la representación legal frente al ejercicio del *ius variandi* ordinario?

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

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

I. Prefacio

Una distinción como haber sido invitada a participar en un libro homenaje a una personalidad del iuslaboralismo tan notable y carismática como el profesor Montoya Melgar se encuentra compelida a un preludio dedicado a destacar su preciosa contribución a dar forma a una institución del calibre del poder de dirección del empresario. De hecho, otro acierto de esta iniciativa es dedicar la obra en su homenaje a ese asunto en su integridad. Y, a decir verdad, para destacar la relevancia de este tributo a la elaboración científica del derecho del trabajo no es menester sino acudir a las palabras del maestro de maestros, el profesor Alonso Olea, quien en su prólogo al libro *El poder de dirección del empresario*¹, atribuía al estudio y al autor “el valor de haber abordado, sin vacilaciones, esta construcción unitaria para una institución de tan difícil encuadre y configuración jurídica...”. Unitaria en el sentido de que, ya entonces, supo considerar indisociables y conjugar la doble vertiente de lo individual y de lo colectivo, del poder como parte de la estructura y disciplina del contrato de trabajo, y del poder como elemento consustancial a la realidad empresarial, en la medida en que la empresa constituye un “círculo natural de poder”.

Abundando en este hecho, uno de sus aventajados discípulos, el profesor Sempere Navarro, en directa evocación del prólogo de Alonso Olea, no ha dudado en atribuirle al profesor Montoya “la máxima autoridad sobre una cuestión tan axial como

¹ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

compleja”², a partir de cuyas “clarificadoras aportaciones” se han nutrido y “se nutren las construcciones legales o jurisprudenciales actualmente imperantes acerca de los límites del poder de dirección empresarial”³. Es esta, justamente, la faceta que inspirará estas pocas, aunque muy sinceras, respetuosas y admirativas, líneas que siguen.

II. Las garantías de indemnidad como límite al poder de dirección empresarial

Como nos recordaba el profesor Sempere en su ya mencionada “Memoria de un Director”⁴, en los sesenta años que han pasado desde la publicación de la obra culmen sobre el poder de dirección del empresario se han ido produciendo sobre tan central cuestión cambios normativos, interpretaciones judiciales, formulaciones jurisprudenciales y de doctrina constitucional, y comentarios, propuestas, estudios y análisis impulsados desde el ámbito científico y académico de una magnitud y variedad que resulta sumamente difícil ser original o innovador en el enfoque y tratamiento de alguno de los aspectos o parcelas de una institución tan elaborada y trabajada. Ni siquiera acerca del impacto de la revolución digital y de la irrupción de la IA queda ya apenas algo que no se haya dicho y repetido hasta la fatiga. Pese a todo, con toda modestia, y aun a riesgo de que esto pueda parecer un tanto irrelevante o excesivamente tangencial, voy a hacer un intento. La ocasión lo merece.

A nadie se le escapa que un hito decisivo para la conformación de nuestro modelo y la edificación renovada de nuestra disciplina fue la transición democrática y la elevación de las instituciones del sistema de relaciones laborales y los derechos que les prestan sustento a categorías de relevancia constitucional, en cuyo frontispicio se encuentra el derecho de libertad sindical. No en vano el TC ha calificado desde el principio a los sindicatos como organismos básicos del sistema político⁵, e instrumentos de “contrapoder” frente al poder empresarial⁶. Pues bien, ello mismo supuso un cambio sustancial en los principios que informan y rigen el ejercicio de los poderes empresariales, entre cuyos límites más significativos se encuentran los derechos que integran el fenómeno sindical, la organización, la acción, la representación, la negociación y la autotutela colectivas. La propia evolución y desenvolvimiento de esos derechos ha ido engrosando las vertientes, dimensiones y facetas que integran su ya de por sí intrincado y poliédrico contenido. De lo cual es paradigma o expresión por excelencia la creación de una figura, la garantía de indemnidad sindical, un mecanismo con un inusitado potencial y significado limitador de las facultades empresariales, y que a su vez no ha dejado de expandirse al ámbito individual y colectivo, incluso fuera del contorno estricto de la acción sindical, señaladamente, y por lo que aquí estrictamente

² SEMPERE NAVARRO, A.V., “Memoria de un Director: Alfredo Montoya Melgar”, publicado por la AEDTSS el 01/05/2025 [<https://www.aedtss.com/memoria-de-un-director-alfredo-montoya-melgar/> (última consulta el 2 de septiembre de 2025)].

³ Otra obra clásica de referencia, a ese respecto, y con participación del profesor Montoya Melgar es DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A., y SALA FRANCO, T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

⁴ Véase nota anterior.

⁵ STC 11/1981, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:1981:11).

⁶ Entre otras muchas, en la STC 281/2005, de 7 de noviembre (ECLI: ES:TC:2005:281).

interesa, al de la actividad de quienes integran y forman parte de la representación unitaria en la empresa⁷.

Simplificando mucho la explicación de en qué consiste este peculiar dispositivo de defensa, bastará con recordar que se trata de una técnica de tutela que se activa con el fin de proteger a las personas trabajadoras del efecto peyorativo o pernicioso que hubieren podido ocasionar las decisiones o medidas adoptadas por la empresa como reacción y en represalia por el ejercicio legítimo de sus derechos, y como refuerzo de la protección y amparo de la efectividad de esos mismos derechos. Se trate del ejercicio de acciones y reclamaciones, judiciales o de otro tipo, conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva del art.24.1 CE; de derechos de carácter sindical, vinculados al art.28.1 CE y concordantes; y extensivo a otras “nuevas” formas de indemnidad, como las que tienen que ver con las distintas causas de discriminación -no en vano la garantía presenta una directa conexión con la tutela antidiscriminatoria-; o con la que yo he dado en llamar “indemnidad familiar”, derivada del ejercicio de los derechos de conciliación. Enumeración que, seguramente, no es exhaustiva de todas las formas que reviste este resorte, todas ellas abundantemente estudiadas por la doctrina científica.

La idea de explorar estos nuevos recorridos y vericuetos para la activación de la garantía de indemnidad surge del análisis y comentario de un pronunciamiento de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de fecha 4 de febrero de 2025 (Rec.5294/2024)⁸. Para ser más exactos, de una posibilidad que se apunta en el escrito de impugnación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la sentencia estimatoria dictada en la instancia. Enseguida concretaré en qué consiste, y cómo y por qué se llega a formular esta propuesta.

III. Garantía de indemnidad y nulidad del despido antisindical

La referida STSJ de Galicia, de 4 de febrero de 2025 (Rec.5294/2024) confirmó la Sentencia nº91/2024, del Juzgado de lo Social nº4 de Santiago de Compostela, de 27 de marzo de 2023, recaída en procedimiento de despido, que había declarado en la instancia la nulidad de la decisión extintiva adoptada por la empresa demandada, condenando a la entidad “CONSERVAS RIANXEIRA” a la readmisión del actor, con abono de los salarios de tramitación e indemnización por los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales.

El origen del pleito es una decisión extintiva de carácter disciplinario adoptada por la empresa, contra la que el actor interpuso la oportuna demanda por despido, interesando la declaración de la nulidad de la medida y, subsidiariamente,

⁷ Un estudio a este respecto del máximo interés y rigor es el realizado por CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, en especial las pp.351 y ss. Por cierto, fruto de una magnífica tesis doctoral defendida en la Universidad Pablo de Olavide ante un selecto tribunal presidido por el profesor Montoya Melgar.

⁸ Que puede leerse en MARTÍNEZ MORENO, C., “Los distintos tipos de indemnidad y el sentido amplio de la garantía en que consiste. A propósito de la STJSJ de Galicia, de 4 de febrero de 2025”, *Revista de derecho social* nº110, 2025, pp.169-178. Otro comentario de esta sentencia puede verse en FERNÁNDEZ MORALES, J., “El necesario resurgir del principio tuitivo y la garantía de los derechos fundamentales. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 548/2025 de 4 de febrero de 2025)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* núm.162, 2025, pp.215 a 222.

la improcedencia. Como enseguida se llegará a comprender, va a resultar decisiva la intervención como coadyuvante del sindicato CCOO en virtud de lo previsto en el art.177.2 LRJS⁹, y en desarrollo de uno de los papeles que puede asumir el sindicato como parte de su actividad -el de la defensa jurídica de intereses- que no ha dejado de cobrar trascendencia. El hilo de los hechos que constan acreditados es el siguiente: el trabajador era miembro del comité de empresa, y había venido desarrollando durante el año anterior al despido una relevante actividad sindical, dentro y fuera de la entidad empleadora; la empresa había decidido, sin motivación aparente, trasladarle junto con otro compañero a una nave donde no se le dieron ni instrucciones ni ocupación efectiva alguna, pero tampoco se le hizo advertencia ni observación sobre que esa situación constituyera un incumplimiento o ilícito contractual. Pese a todo, la empresa finalmente decide su despido por razones disciplinarias, precisamente sobre la base de que estaba incumpliendo sus obligaciones laborales. Constatada la veracidad de estos hechos, el juzgador de instancia no tiene más que aplicar las reglas sobre la distribución de la carga probatoria en supuestos de existencia de indicios suficientes de lesión de derechos fundamentales, en el caso, la actividad representativa y reivindicativa desarrollada por el demandante, para concluir estimando la demanda y declarando la nulidad del despido por lesión del derecho de libertad sindical y la garantía de indemnidad que del mismo forma parte integrante. Concorre aquí, además, una múltiple perspectiva relativa al correcto, regular o legítimo ejercicio por el empresario de sus facultades directivas y disciplinarias, puesto que se considera que no sólo no se aprecia ni acredita la existencia de una causa real para el despido, sino que este es el resultado o producto de una previa decisión, también sin causa, la de traslado a otro centro, una nave vacía; que a su vez se acompaña de una dejación por la empresa de sus facultades de dirección y ordenación de la prestación de trabajo del empleado, que origina una situación que acabaría desembocando en la medida disciplinaria extintiva. El juzgador no tarda en establecer una conexión directa entre el comportamiento de la empresa y la existencia de una conducta antisindical, reactiva a la actividad que el demandante venía desarrollando. La condena comprende, pues, el efecto resarcitorio de la lesión mediante la correspondiente indemnización por daños. Pero es esta una cuestión en la que ahora no parece oportuno profundizar.

A partir de aquí, el debate que tiene lugar para la resolución del recurso de suplicación interpuesto por la empresa tiene escaso recorrido, salvo por la incidental alegación que motiva este breve comentario, a la que se hará referencia al final. Por una parte, en relación con la extensa revisión fáctica pretendida por la recurrente, la Sala gallega descarta que haya concurrido error en la valoración de la prueba, sobre la base de dos elementales argumentos: el carácter extraordinario, cuasi-casacional, de este recurso¹⁰, que lo diferencia de una apelación, y que únicamente puede articularse a partir de los motivos legalmente tasados (art.193 LRJS)¹¹; y la aplicación de la bien conocida

⁹ Puede citarse, por todos, a LILLO PÉREZ, E., “El sindicato como coadyuvante en los procesos sobre violación de los derechos fundamentales promovidos por sus afiliados”, *Revista de Derecho Social* nº12, 2000, pp.147 a 150, que es, a la sazón, quien representa a CCOO en este procedimiento.

¹⁰ STS de 24 de enero de 2023 (Rec.3851/2019).

¹¹ ALFONSO MELLADO, C.L., *La motivación del recurso de suplicación contra sentencias laborales: análisis crítico*, Bomarzo, Albacete, 2007.

doctrina constitucional sobre la prueba de indicios de lesión de derechos fundamentales. Y en cuanto al fondo, aunque la sentencia entremezcla incomprensiblemente el asunto nuclear referido a la indemnidad sindical con la garantía de indemnidad integrante del derecho a la tutela judicial efectiva -si bien es cierto que el actor había efectuado varias denuncias ante la ITSS-, lo relevante es que se concluye desestimando el recurso de la empresa y confirmando íntegramente la resolución de instancia, fundamentalmente por la existencia de una conducta inmediata reactiva y en represalia a la acción sindical desarrollada por el trabajador, primero trasladado, luego desocupado y finalmente despedido¹².

IV. La posible vis expansiva de la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores

El propósito de esta modesta aportación es retomar una cuestión incidental, un planteamiento que se hace en una de las alegaciones del escrito de impugnación del recurso de suplicación formulado por la representación letrada del sindicato interviniente, que aunque no ha resultado decisiva y no ha sido objeto de debate, resulta interesante y creo que bastante novedosa¹³.

Entre los argumentos que se esgrimen en defensa de la solución adoptada en la instancia, y abundando en los que dicho pronunciamiento asume -“burdo intento de separar al representante de los trabajadores representados y generar un ambiente de hostilidad por la vía de no darle ocupación efectiva ni fijar ningún mecanismo legítimo de verificación de su prestación de servicios”, con lesión incluso de su dignidad personal- se incluye otro más insólito o inesperado, el de que tampoco se ha respetado su prioridad de permanencia en el puesto de origen (supuesto que el cambio de centro hubiera podido apoyarse en una necesidad organizativa real). Una garantía, verdadero dispositivo de indemnidad- que en origen se reconoce a los representantes legales de las personas trabajadoras en el art.68 b) ET para preservar su mandato y el ejercicio de sus funciones, y la continuidad, estabilidad y operatividad del propio órgano de representación, sobre el presupuesto de que ciertas medidas o decisiones de la empresa podrían poner en peligro tanto lo uno como lo otro. Pero que, más recientemente, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en el período de consultas, se puede extender a otras personas trabajadoras especialmente sensibles o en similar situación de vulnerabilidad, y más necesitadas de una tutela reforzada de la estabilidad de su empleo o la preservación de sus condiciones de trabajo, como, por ejemplo, los trabajadores con cargas familiares, las personas mayores de determinada edad o con discapacidad (arts.40.7, 51.5 ET)¹⁴. Y que, por otro lado, también conviene subrayarlo, no supone un límite absoluto al ejercicio del poder de dirección de la empresa, sino que se traduce en realidad en lo que también se ha dado en llamar un “derecho de ultimidad”, una

¹² Sobre la conexión en el tiempo de las conductas reactivas empresariales como fuerte indicio de vulneración de derechos, ver FOLGOSO OLMO, A., *La garantía de indemnidad*, BOE, Madrid, 2021, pp.347 y ss.

¹³ Abunda en el interés de las alegaciones de Enrique Lillo en el escrito de impugnación del recurso de suplicación FERNÁNDEZ MORALES, J., *loc.cit.*, pp.215 a 222.

¹⁴ Por extraño que parezca, el 52 c) ET no lleva a cabo esa extensión para los casos de despido objetivo.

preferencia frente a otros trabajadores en la misma posición o igualmente susceptibles de ser afectados por la medida de ajuste que se requiera y decida adoptar.

En definitiva, en el caso concreto, se sostiene que no se ha respetado esa prioridad de permanencia que garantizan los arts.40.7 y 68 b) ET, que hubiera debido considerarse susceptible de ampliación a las decisiones que, sin constituir propiamente un supuesto de movilidad geográfica (puesto que no ha habido necesidad de cambio de residencia), forman parte del contenido del *ius variandi* empresarial, del poder de dirección ordinario ejercido *ex art.20 ET*. Máxime cuando se trata de acciones similares o de sentido equivalente, pero desprovistas de los controles y cautelas que en las ocasiones en que el ejercicio del poder empresarial es de mayor intensidad -despidos colectivos y objetivos, suspensiones y reducciones de jornada por causa empresarial y movilidad geográfica- acompañan al proceso de adopción de la medida.

La pregunta que se formula en el título de este breve comentario es si podríamos referirnos a esta posibilidad como uno de los límites inéditos al poder de dirección del empresario, pues no conocía ninguna línea interpretativa en la doctrina judicial ni en la jurisprudencia, ni propuestas doctrinales en este sentido. Aunque algún autor ya citado recoge algún precedente¹⁵. En concreto, la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2004 (Rec. 464/2003), que efectivamente extiende la prioridad de permanencia a un caso de movilidad no constitutiva de traslado ni desplazamiento, esto es, no subsumible en el art.40 ET, pero sobre la premisa de la presencia de un elemento que también concurre aquí, que es la existencia de indicios de que la decisión fue una represalia, amén de una acción discriminatoria. Es decir, en su genuino papel de mecanismo de indemnidad ante conductas antisindicales. El otro precedente que cita este autor, la STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2008 (Rec.1255/2008), no actuaría propiamente en esta línea interpretativa, puesto que en este caso el tribunal no se pronuncia sobre si resulta o no aplicable la prioridad de permanencia, ya que el reintegro en el puesto de trabajo de origen del actor se ordena sencillamente a partir de la nulidad de la decisión de cambio de centro por antisindical.

¹⁵ FERNÁNDEZ MORALES, J., *loc.cit.*, pp.215 a 222.

El poder de dirección del empresario y el traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia: a propósito de la STS 194/2025, de 12 de marzo

NURIA DE NIEVES NIETO

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

Es imposible abordar con rigor el estudio del poder de dirección del empresario en el marco del Derecho del Trabajo sin evocar el magisterio del Maestro Montoya Melgar. Entre toda su vasta obra, que ha sido y sigue siendo un referente imprescindible para la doctrina laboralista, destaca su primer trabajo de investigación: su tesis doctoral sobre el poder de dirección del empresario¹ en la que, como en el resto de sus escritos, supo combinar de forma extraordinaria la precisión técnica con la profundidad jurídica. El mencionado trabajo constituye, como no podía ser de otra forma, el fundamento teórico en el que se inspiran las siguientes consideraciones.

En el ámbito de las relaciones laborales, el poder de dirección es considerado como una de las manifestaciones más relevantes de la posición organizativa que ostenta el empleador. Este poder, reconocido en el artículo 20 ET, permite ordenar, acomodar y modificar, dentro de ciertos límites, las condiciones en las que se presta el trabajo. Así, el empresario puede llevar a cabo la adaptación de determinados aspectos de la relación

¹ MONTOKA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965. Más tarde, publicó otros estudios sobre el poder de dirección como “Dirección de la actividad laboral” en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, EDERSA, vol. V, Madrid, 1985; “La nueva configuración del poder de dirección del empresario” en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Asociación Española de Derecho del Trabajo, Madrid, 1995; “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, 2000; “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004 y “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario” en PÉREZ DE LOS COBOS, F., (Dir.) *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

laboral, como el lugar en el que se desarrolla la actividad laboral o las funciones a desempeñar por el trabajador, desplegando con ello una labor de especificación progresiva de la conducta laboral del trabajador. Éste, por su parte, al celebrar el contrato, acepta someterse a las órdenes e instrucciones del empresario relativas a esa organización del trabajo.

Admitiendo la improbabilidad de que las condiciones inicialmente pactadas queden absolutamente prefijadas, cabe que puedan producirse alteraciones de ciertas circunstancias que exijan modificaciones de la prestación inicialmente convenida. Esas decisiones del empresario pueden operarse dentro del ejercicio regular del poder de dirección -art. 20 ET- o con algunas limitaciones legales -arts. 40 y 41 ET-. El poder directivo del empresario, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia constitucional (STC 104/1987 o STC 8/1995), no es absoluto, sino que debe ejercerse con respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos fundamentales, dentro del marco legal y con sometimiento al principio de buena fe.

Como manifestación de esa potestad de dirección, el ordenamiento jurídico reconoce al empresario el *ius variandi*, que es una proyección específica de este poder que le permite alterar unilateralmente algunos aspectos no esenciales de la prestación laboral contratada.

Uno de los ámbitos más controvertidos del *ius variandi* es el cambio de centro de trabajo que no exija variación en la residencia y, por tanto, no lleve a activar las garantías de la movilidad geográfica, regulada en el artículo 40 ET. Del régimen establecido en dicha disposición -que trata de proporcionar un equilibrio entre el interés empresarial en reorganizar la actividad productiva y el derecho del trabajador a la estabilidad geográfica y personal- queda excluido el simple cambio de centro de trabajo que se produce dentro de la misma localidad, provincia o área metropolitana, o incluso a una distancia razonable, y que no conlleve alteración de domicilio. Este tipo de decisiones empresariales se ha situado habitualmente en el ámbito del *ius variandi* ordinario del empresario (art. 20 ET), lo que hace que no requiera justificación ni habilite al trabajador a rechazarlo, siempre que no se altere sustancialmente el contenido de la relación.

Así lo estimó el TS en varios asuntos, entre los que destaca la sentencia de 15 de junio de 2021 (rec. 3696/2018)², al apreciar que el referido cambio constituía una modificación accidental de las condiciones de trabajo encuadrada en el poder de dirección de empresario. Calificó de válida la decisión unilateral del empresario de trasladar a un trabajador a un centro de trabajo sito a 56 km de distancia del lugar en que venía prestando servicios, sin acudir al trámite de movilidad geográfica por no existir afectación en la residencia del trabajador; siguiendo criterios de racionalización de recursos, dicho traslado se consideró amparado por las facultades directivas del

² SSTs Sala IV de 19 diciembre 2002 (rec. 3369/2001), 18 marzo 2003 (rec. 1708/2002), 16 abril 2003, (rec. 2257/2002), 19 abril 2004 (rec. 1968/2003), 14 octubre 2004 (rec. 2464/2003), 26 abril 2006 (rec. 2076/2005), 18 diciembre 2007 (rec. 148/2006), 5 diciembre 2008 (rec. 1846/2007), 12 julio 2016 (rec. 222/2015), 18 junio 2020 (rec. 124/2018) o 15 de junio 2021 (rec. 3696/2018).

empresario, lo que conllevó que a éste no se le requiriera una motivación de la causa del cambio de centro ni el cumplimiento de ciertos trámites.

Otras resoluciones menores se habían manifestado en sentido contrario, estimando que aun cuando el traslado de centro no suponía alteración de residencia podía tratarse de una movilidad geográfica³ -con apoyo en el antiguo artículo 301 LGSS sobre “colocación adecuada”⁴, del que derivó que cambios de más de 30 km debían ser considerados traslados, por aplicación supletoria del art. 40 ET-.

Pese a la diversidad de pareceres, el criterio general ha sido, como decimos, el de apreciar que el traslado definitivo a otro centro de trabajo sin incidencia en la residencia constituye una manifestación del *ius variandi*. Su ejercicio no requiere justificación ni atribuye tampoco al trabajador afectado el derecho extintivo -que sí se anuda a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo-, de modo que su rechazo supondría una dimisión sin derecho a indemnización. Pero esta regla parece haber sido revisada por el TS recientemente con ocasión de un asunto que analizaba la intensidad del perjuicio de la decisión empresarial (incremento notable de gastos o tiempos de duración de desplazamiento). Sería la gravedad de los efectos que para los trabajadores tendría la decisión del empresario -que podría provocar la ruptura del equilibrio contractual pactado- lo que determinaría que la decisión modificativa pudiera no ser calificada de accidental.

El propósito del presente comentario es anotar, muy sucintamente, alguna consideración acerca de los límites que se imponen al ejercicio del poder de dirección empresarial en caso de desplazamiento intensivo de trabajadores sin alteración de residencia. La STS 194/2025, de 12 de marzo (rec. 924/2023), aporta una interpretación relevante sobre esos cambios al matizar el tradicional alcance del poder de dirección empresarial: incorpora el principio de proporcionalidad como límite operativo frente a cambios organizativos que, sin alterar el domicilio del trabajador, sí inciden de forma significativa en sus condiciones reales de trabajo. A ella nos referimos en las siguientes líneas.

Los hechos que dieron lugar a la controversia planteada fueron los siguientes: la empresa había comunicado, en octubre de 2021, a cinco trabajadoras su traslado definitivo a un centro situado a unos 60 km de la sede anterior en la que prestaban servicios; pese a que el traslado no implicaba cambio de residencia, requería entre tres y cuatro horas diarias de desplazamiento, lo que representaba aproximadamente el 50% de la jornada laboral; la empresa alegó que se trataba de una medida organizativa dentro de sus facultades -a la que acompañó de una compensación de 3000 euros y otros beneficios- pero no acreditó causa organizativa o productiva alguna que justificara el cambio.

El Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona apreció, en sentencia de 27 de enero de 2022, que las consecuencias especialmente onerosas que la medida empresarial

³ Se decía que una modificación de tal calibre iba más allá de la llamada “movilidad débil” para constituir traslado o desplazamiento. STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 2004 (rec. 826/2003).

⁴ Con base en la redacción anterior a la actual -que ha sido introducida por el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo-. STSJ Andalucía (Málaga) de 4 de julio de 2018 (rec. 709/2018).

provocaba a las trabajadoras hacían que excediera de la facultad del empresario de alteración unilateral de los límites de la prestación de trabajo, es decir, del *ius variandi*. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en sentencia de 21 de noviembre de 2022, desestimó el recurso de la empresa y confirmó en sus términos la decisión de instancia, que había entendido que la decisión empresarial constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo injustificada.

El TS admitió a trámite el recurso presentado por la empresa -en el que se había alegado infracción de los artículos 40, 41, 5.1.c) y 20 ET- a fin de examinar el cumplimiento del requisito de contradicción, en relación con la sentencia del TS de 15 de junio de 2021 -antes aludida-. La principal cuestión que debía resolver al Alto Tribunal era la relativa a si cabía considerar que un cambio de centro de trabajo sin alteración de residencia constituía un supuesto de movilidad geográfica -art. 40 ET-, suponía el ejercicio por la empresa del *ius variandi* -arts. 5 y 20 ET- o, en su caso, implicaba una modificación sustancial de las condiciones de trabajo -art. 41 ET-. Se discutía si la decisión organizativa empresarial aplicada sobrepasaba los límites del equilibrio contractual pactado entre las partes, al exigir a las trabajadoras un sacrificio que excedía de la movilidad funcional legalmente aceptable.

La Sala primeramente descartó -como ya hicieran los juzgadores anteriores- que se tratara de un supuesto de movilidad geográfica puesto que la decisión del empresario no había producido un traslado de domicilio de las afectadas⁵. Sobre este aspecto no había discrepancia doctrinal entre la sentencia recurrida y la de contraste. Sí podía haberla, en cambio, con relación a los criterios aplicados para atribuir a la modificación empresarial la calificación de accidental o sustancial. En el presente caso concurrían dos factores determinantes que no aparecían en el asunto resuelto en 2021: en primer lugar, el desplazamiento diario en transporte público de entrada y salida al nuevo centro de trabajo requería casi la mitad de la jornada de trabajo, sin que algo así constara en el caso de la referencial; y, en segundo lugar, la orden del empresario obedecía en el asunto analizado a la pura discrecionalidad, puesto que, a diferencia de la de contraste, no se encontraba justificada en razón alguna ni en la necesidad de cumplimiento de otras obligaciones empresariales.

Debía, pues, resolverse si esa decisión de traslado definitivo debía ser considerada como manifestación del *ius variandi* o como modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Para ello cabía analizar diversos factores que iban más allá de la mera distancia en kilómetros, como, por ejemplo, la accesibilidad (si el centro estaba bien

⁵ Salvo previsión en el convenio colectivo de aplicación (por ejemplo, 25 km. en el caso del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados o del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca), el traslado a centro de trabajo sito en población distinta de aquella en la que se prestan los servicios implica en sí misma un cambio de residencia (STS de 16 de abril de 2003 (rec. 2257/2002)). “En cuanto a los criterios para determinar si la reubicación exige cambio de residencia se ha de acudir a una serie de parámetros que muchas veces vienen fijados en los propios convenio colectivos (más allá de municipios limítrofes, un número de kilómetros de terminado, etc); pero, en defecto de pautas concretas, la jurisprudencia suele acudir a datos como la distancia kilométrica entre el nuevo y el antiguo puesto de trabajo, tiempo empleado para el desplazamiento, la existencia de una buena red vial (autovía o autopista) y la existencia de medios de transporte público (principalmente por carretera o ferroviarios)”. STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2015 (rec. 5259/2014).

comunicado, si existían conexiones directas en transporte público y si los horarios permitían que la plantilla pudiera compatibilizar los desplazamientos con su vida personal), la afectación a los derechos de conciliación de los empleados o el tiempo que había de emplearse en los trayectos. Estos elementos resultaron determinantes en la argumentación de la Sala por lo que, a la vista del dilatado tiempo que las trabajadoras empleaban en los desplazamientos de ida y vuelta -entre tres y cuatro horas diarias en transporte público- y el impacto que estos periodos producían en su vida personal y familiar (la jornada efectiva, el descanso o la calidad de vida de las trabajadoras), apreció que la decisión empresarial no podía ser considerada como proporcionada y razonable. Ello le llevó a rechazar la contradicción con la sentencia de contraste -en la que prácticamente coincidía la distancia entre centros de trabajo- y confirmar que se trataba de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La consideración de que cualquier modificación locativa que no conlleve cambio de residencia forma parte del *ius variandi* podría comportar evidentes efectos negativos para quien se vea afectado en aquellos casos en los que la situación resulte claramente perniciosa -por incidir en sus circunstancias privadas y alterar sensiblemente el régimen de obligaciones contractuales⁶-. Y esto porque, como había advertido el TSJ, las personas destinatarias de la orden del empresario se encontrarían en la disyuntiva de aceptar esa nueva condición, que afectaba en gran medida a su vida, o dimitir de la relación laboral, sin posibilidad de una indemnización compensatoria. A la vista de ese razonamiento se estimó que, dado que podía constatare una alteración significativa de las condiciones de trabajo resultado de la decisión empresarial -desplazamiento que absorbía un porcentaje elevado de la jornada-, tanto por su impacto en la duración real de la jornada como por las cargas personales derivadas del desplazamiento, la medida empresarial excedía del ámbito del poder organizativo común constituyendo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ciertamente, en la relación de causas de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, no aparece el cambio de centro de trabajo, pero el Tribunal Supremo -reiterando lo que se había estimado previamente- consideró que, al no ser esta una lista cerrada, aquella causa podía entenderse, sin duda, incluida⁷.

Junto a lo que se acaba de anotar, en el asunto aquí comentado se tuvo también en cuenta el hecho de que la decisión empresarial no había sido justificada, a diferencia de lo que había ocurrido en la sentencia de contraste en la que la decisión empresarial de trasladar al trabajador a otro centro se había basado en la necesidad de cumplir con ciertas obligaciones empresariales relacionadas con la prevención de riesgos laborales. Ello determinó, además de la falta de contradicción entre las sentencias, que se terminara confirmando la declaración de injustificada de la medida aplicada. Este elemento de la justificación es relevante, a nuestro entender, más que para valorar si la decisión de la empresa suponía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o era una manifestación del “*ius variandi*”, como parece señalar la sentencia, para que el juzgador

⁶ Una decisión sobre el cambio de centro puede tener efectos materiales tan relevantes como un traslado con cambio de residencia, y, por tanto, debe recibir una respuesta jurídica equivalente en términos de garantías, compensaciones y control judicial.

⁷ Por todas, STS de 12 de septiembre de 21016 (rec. 246/2015).

podiera determinar si había un motivo que la respaldara o respondía a la irracional discrecionalidad del empresario.

Y, con ocasión de la consideración realizada, aprovechó la Sala para hacer la advertencia de que, en caso de no constituir la decisión adoptada modificación sustancial de las condiciones de trabajo -por no haberse producido una alteración material del contenido obligacional del contrato-, no dejaría de existir la posibilidad de reclamación contra el legítimo poder de dirección del empresario -y, en particular, el *ius variandi*-. Tal y como señaló la STS de 12 de marzo de 2023 (rec. 169/2021), “cualquier decisión del empresario consistente en la supresión de una condición más beneficiosa es susceptible de ser impugnada por el trabajador o, en su caso, mediante una acción colectiva con independencia de que la supresión en sí pueda no ser calificada de “sustancial”. En este sentido, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 1256 CC, afirmó que no dejaba de quedar sometida al control judicial una modificación de condiciones de trabajo que pueda no ser considerada sustancial; o, en otros términos, aunque un cambio de centro no obligue a cambiar de residencia podría ser valorado por el juzgador como ilegal.

De lo apuntado se deriva que el poder de dirección empresarial no puede ejercerse de forma desproporcionada o abusiva no pudiendo dejar de respetarse en su ejercicio principios como los de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad o equilibrio contractual.

Interesa destacar, en fin, que el pronunciamiento que aquí se ha referido ha representado un significativo matiz jurisprudencial al introducir el criterio de la “intensidad del desplazamiento” como elemento clave para calificar un cambio geográfico como sustancial, aunque no implique traslado en términos del artículo 40 ET. Más allá de la distancia, que por sí sola puede no determinar la sustancialidad de la modificación impuesta, lo relevante para saber si una decisión excede o no de los límites del *ius variandi* empresarial estaría relacionada con la carga temporal, emocional y económica que el desplazamiento impone al trabajador (que podría afectar gravemente a la conciliación y calidad de vida). Es decir que, aunque no obligue al trabajador a cambiar residencia, un traslado a otro centro puede alterar de forma tan trascendente las condiciones inicialmente pactadas que pueda llegar a considerarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Los avances tecnológicos como causa para modificar condiciones laborales

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. Permeabilidad tecnológica de las condiciones de trabajo

Las relaciones laborales, dado su carácter de tracto sucesivo, están expuestas a ciertas vicisitudes¹ que ponen a prueba su perdurabilidad. Han de actualizarse conforme a los cambios del entorno en el que se desarrollan y, para ello, el legislador brinda a la parte empleadora ciertas herramientas jurídicas destinadas a imponer alteraciones en las condiciones en que se presta el trabajo para acompañarlas con las necesidades de la organización productiva.

En este marco, es evidente que la digitalización y demás cambios tecnológicos que tienen lugar en las empresas pueden incidir decisivamente en las condiciones laborales. Las denominadas “nuevas tecnologías” -en terminología clásica- o “tecnologías disruptivas” pueden revolucionar las circunstancias en las que se desenvuelve la relación laboral, provocando desde la necesidad de adaptar funciones hasta posibles revisiones del lugar de prestación de servicios, métodos de trabajo, sistemas de control de la persona trabajadora², mecanismos para la evaluación del desempeño, etc. El incesante progreso tecnológico hace que también sea constante la necesidad de adaptar condiciones laborales, que deben modernizarse o incluso reinventarse para que el contrato de trabajo siga teniendo sentido, so pena, en caso contrario, de desembocar en su extinción.

¹ Así denominadas por MONTÓYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2024, pág. 473.

² Al respecto, véase MONTÓYA MELGAR, A.: “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, AAVV *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020.

II. Más allá de la causa técnica

Parece lógico pensar que, dentro del elenco legal de causas que pueden justificar una modificación de condiciones de trabajo (económicas, técnicas, organizativas, productivas), los cambios tecnológicos se adscriben a una motivación de naturaleza técnica, que doctrinalmente se relaciona con los avances en materia de mecanización, automatización, informatización, etc., que será necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia.³

El legislador ha incorporado la causa técnica para la modificación de condiciones de trabajo en el ámbito del poder de dirección (art. 20 ET), de la movilidad funcional (art. 39 ET), de la movilidad geográfica (art. 40 ET), de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), de la reducción de jornada (art. 47 ET) y de la inaplicación de convenio colectivo (art. 82.3 ET). Sin embargo, está definida solo en algunos de estos preceptos. En relación con el poder de dirección ni siquiera se menciona expresamente, aunque está claro que los recursos tecnológicos pueden provocar que el empresario dicte órdenes e instrucciones específicas o que los utilice para la vigilancia y el control. En la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la causa técnica se define globalmente junto con la económica, organizativa y productiva, de modo que “se consideran tales las que están relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. Son la reducción de jornada y la inaplicación de convenio las figuras que cuentan con una definición algo más precisa, idéntica a la que se utiliza para justificar un despido por circunstancias objetivas: concurre causa técnica cuando se producen cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

Semejantes definiciones legales, ciertamente amplias, nos colocan en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados⁴. Cabría preguntarse qué circunstancia objetiva en una empresa no tiene conexión con la organización del trabajo, con la competitividad o productividad⁵. Dado que la empresa es un conjunto de factores de producción que funcionan bajo una estructura organizativa o sistema de coordinación central por el que se dispone: qué debe hacerse, cómo debe hacerse, quién debe

³ “Las causas técnicas son las que afectan a los instrumentos de producción. En ellas se considera fundamentalmente la función de producción desde la perspectiva del nivel tecnológico existente en cada momento” (DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, AAVV *El régimen del despido tras la reforma laboral*, *Ibidem*, 1995, pág. 261).

⁴ MARTÍNEZ EMPERADOR, R., juzgaba esto positivamente por entender que una mayor concreción habría significado introducir en las normas un elemento de rigidez no deseado [“Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (Dir.), *Puntos críticos de la reforma laboral*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1996, pág. 122].

⁵ En la línea de este razonamiento, SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., afirman que, mediante este tipo de definición de las causas justificativas, se relaja la carga de la prueba, pues “la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa” [*Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)*, 2ª ed., Civitas, 2012, pág. 215].

hacerlo y cuándo debe hacerse⁶, y que las funciones de la empresa -aprovisionamiento; producción; distribución; gestión del personal; investigación y desarrollo tecnológico; y función financiera⁷- se orientan a la consecución de determinados objetivos que le son propios: la producción y distribución de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas⁸, cabe concluir que en la noción de organización empresarial destacan factores económicos, productivos, técnicos y organizativos.

Ahora bien, la realidad de las organizaciones productivas hace que las cuatro causas no siempre puedan deslindarse claramente unas de otras. En nuestro caso se constata que, aunque los avances tecnológicos se enmarcan de modo natural en la causa técnica, puede tener incidencia más o menos directa en los ámbitos de afectación de las otras tres causas. Así, una innovación tecnológica no solo afecta a los instrumentos de producción, sino que además puede suponer un cambio en los sistemas o métodos de trabajo (ámbito de afectación de la causa organizativa) o mejorar la producción de bienes o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (ámbito de afectación de la causa productiva). Y todo ello, por supuesto, repercutir en la situación económica de la empresa.

El Tribunal Supremo, en una clásica sentencia relativa al despido por circunstancias objetivas, afirmó que la causa técnica puede incidir en el ámbito de los medios o instrumentos de producción pero, a la hora de identificar en qué se concretan los problemas desencadenados por cada tipo de causa, los resumió globalmente indicando que se reflejan “en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etcétera.”⁹

Probablemente sea debido a este carácter difuso de los límites entre las cuatro causas que los pronunciamientos judiciales nos ofrecen diversas posibilidades a la hora de encuadrar entre ellas a los avances tecnológicos, sin que quepa observar un criterio claro por el que unos supuestos se consideran de naturaleza técnica, otros conectan con la causa organizativa y otros con la productiva. Así, se ha enmarcado en la causa técnica, por ejemplo, la automatización de procesos¹⁰, la sustitución de métodos de trabajo obsoletos¹¹, el recurso al control de procesos desde una computadora¹². Se ha aludido

⁶ SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Curso de introducción a la economía de la empresa*, Ediciones Pirámide, 1991, págs. 28 y 59.

⁷ SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Curso de introducción a la economía de la empresa*, Ediciones Pirámide, 1991, pág. 27.

⁸ MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pág. 25.

⁹ STS 14 de junio de 1996 (rec. 3099/1995).

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana núm. 3043/2018 de 23 de octubre; STSJ Castilla-La Mancha núm. 315/2013 de 7 de marzo; STSJ Castilla y León (Burgos) núm. 278/2017 de 3 de mayo.

¹¹ STSJ Cataluña 7757/2010 de 26 de noviembre.

¹² STSJ Islas Canarias (Las Palmas) núm. 257/2007 de 27 de febrero.

a causa técnica y organizativa al analizar el paso a teletrabajo tras la implantación de la oficina virtual¹³, el uso de internet en sustitución del trabajo presencial¹⁴, la instalación de software que asume tareas de una persona trabajadora¹⁵, o la automatización e informatización de un departamento¹⁶. Se conectan causa técnica y productiva por la incorporación de máquinas de visión artificial¹⁷. No falta el caso en que alude a causas económicas, técnicas, organizativas y productivas como consecuencia de un proceso de digitalización y abandono del analógico¹⁸. Incluso en algunos casos se omite toda referencia a la causa técnica: la digitalización de funciones por incorporación de nuevo software sería causa organizativa y productiva¹⁹, al igual que el impulso de ventas online en defecto de las presenciales en tiendas²⁰; y la necesidad de invertir en nueva tecnología sería causa económica, organizativa y productiva²¹.

En definitiva, dado el carácter poliédrico de los efectos de los avances tecnológicos en las relaciones laborales, a efectos prácticos no parece que resulte determinante su específico encuadramiento formal en una causa concreta de las cuatro admitidas por el legislador laboral. En realidad, esto puede predicarse respecto de cualquier circunstancia -tecnológica o no- que se alegue para justificar la modificación de condiciones, porque lo relevante no es el encaje nominal sino la constatación de que concurren circunstancias objetivas que, de no considerarse, lastran la eficiencia actual o potencial en una empresa.

III. Evolución de complejidad creciente

Los avances tecnológicos tienen un ritmo cada vez más acelerado, casi frenético²², lo que imprime ese mismo carácter a la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo y reinventar la prestación de servicios, aportando un valor añadido a lo que las tecnologías ya ofrecen. Valor añadido que no siempre será fácil de poner encima de la mesa, dados los abrumadores avances de la inteligencia artificial.

Desde luego lo que no cabe exigir es que las empresas se abstengan de implementar los cambios tecnológicos o mantengan las condiciones de trabajo

¹³ STS de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004).

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana núm. 2243/2003 de 29 de mayo.

¹⁵ SJS Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019.

¹⁶ STSJ Cataluña núm. 3122/2019 de 14 de junio.

¹⁷ STSJ Comunidad Valenciana núm. 405/2004 de 11 de febrero.

¹⁸ STS núm. 489/2024 de 20 de marzo.

¹⁹ STSJ Madrid núm. 607/2021 de 18 de junio.

²⁰ SSTs núm. 260//2024 de 9 de febrero y núm. 298/2024 de 16 de febrero.

²¹ STSJ Cataluña núm. 4258/2006 de 1 de junio.

²² BELTRÁN DE HEREDIA, I.: "El proceso de automatización en el que estamos inmersos no tiene parangón. A diferencia de otros procesos de transformación acaecidos en el pasado, la singularidad de este momento es que los ordenadores están asumiendo una dimensión que hace un tiempo se pensaba que estaba reservada a los seres humanos: el trabajo intelectual. Y, ciertamente, lo están asumiendo de forma exponencial." (*Automatización y obsolescencia humana*, <https://ignasibeltran.com/2019/04/08/automatizacion-y-obsolescencia-humana/>, 8 de abril de 2019).

como si estos no existieran²³. Sería como pretender negar la realidad y colocaría a las organizaciones productivas a una posición ciertamente delicada, con una fuerza de trabajo que devendría obsoleta y no competitiva.

Por otro lado, el frenesí evolutivo de las tecnologías exigiría también del legislador una capacidad de respuesta a los cambiantes escenarios conflictivos. No acabamos de incorporar soluciones legales para solventar nuevos conflictos ocasionados por dichos avances, que ya se vislumbra un escenario diferente, con controversias distintas y cada vez con más aristas.

Es cierto que la tradicional lentitud con la que el ordenamiento jurídico suele acomodarse a las necesidades sociales permite, al menos hipotéticamente, decantar soluciones de un modo más racional y menos improvisado, pero, por un lado, ello no garantiza que las soluciones del legislador, cuando por fin llegan, sean perfectas²⁴ y, por otro, nos condena, durante el proceso, a la inseguridad jurídica. La velocidad con la que cambian las tecnologías parece anclarnos en esa inseguridad, haciendo siempre urgente la revisión de criterios por parte del legislador.

En cualquier caso, está claro que la causa técnica como justificación de cambios en las condiciones de trabajo está llamada a desempeñar un protagonismo exponencial en nuestras relaciones laborales, y que, previsiblemente, adquirirá perfiles que hoy ni siquiera vislumbramos. Es inútil intentar adelantarnos a los conflictos laborales que nos esperan, pues hacer elucubraciones sobre las manifestaciones tecnológicas que integrarán la causa técnica del futuro es un ejercicio poco eficiente. Todo es posible, como en la ciencia ficción, y serán los órganos judiciales los encargados de dar las respuestas jurídicas más inmediatas a los conflictos que vayan surgiendo.

²³ Así se reflexiona en la STSJ Comunidad Valenciana 2243/2003 de 29 de mayo, en un caso en que las conexiones por internet hacen innecesarias funciones administrativas presenciales. En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 7757/2010 de 26 de noviembre.

²⁴ Prueba de esto es la regulación de los derechos digitales en la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que se adoptó tras muchos años de silencio legal y una vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentó las bases interpretativas que nos vinculan. La LO deja algunos resquicios por los que podría darse el caso de que, cumpliendo la ley nacional, se incumplieran normas internacionales, como ocurre en cuanto al alcance de la obligación informativa en la videovigilancia, que la LO relaja si se capta cualquier “ilícito” laboral.

La modificación sustancial como límite al poder de dirección del empresario en la jurisprudencia más reciente

ALEJANDRA SELMA PENALVA

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

I. Consideraciones iniciales

Uno de los límites más importantes al ejercicio libre del poder de dirección del empresario es, sin duda, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (modificación sustancial que actualmente aparece regulada de forma prácticamente paralela al traslado de trabajadores, registrándose diferencias muy sutiles en el régimen jurídico de una y de otra). Resulta llamativo que, en pleno siglo XXI, la legislación laboral siga utilizando un concepto intencionadamente ambiguo para regular una institución con tanta trascendencia práctica como es ésta que ocupa estas líneas, pero lo hace para ser respetuoso con el carácter constantemente cambiante y dinámico del Derecho del Trabajo. Al cambiar constantemente la realidad social del tiempo en el que debe ser aplicada la norma, también cambia con ella lo que en cada momento se puede considerar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹. Ésta es la

¹ El maestro MONTÓYA, a lo largo de los años, ha ido poniendo de manifiesto esta constante evolución que experimenta la forma de ejercer el poder de dirección del empresario en consonancia con los cambios sociales. A modo de ejemplo, véase: MONTÓYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Universidad de Sevilla, 1962; MONTÓYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AAVV, *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Luis Enrique de la Villa Gil (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 189-200; MONTÓYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, *Revista española de derecho del trabajo*, nº 100, 1, 2000, págs. 575-596; MONTÓYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004, págs. 135-145; MONTÓYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Anales de la Real Academia de*

explicación que justifica la lista abierta con que nuestro art. 41 ET enumera distintos ejemplos de modificaciones sustanciales de la relación laboral². Ahora bien, este nivel de ambigüedad hace que no siempre sea fácil determinar qué es lo que puede y no puede imponer el empresario en el ejercicio regular de su poder de dirección.

En cualquier caso, debe mencionarse que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en realidad es un límite “relativo” al poder de dirección del empresario. Y es que, aunque siempre se pide que se amparen en causas ETOP, después de la Gran Reforma laboral implementada en el año 2012 con el fin de hacer frente a los efectos que la crisis económica había dejado sentir sobre el mercado de trabajo español, y pretendiendo facilitar que las empresas llevaran a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (como alternativa a la destrucción de empleo), no existe un último control sobre la legitimidad de las causas, alcance y efectos de la propuesta, que realice la autoridad laboral. Todo lo contrario, ésta adopta también en esta institución el papel de mero “convidado de piedra” en el proceso. Así pues, en la regulación actual, aunque el legislador obliga a la empresa a justificar las causas que las motivan y a negociar su implantación con los representantes legales de los trabajadores (en caso de que éstas tengan efectos colectivos), en realidad, en caso de falta de acuerdo, será la voluntad empresarial la que prevalezca. Así las cosas, es el control judicial el único que puede valorar la idoneidad de las causas esgrimidas por el empresario -ya por sí amplísimas en la actual configuración normativa- y el carácter sustancial o no del cambio exigido (control que, por otra parte, pocos afectados activan)³.

II. Excepciones

Existen varias situaciones en las que no procederá tramitar un proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, todas ellas de gran frecuencia práctica y que, por ello, resulta imprescindible conocer:

jurisprudencia y legislación, nº. 33, 2003, págs. 198-216; MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 2004, págs. 109-158; MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en AAVV, *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel (coord.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 131-180.

² Hay que ser conscientes de que la modificación sustancial está estrechamente relacionada con muchas otras facetas del derecho laboral, como es no sólo el correcto ejercicio del poder de dirección empresarial y los límites del *ius variandi*, sino también, sin duda, el traslado, la movilidad funcional, la jornada, la huelga (por lo que atañe al esquirolaje interno, por ejemplo), el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, etc., de ahí su importancia práctica.

³ Entre otras cosas, porque estadísticamente está comprobado que los afectados que no se encuentran conformes con la modificación sustancial impuesta, suelen preferir la extinción indemnizada de su relación laboral, a iniciar un proceso judicial destinado a valorar la idoneidad de las causas alegadas, tal y como explica, con detenimiento, IGLESIAS OSORIO, B.C., “La encrucijada judicial de la rescisión contractual indemnizada vía art. 41 LET”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 85, 2022. Cabe recordar que, aunque existe un proceso judicial especial destinado a reclamar con celeridad todo tipo de incumplimiento de la normativa relacionada con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (138 Ley 36/2011), éste se suspenderá en el caso de que se tramita un conflicto colectivo (138.4 y 160.3 Ley 36/2011). A estos efectos, la STS 409/2025 recuerda que el plazo de 20 días previsto en el art. 138.1 Ley 36/2011 para impugnar una modificación sustancial se aplica también a decisiones colectivas, e insiste en que esta demanda debe tramitarse por la vía del conflicto colectivo si afecta a varios trabajadores.

En primer lugar, debe recordarse la archiconocida excepción que impide transformar a un trabajador a tiempo parcial en trabajador a tiempo completo (y al revés) por la vía de la modificación sustancial (interpretando conjuntamente el art. 12.6 y el 41 ET, se deduce que se trata de un cambio en la jornada de trabajo que escapa de los contornos previstos en la modificación sustancial). Y es que el legislador es consciente de que este tipo de transformaciones sobre la vida laboral de un sujeto, conllevan tantos cambios indirectos en la vida personal o familiar del trabajador en cuestión (tantos que, en muchos casos, obliga al trabajador afectado a plantearse la continuidad en su prestación de servicios), qué obliga a articularlos siempre de mutuo acuerdo. En la misma línea, la Ley de Teletrabajo introdujo otro límite que impide considerar una modificación sustancial un tipo muy concreto de cambio en las condiciones de trabajo: cuando la empresa desee que uno o varios trabajadores pesen de realizar su jornada de trabajo en régimen de presencialidad a trabar en remoto, con herramientas digitales, o a la inversa), requerirá siempre acuerdo individual (nuestros jueces y tribunales se han ocupado en los últimos años de aclarar que este acuerdo ha de ser siempre un acuerdo individual con las personas afectadas, pues ni siquiera sirve para lograr este objetivo que se haya incluido una previsión al respecto en el convenio colectivo aplicable).

En tercer lugar, aunque pueda parecer obvio, no está de más recordar aquí que tampoco podrá considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en ningún caso, cualquier cambio impuesto por el legislador, vinculados, directa o indirectamente, al desarrollo de la relación laboral, como podría ser el futuro cambio a una jornada semanal de cuatro días, la obligación empresarial de controlar la huella de carbono que, sin duda, dejará una fuerte impronta en la organización y gestión tradicional de muchas prestaciones de servicios o, simplemente, la mejora de los EPIs a la que obligan los avances de la técnica. En la misma línea, tampoco será modificación sustancial la implantación de un sistema estatal y oficial de registro de jornada (tal y como anuncia el proyecto de ley actualmente en tramitación).

Pero cuidado, aunque la rebaja legal de la jornada máxima en España no represente por sí sola, un fenómeno de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, no se puede olvidar que la nueva jornada máxima de 37,5 horas semanales sin reducción salarial, en el caso de ver finalmente la luz, obligará a reorganizar turnos y cuadrantes de trabajo entre todos los miembros de la plantilla, modificaciones que, por sí solas (al afectar al régimen de descanso de los empleados y a la carga de trabajo que han de soportar día a día), si pueden suponer un auténtico fenómeno de modificación sustancial.

III. Problemas más frecuentes

Basta un primer acercamiento a nuestra jurisprudencia más reciente para comprobar que, en la práctica, la mayoría de los conflictos vinculados a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que llegan ante nuestros jueces y tribunales están encaminados a definir con claridad los límites del *ius variandi* empresarial⁴. En

⁴ Límites que analizan GARCÍA BLASCO, J. y TREVIÑO PASCUAL, M., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y poderes empresariales: a propósito de la STS (Sala de lo Social) 03/04/2018”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº. 10, 2019, págs. 993-1007.

concreto, en la mayoría de los casos, estos conflictos están vinculados a tres situaciones: 1. Reconocer situaciones de condición más beneficiosa, diferenciándolas de meros actos empresariales de tolerancia de determinadas conductas. 2. Determinar si es o no por su entidad, suficiente para considerar la modificación “sustancial”, o 3. Valorar si concurren verdaderamente causas ETOP que la respalden. Aunque a simple vista no lo parezca, en ninguno de los casos apuntados, la tarea es sencilla⁵. Y es que tan diferentes son entre sí las situaciones que se pueden presentar en la práctica, que resulta obligado realizar un minucioso análisis de cada concreta situación sin que puedan ofrecerse respuestas generales. A ello se une un problema añadido: tampoco los trabajadores afectados (salvo que cuenten con apoyo jurídico especializado) suelen tener, por lo general, del todo claro la diferencia que existe entre modificar el alcance de una cláusula acordada con el empresario o reconocida por éste de forma unilateral (art. 41 ET), y alterar una condición prevista en el texto de un convenio colectivo (83.4 ET). Se trata, como es sabido, de situaciones que, aunque pueden tener una justificación similar (pues en ambos casos han de concurrir causas ETOP), los requisitos para llevarlas a cabo y las consecuencias jurídicas que se desprenden de la activación de cada uno de estos procedimientos es muy diferente.

IV. CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

Basta una primera lectura de las últimas sentencias para comprobar que nuestros jueces y tribunales son cada vez más respetuosos con el ejercicio de los derechos de conciliación y descanso de los trabajadores, y por ello, más proclives a considerar modificación sustancial todo cambio que haga más difícil, gravoso o incómodo su ejercicio. También nuestros jueces y tribunales, en los últimos años, han tomado conciencia de que ciertos cambios operados por el empresario, pese a no superar los límites que marcan los arts. 39 y 40 ET para poder hablar de movilidad funcional o de traslado, sí generan, habida cuenta de las concretas circunstancias concurrentes, un cambio tan importante en la calidad de vida del trabajador que pueden considerarse modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. A estos efectos, se utiliza como criterio interpretativo el concepto de “perjuicio real” que el cambio genera. Y es que, incluso, aunque no se superen los límites que marcan los arts. 39 y 40 ET, si se estima que los cambios introducidos rompen el equilibrio interno de la relación laboral, deberán tramitarse como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y justificarse adecuadamente⁶. Así por ejemplo, siguiendo el criterio interpretativo expuesto, nuestros jueces y tribunales insisten en que un cambio de centro de trabajo que no implique cambio de residencia, aunque no dé lugar a un “traslado” a los efectos previstos en el art. 40 ET, puede suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo si causa un perjuicio relevante para el trabajador que lo sufre (como podría

⁵ Como se pone de manifiesto en los diferentes estudios que integran la siguiente obra colectiva: AAVV, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Sánchez Trigueros y González Díaz (dirs), Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

⁶ Situación que ya puso de manifiesto VALLE MUÑOZ, F.A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1998.

ser, por ejemplo, el caso de un traslado a 60 km. del centro anterior, que aunque en vehículo privado podría suponer un recorrido asumible, requiere realizar trayectos de hasta 1h.30 en transporte público, que aborda la STS, Sala de lo Social de 12 de marzo de 2025, rec.4189/2022). De la misma forma, también se entiende que un cambio de funciones, incluso dentro del mismo grupo profesional, puede dar lugar a un fenómeno de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (como analiza la STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2019, rec.142/2018). En ella se establece que no todo cambio funcional dentro del grupo profesional es siempre libre para el empresario: si el cambio altera de forma significativa las tareas habituales o requiere formación especializada, puede considerarse una modificación sustancial y, por tanto, debe seguir el procedimiento del art. 41 ET.

V. FUTUROS RETOS

El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tendrá que adaptarse a las nuevas características y demandas sociales que, previsiblemente, en pocos años reclamará nuestra sociedad. Son tantos y tan rápidos los cambios que experimenta el mercado de trabajo del siglo XXI, que nos obliga a admitir que el Derecho del Trabajo debe adaptarse a ellos. En concreto, la tecnologización de la sociedad en avance constante y vertiginoso modulará también el alcance del concepto jurisprudencial de modificación sustancial. La introducción de las nuevas tecnologías puede repercutir de forma significativa en la carga de trabajo, la especialización de los trabajadores, la productividad exigida, etc. Por ejemplo, todo apunta a que, en poco tiempo, la implantación generalizada de la IA a todos los ámbitos de la vida provocará también, en muchas empresas, la reconfiguración de las prestaciones de servicios clásicas, cambiando las funciones o eliminando parte de las tareas que los trabajadores tenían encomendadas y que ahora podrán realizarse de forma automática.

En este contexto, podrá considerar modificación sustancial de las condiciones de trabajo todo cambio que exija formación técnica obligatoria para adaptarse a nuevas herramientas digitales⁷, o bien, que lleve aparejado la introducción de sistemas de control o evaluación algorítmica (es decir, aquellos que se basan en la IA para evaluar el rendimiento de los empleados). Y es que, por mucho que el modelo elegido debe ser capaz de no incurrir en discriminación de los empleados y permita siempre la supervisión humana, que garantice la fiabilidad y adecuación a derecho de la decisión final, simplemente el intensísimo nivel de control que la mera implantación de un control algorítmico implica, parece que reúne, por sí solo, los presupuestos necesarios para poder considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y no una mera manifestación del *ius variandi* empresarial.

Además, puede anticiparse que, si llega a aprobarse la futura Ley de Movilidad Sostenible (actualmente en tramitación), se elevarán de forma exponencial las causas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que, pese a incidir sobre el

⁷ Y es que en ciertos casos, el cambio de funciones que requiere que el trabajador reciba una formación particularmente especializada, podrá considerarse modificación sustancial y desplegar las consecuencias propias de este fenómeno (41 ET), entre otras cosas porque, si el trabajador afectado no consigue adaptarse a este cambio después de haber recibido la formación requerida, esta situación podrá dar lugar a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida.

centro de trabajo asignado, no podrán considerarse situaciones de traslado. Y es que nadie discute que perder la facilidad o comodidad de la que una persona disfruta a la hora de recorrer la distancia que separa su domicilio habitual de su lugar de trabajo, aunque no implique que el trabajador deba cambiar su residencia habitual (por lo que no será aplicable el art. 40 ET), generará, por sí solo, un cambio tan importante en su vida diaria, que podrá entenderse que se ha roto el equilibrio interno que existe entre el esfuerzo personal realizado y la retribución percibida que define la prestación laboral de servicios (piénsese por ejemplo en nuevos destinos para los que no existe transporte público, sobre todo si afectan a trabajadores que por edad o discapacidad tienen difícil conducir su propio vehículo privado, o que, debido a la intermitencia de su empleo, baja cualificación o parcialidad del servicio realizado, contar con un medio de transporte propio, les resultaría excesivamente costoso). De la misma forma, siguiendo el criterio interpretativo del “perjuicio real” antes expuesto, en una sociedad ya mucho más concienciada con el transporte sostenible y poco contaminante, también se intuye que, en un futuro muy cercano, podría considerarse modificación sustancial el hecho de que la empresa, por motivos de ahorro, suprimiese el transporte colectivo que previamente hubiese sufragado para garantizar que sus empleados lleguen todos juntos y de forma puntual al lugar de trabajo o incluso, cuando eliminar de forma individual los bonos o pluses por transporte que previamente hubiese reconocido.

Por último, a la hora de enumerar los nuevos retos a los que deben enfrentarse nuestros jueces y tribunales vinculados al tema de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debe prestarse especial atención a los ingentes problemas que, en la práctica, está empezando a provocar el reconocimiento y tutela de los fenómenos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Y es que a pesar de que existe un tratamiento jurídico específico de esta situación (entre otros, cfr. los arts. 82 y 47 EBEP), a través del que se precisan las condiciones y presupuestos necesarios para poder completar este proceso de forma legítima. Pese a todo, por la escasa frecuencia con que por el momento este tipo de conflictos llegan ante nuestros jueces y tribunales, todavía son inciertos los perfiles prácticos que reviste el término “sustancial” en este tipo de casos, lo que complica todavía más su correcta identificación. Teniendo en cuenta además que se trata de un tipo de conflictos que corresponde conocer a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la laboral, se puede apreciar también que los criterios utilizados por una y por otra para medir la trascendencia práctica del cambio efectuado, no son los mismos y por lo tanto, no se exigen en ambas jurisdicciones modificaciones de la misma intensidad y alcance para ofrecerles la calificación de “sustanciales”⁸.

VI. Bibliografía

AAVV, *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Sánchez Trigueros y González Díaz (dirs), Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

⁸ MARÍN MORAL, I., “Conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo en organismo autónomo con personal laboral: competencia del orden Contencioso-Administrativo”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, n.º. 6, 2022, págs. 107-112.

- GARCÍA BLASCO, J. y TREVIÑO PASCUAL, M., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y poderes empresariales: a propósito de la STS (Sala de lo Social) 03/04/2018”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº. 10, 2019, págs. 993-1007.
- IGLESIAS OSORIO, B.C., “La encrucijada judicial de la rescisión contractual indemnizada vía art. 41 LET”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 85, 2022.
- MARÍN MORAL, I., “Conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo en organismo autónomo con personal laboral: competencia del orden Contencioso-Administrativo”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº. 6, 2022, págs. 107-112.
- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Universidad de Sevilla, 1962.
- MONTOYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AAVV, *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Luis Enrique de la Villa Gil (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 189-200.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, *Revista española de derecho del trabajo*, nº 100, 1, 2000, págs. 575-596.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004, págs. 135-145
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, nº. 33, 2003, págs. 198-216.
- MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 2004, págs. 109-158.
- MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en AAVV, *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel (coord.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 131-180.
- VALLE MUÑOZ, F.A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1998.

El poder de dirección a través de la movilidad funcional

JULIA DORMIDO ABRIL

*Profa. Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

I. Breves notas al poder de dirección

El poder de dirección constituye la facultad por excelencia de organizar el trabajo y de dar las órdenes e instrucciones precisas a las personas trabajadoras. Esta premisa forma parte del ámbito de la libertad de empresa garantizada en el art. 38 de la Constitución española¹. “Sin dirección del trabajo no hay producción posible” señalaba el Prof. Montoya Melgar en uno de sus trabajos titulados “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”². Se trata de una afirmación en torno a la cual reposan las bases del poder de dirección en el desempeño de las funciones que debe realizar la persona trabajadora y que obedece a la situación de subordinación tan característica de la relación laboral. Parafraseando al profesor homenajeado en la presente obra, a la parte empleadora le corresponde un poder directivo singular que se encuentra específicamente contemplado en diferentes preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), tal y como son los arts. 1.1; 5, c y 20 de la citada norma laboral, pues la parte trabajadora se ha comprometido a través de la firma del contrato de trabajo a cumplir con las órdenes dadas por la empresa o persona en quien ésta delegue, con la diligencia y colaboración debidas³.

¹ MONTROYA MELGAR, A., “Estructura profesional y movilidad funcional”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Núm. 21, 1999.

² MONTROYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 48, 2004, pp. 135-145.

³ BOE de 24 de octubre de 2015.

II. La determinación de las funciones

La parte trabajadora pacta con la empresa el trabajo a prestar, el cual se encuentra comprometido en su contrato de trabajo por medio del sistema del encuadramiento profesional establecido en la negociación colectiva⁴. Esto es, la persona trabajadora, según la clasificación profesional contemplada en art. 22 ET, tiene atribuidas una serie de funciones y tareas correspondientes a su grupo profesional, las cuales desempeña en atención a las órdenes y directrices dadas por la parte empleadora a quien le corresponde el poder de dirección regulado en art. 20.1 ET tras el correspondiente acuerdo formalizado con la empresa.

Las tareas que la persona trabajadora va a realizar constituyen el objeto de la prestación de servicios y así se establece en el contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1261 y 1273 del Código Civil. De esta forma, la parte asalariada se encuentra clasificada profesionalmente en torno a grupos profesionales y tiene predeterminadas sus funciones y, por tanto, las retribuciones que por éstas le corresponda, según el art. 22, apartados 1 y 4 ET⁵. El grupo profesional, por su parte es el que aglutina las aptitudes profesionales, las titulaciones y el contenido general de la prestación, según el art. 22.2 ET. Por medio de la negociación colectiva se establece para cada sector y/o empresa, las funciones atribuidas a los diferentes grupos profesionales en los que se contemplan dichas aptitudes, titulaciones y contenido de la prestación⁶.

III. Especial consideración a las modificaciones del contrato de trabajo

Por modificaciones han de entenderse todas aquellas variaciones que pueden afectar a contrato de trabajo⁷. El sistema de relaciones laborales español se caracteriza por contener un régimen jurídico flexible que permite adaptar las condiciones laborales inicialmente pactadas, lo cual obedece a un claro interés por parte del legislador por mantener la relación jurídica. Dicho en otras palabras, la regulación de las vicisitudes opera en beneficio del mantenimiento del empleo, evitando así que la persona trabajadora pase a una situación de desempleo.

A mayor abundamiento, se presume que la relación laboral va a ser longeva o que va a contar con una larga vida y ha de poder mantenerse intacta ante posibles coyunturas. De ahí, que se regule el cambio de manera que se garantice a la persona trabajadora una seguridad jurídica. Sobre todo, si se tiene en cuenta que hay determinadas modificaciones que no tienen por qué ser decididas “directamente” entre las partes, sino que pueden ser tomadas por la propia empresa o, en su caso, acordarse entre ésta y los representantes de las personas trabajadoras. Este es el caso de la movilidad funcional.

Ésta consiste en todo cambio sobrevenido en las tareas o las prestaciones que realiza la persona trabajadora y que estaban inicialmente pactadas. Se trata de modificar

⁴ MARTÍN VALVERDE, A.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2024, p. 595 y ss.

⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la reforma laboral de 2012: procedimientos específicos*, Ed. Bomarzo, 2012, p. 67 y ss.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2024, p. 224 y ss.

⁷ MARTÍN VALVERDE, A.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2024, p. 767 y ss.

aquello que había sido encomendado y que se enmarca dentro del trabajo convenido, aunque es decidido unilateralmente por la parte empleadora. Eso sí, ha de tenerse en cuenta para la toma de dicha decisión las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, según lo dispuesto en el art. 39.1 ET y el respeto a la dignidad de la persona trabajadora, tal y como señalan los arts. 39.1 y 4.2, e ET. Además, han de cumplirse con una serie de requisitos, tanto profesionales como formales⁸. Los primeros son los condicionantes derivados de la tutela de la seguridad y la salud en el trabajo, según lo dispuesto en el art. 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), mientras que, los segundos, se centran en la forma, teniendo en cuenta que se proporcione una seguridad jurídica a la persona trabajadora, por lo que bastará la mera comunicación al trabajador en determinados casos, según el art. 20.1 E, y el seguimiento de un procedimiento concreto en otros.

Los tipos de modificaciones que se pueden producir en torno a las funciones que desempeña la persona trabajadora son la movilidad ordinaria, el *ius variandi*, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y las modificaciones pactadas. La primera, es decir, la movilidad funcional ordinaria es de menor importancia, puesto que a través del ejercicio del poder de dirección la persona trabajadora puede realizar funciones diferentes o más amplias a las que venía desempeñando, pero siempre dentro de su mismo grupo profesional. Si bien, las otras tres subclasificaciones gozan de entidad suficiente como para ser comentadas, por cuanto que su imposición puede tener una serie de consecuencias en el contrato de trabajo, pudiendo dar lugar, incluso, a su resolución en caso de no aceptación de dichas medidas por parte de la persona trabajadora.

IV. A través del *ius variandi*

La movilidad funcional, contemplada en el art. 39.2 ET, está prevista para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional. Esta modificación, conocida como *ius vari*, solo será posible si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y se llevará a cabo por el tiempo imprescindible para su atención. Dicha circunstancia comporta que la empresa deba comunicar su decisión y las razones de por las que ésta se ha tomado a los representantes de los trabajadores, pues se trata de un cambio adoptado de forma unilateral por la parte que ejerce el poder de dirección. Si bien, son simples modificaciones accidentales o que no tienen la condición de sustanciales, o lo que es lo mismo, constituyen meras manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi*, por lo que no se exige ningún requisito adicional para su puesta en marcha.

Como se haya señalado, una de las características de esta medida es la temporalidad. La segunda característica es que el cambio debe ser el necesario para su atención, según el art. 39.2 ET. La tercera, que las funciones que se van a llevar a

⁸ JSO (Oviedo) 292/2018 de 5 de junio (rec. 197/2018). El Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo entendió que la comunicación realizada vía WhatsApp por parte del encargado al conductor sobre un cambio de turno para sustituir a otro compañero durante las vacaciones no puede ser considerada una vía de comunicación válida para la modificación contractual.

cabo por decisión empresarial no se corresponden con las del grupo profesional al que pertenece la persona trabajadora, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 39.2 y 22.4 ET. De esta forma, cuando las funciones se corresponden con las que se desempeña en un grupo profesional inferior, se trata del *ius variandi in peius*, mientras que si el cambio es a funciones profesionalmente superiores se trata del *ius variandi in melius*.

El *ius variandi in peius* comporta que, a pesar de que la persona trabajadora realiza las funciones correspondientes a un grupo profesional inferior, no experimenta una bajada en la retribución, pues se mantienen las retribuciones de origen. Por su parte, la empresa no podrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación, pues no se trata de las tareas específicas para las cuales la persona trabajadora fue contratada.

En el supuesto de la segunda subclasificación, el *ius variandi in melius* la persona trabajadora cobra el salario correspondiente al grupo profesional más alto que aquel que venía percibiendo en su grupo de origen⁹. Además, la realización por parte de la persona trabajadora de funciones superiores a las de su grupo profesional no podrán desempeñarse por un periodo superior a seis meses en el plazo de un año o de ocho meses durante dos años o de un periodo diferente según lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. Si la empresa atribuyese a la persona trabajadora funciones superiores por un periodo más amplio del señalado anteriormente, ésta podrá reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante, con las salvedades previstas, nuevamente, en el convenio colectivo. Esta reclamación es lo que se conoce como la promoción automática, consistente en el derecho a percibir la diferencia salarial y cuya negativa por parte de la empresa deberá estar justificada y contar con un previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, de manera que la persona trabajadora pueda impugnar judicialmente la respuesta. En suma, la promoción automática es el resultado del *ius variandi in melius* o del acuerdo de las partes que significa una consolidación del nivel profesional superior cuando la encomienda de funciones haya excedido del (máximo) tiempo inicialmente previsto¹⁰.

V. Mediante las modificaciones sustanciales

Ha de considerarse que cuando la parte empleadora asigna nuevas funciones a las personas trabajadoras, tal acción puede exceder del poder de dirección contemplado en el art. 20 ET¹¹. Esto es, se trata de una serie de cambios que adquieren una

⁹ STS 52/2025 de 28 de enero (rec. 2281/2022). El Alto Tribunal entiende que cuando se realizan funciones de un grupo profesional superior, la persona trabajadora tiene derecho al percibo de la retribución correspondiente a las funciones efectivamente realizadas, así como a los complementos vinculados al puesto de trabajo, a la cantidad o calidad en el trabajo y a los complementos de carácter personal cuando estos están contemplados en el convenio colectivo, pues lo determinante no es la pertenencia al grupo en sí, sino las funciones realizadas.

¹⁰ STS 190/2024 de 29 de enero (rec. 2748/2022). En tal sentido, la Sala del TS ha entendido que el mero desempeño de las funciones de superior categoría en el espacio temporal indicado en la norma no implica necesariamente que se tenga que reconocer la promoción automática sin atender a los requisitos impuestos en el convenio colectivo de aplicación para el régimen de los ascensos.

¹¹ STSJA (Málaga) 8/2017 de 11 de enero (rec. 1789/2016).

determinada entidad que llegan a alterar y a transformar los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a tratarse de condiciones de trabajo distintas de las pactadas inicialmente entre las partes¹². Por ello, en su determinación, ha de valorarse la importancia cualitativa de la medida impuesta por la parte empleadora, cuál es su alcance temporal y las eventuales compensaciones que puedan ser pactadas o establecidas, pues de estas circunstancias dependerá la intensidad del sacrificio que se impone a la persona trabajadora. De esta forma, si la medida es considerada como sustancial habrá de llevarse a cabo el procedimiento previsto en el art. 41 ET¹³. Dicho en otras palabras, tiene la consideración de sustancial y, por tanto, no se trata del poder de dirección ejercido a través del *ius variandi* aquella variación en la que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea real o potencialmente dañosa para el trabajador, tal y como ha venido a expresar el Tribunal Supremo en su STS 429/2023 de 10 de abril (rec. 1/2023)¹⁴.

VI. Por medio de acuerdo expreso

El contrato de trabajo constituye una relación sinalagmática o un vínculo obligacional de tracto sucesivo en el que las partes se obligan a hacer algo, lo que comporta que durante su vigencia puedan surgir tensiones o fricciones o, simplemente, para adecuarse a las necesidades de los dos, sea preciso modificar el contenido contractual. Es por ello que se considera habitual que se produzcan vicisitudes modificativas tanto en los elementos objetivos como en los subjetivos.

Ahora bien, cuando se trata de modificar el contrato de trabajo con motivo del cambio en las condiciones de trabajo de forma pactada entre las partes hay que acudir, en primer lugar, a las reglas generales de la contratación civil. Para ello hay que tener en cuenta la intensidad de las modificaciones, pues estas pueden adquirir tal envergadura que provoquen una novación de propio contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1255 del Código Civil y en el art. 3.1, c ET.

De la interpretación del art. 1204 del Código Civil con una visión laboralista se podría presumir la preferencia por la novación modificativa frente a la extintiva, pues las reglas en materia de contratación laboral prevén el mantenimiento del empleo. De esta forma, y tal y como lo ha entendido el Prof. Montoya Melgar, solo existirá novación extintiva, de un lado, cuando las partes del contrato así lo establezcan de forma expresa y celebren un nuevo contrato de trabajo y, de otro, cuando sin que se llegue a producir

¹² STS 2679/2021 de 17 de junio (rec. 180/2019) para el concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

¹³ Por todas, STS 7549/1997 de 11 de diciembre (rec. 1281/1997); STS 5426/2015 de 25 de noviembre (rec. 229/2014).

¹⁴ En la Sentencia en cuestión se debatía acerca del cambio de funciones de las personas trabajadoras del servicio de atención al cliente de una conocida multinacional dedicada a la venta de muebles, complementos para el hogar e ideas de diseño de bajo presupuesto. En concreto, la empresa había incorporado dos funciones nuevas que no se correspondían con el contenido propio de la categoría de dependiente, pues las nuevas tareas precisarían de personal especializado y la realización de un esfuerzo notable por parte de las personas afectadas por la medida. Así lo consideró el juzgado en primera instancia y así lo entendió la Sala del Tribunal Superior de Justicia.

la citada declaración expresa, la nueva relación y la antigua resulten incompatibles por naturaleza.

A su vez, el pacto novatorio habrá de ajustarse a las mismas reglas y deberá cumplir con los mismos requisitos de validez que el pacto o acuerdo (el contrato de trabajo) inicial. Esto es, habrán de concurrir los mismos requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y forma que los exigidos para el nacimiento de la relación laboral en el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1271 y siguientes del Código Civil. En todo caso, el acuerdo novatorio alcanzado entre las partes en el que concurren los citados elementos resultará válido y eficaz¹⁵. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando las partes pactan que la modalidad a través de la cual se va a prestar los servicios sea a distancia o cuando se quiere revertir la situación de teletrabajo a la presencialidad. En tal supuesto, el art. 5 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia exige la conformidad de ambas partes.

VII. Valoraciones finales

La movilidad funcional constituye una medida de flexibilidad interna, de uso extendido en las relaciones de trabajo y una muestra del ejercicio del poder de dirección empresarial. Se trata de una medida preferente para la estabilidad y el mantenimiento del empleo y que, pese a constituir una vicisitud en la relación laboral, es una de las más laxas de todas las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí, que las causas exigidas en el art. 39 ET por el legislador, las cuales han de concurrir en la empresa para que se puedan llevar a cabo, sean de muy poca intensidad.

Ahora bien, aunque se presume que dichas causas justificativas deben ser demostradas, lo cierto es que la norma laboral no establece mayores requisitos para ello cuando se trata del *ius variandi*. Tan solo se contemplan unas mayores exigencias cuando se trata de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, en cuyo caso sí que habría que iniciar un periodo de consultas. Ello, no es más que una expresión del haz de facultades del que dispone la empresa.

Por otra parte, el desempeño prolongado de las funciones atinentes a un grupo profesional superior por medio del *ius variandi in melius* puede generar la expectativa de promoción automática en la persona trabajadora afectada por el cambio. Si bien, dicha promoción puede colisionar con lo dispuesto en el convenio colectivo sobre los ascensos y la consolidación en la categoría profesional. De hecho, puede haber en la plantilla otras personas trabajadoras que cuenten con aptitudes, conocimientos y méritos suficientes para acceder a dicho puesto de trabajo y, sin embargo, por haber

¹⁵ STSJN (Pamplona) 337/2017 de 28 de septiembre (rec. 297/2017). Las partes habían suscrito un acuerdo en el que se había contemplado un cambio de funciones y de grupo profesional, por lo que, de conformidad con los arts. 22.4 y 39.4 ET, el actor comenzó a prestar servicios como Gerente A en lugar de C. Por su parte, la empresa se había comprometido a respetar un descenso progresivo de la masa salarial del trabajador en una forma determinada establecida en el propio acuerdo. La Sala entendió que la renuncia llevada a cabo por el actor a través del acuerdo de novación (que la Sala entiende modificativa) no conlleva una renuncia no permitida de derechos al ser la categoría profesional un derecho disponible para el trabajador, sin que tal circunstancia sea constitutiva de una vulneración de lo dispuesto en el art. 3.5 ET. Por tanto, los pactos sobre cambios de grupo y categoría son cuestiones disponibles para las partes y las consecuentes variaciones salariales son lícitas.

sido desempeñado en exceso temporal por otra persona, el puesto sea ocupado por medio de la promoción automática. Para salvar esta situación habrá de comprobarse cuáles son las exigencias impuestas en el convenio colectivo para los ascensos y las promociones y, se podría acudir a lo dispuesto en el art. 23.3 ET para lo relativo a la constatación del cumplimiento de los requisitos mediante la celebración de pruebas a las que puedan concurrir todas las personas interesadas¹⁶.

De todo lo expuesto, no queda más que señalar que el poder de dirección ejercido a través de la movilidad funcional es y seguirá siendo una de las facultades por excelencia de las que dispone la empresa para hacer gala de una de las notas de laboralidad, tal y como es la subordinación. Sin ello, no habría relación laboral y, por tanto, nos encontraríamos en un ámbito ajeno al Derecho del Trabajo, disciplina tan estudiada y tan bien tratada en todas sus obras por el Prof. Montoya Melgar.

¹⁶ STS 166/2021, de 9 de febrero (rec. 2301/2018) y STS 772/2022, de 27 de septiembre (rec. 1960/2019).

Límites al poder de dirección del empleador en los traslados con cambio de residencia de trabajadores con responsabilidades familiares: el caso peruano

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA

Docente de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Piura (Perú)

Doctora en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Ex-Vicepresidenta de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

<https://orcid.org/0000-0001-7661-6870>

I. Planteamiento de la cuestión

El presente estudio analiza la situación de los trabajadores con responsabilidades familiares que, en virtud del poder de dirección empresarial, reciben la instrucción de trasladarse a un centro de trabajo distinto al de su residencia habitual. Se sostiene que -tomando en cuenta las condiciones nacionales- la legislación vigente coloca a estos trabajadores en una posición de vulnerabilidad, dado que, frente a una decisión empresarial ilegítima, solo tienen dos opciones:

- a) dar por extinguido el vínculo laboral, quedando en situación de desempleo a pesar de tener familiares a su cargo, cuestión que no necesariamente se soluciona con la indemnización tasada que otorga la ley; o,
- b) cambiar de residencia, ya que el control es judicial y posterior, con la posible afectación económica -pues la norma peruana no obliga al empleador a cubrir los gastos de traslado-; y, la afectación a la unidad familiar y/o a los demás miembros de la familia. Piénsese en el perjuicio laboral del cónyuge, por ejemplo.

Una tercera alternativa consiste en que el trabajador acepte el traslado, independientemente de la legitimidad de la decisión empresarial. Esta situación, atenúa el conflicto¹.

Por otro lado, en Perú las mujeres dedican mayor tiempo (más del doble de horas que los varones) a las labores de cuidado en el ámbito familiar² (hijos, padres, u otros miembros dependientes y tareas del hogar), de ahí que la noticia de un traslado lejos de su domicilio tenga un impacto mayor que para un trabajador varón. El grupo más sensible es el de las madres trabajadoras, quienes estarán más propensas a decidir por el desempleo que por el traslado, con la consecuente dificultad de reinsertarse en el mercado laboral.

Este esquema general -que contempla la extinción del contrato o el traslado con posterior control judicial- es compartido por la normativa española y la de otros países³. No obstante, lo que aquí se expone y plantea considera una realidad con peculiaridades propias; por ello, el análisis se dirige al caso peruano.

El contexto laboral peruano presenta particularidades relevantes⁴: la alta informalidad (cerca del 80%) y precariedad, (predominio de contratos temporales). Desigualdad en las labores de cuidado no remunerado, que recae mayoritariamente en las mujeres; y débil presencia sindical (menos del 5% de sindicalizados), de ahí que los convenios colectivos no cubran los vacíos o dudas legales sobre traslados. Por otro lado, el desarrollo socioeconómico, la infraestructura y los servicios públicos esenciales presentan gran heterogeneidad entre las distintas regiones del país, por lo que el destino del traslado es en sí mismo un problema. Además, la legislación laboral vigente, influenciada por la corriente flexibilizadora de los años noventa, otorga un amplio margen de actuación al empleador en el ejercicio de su poder de dirección. Ello se refleja en la ausencia de una regulación específica sobre la movilidad geográfica con cambio de residencia, sin previsiones claras respecto a los tipos de traslado (definitivo, temporal, individual o colectivo), los plazos de preaviso, la obligación del empleador de asumir los gastos de traslado, o la existencia de procedimientos de consulta previa.

¹ Puede persistir el perjuicio económico, pues como ya se indicó, en Perú el empleador no está obligado legalmente a cubrir los gastos del traslado del trabajador y su familia.

² En el caso de las mujeres entre 30 y 39 años de edad esta brecha en el trabajo de cuidado no remunerado aumenta (6.37 hrs) respecto a los varones (2.24 hrs). El Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI), considera que este “patrón probablemente esté relacionado con la etapa de vida en la que muchas mujeres tienen hijos pequeños y mayores responsabilidades familiares”. Ver. INEI, *Informe Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2024: Principales Resultados*, INEI, Lima, 2025, págs. 51, 54-55.

³ Por ejemplo, es el caso de Colombia. Un estudio crítico sobre tal regulación puede revisarse en: TOVAR REYES, S.: “Desaciertos jurisprudenciales en la definición del *ius variandi* locativo en Colombia”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 21, número 41, 2025, págs. 183-190.

⁴ La doctrina también menciona algunos de estos aspectos y señala las críticas ante la falta de una regulación adecuada respecto al ejercicio del poder dirección para modificar condiciones de trabajo, entre ellos, TOYAMA MIYAGUSUKU, J.: *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico* (3.ª ed.). Gaceta Jurídica, Lima, 2023, pág. 321 y ss. En sentido contrario, ARCE ELMER, citado por: VILLAVICENCIO RÍOS, A.: “El *ius variandi* en el Perú: entre la amplitud normativa y los imprescindibles condicionantes para su ejercicio”, *Revista IUS ET VERITAS*, N° 69, 2024, pág. 32 y ss.

Por supuesto, no se pretende agotar el tema propuesto, pero sí ofrecer algunas reflexiones, mostrar el estado de cuestión y abrir el debate sobre la necesidad de establecer una protección distinta al colectivo de trabajadores con responsabilidades familiares.

II. Protección de los trabajadores con responsabilidades familiares y traslados con cambio de residencia

1. Poder de dirección y trabajadores con responsabilidades familiares: interacciones

El profesor Montoya Melgar⁵, fundamenta el poder de dirección del empresario en la propia naturaleza del vínculo laboral. Ello permite entender que este poder se ejerce atendiendo al interés del negocio, pues el empleador es quien se beneficia de los frutos y asume de los riesgos de su actividad. Además, la prestación de trabajo es de carácter continuado, cuyo contenido requiere especificarse en cada momento en función de tal interés. De ahí que se justifique un poder de dirección dotado de discrecionalidad, pues debe atender a las cambiantes circunstancias y necesidades internas y externas de la organización. Sin embargo, no se trata de un poder arbitrario sino sujeto a límites⁶ que protegen al trabajador, especialmente los inherentes a la persona del trabajador: el respecto a la dignidad del trabajador y a sus derechos fundamentales, reconocidos por normas nacionales e internacionales.

Las directrices del empleador para la ejecución del trabajo, aunque estén justificadas por el interés empresarial o público (piénsese en el Estado empleador), pueden tener un impacto social en la medida que afectan bienes universales y derechos constitucionales relacionados con la esfera personal y familiar del trabajador. Por supuesto la libertad de empresa también es objeto de protección, por ello el legislador y la jurisdicción laboral deban equilibrar todos los bienes e intereses en juego.

En relación con el traslado que implica cambio de residencia de trabajadores con responsabilidades familiares, existen disposiciones relevantes -por mencionar algunas- en la Constitución peruana (en adelante, CP) que mandan al Estado proteger a la familia (art. 4) y al medio familiar, a las personas con discapacidad (art. 7), a la madre que trabaja, prohíbe que se limiten los derechos constitucionales de los trabajadores o a desconocer o rebajar su dignidad (art. 23), el respeto a la igualdad y no discriminación en la relación laboral (art. 26), la libertad de elegir el lugar de residencia (art. 2.11).

Por otro lado, es regla de experiencia que el centro de trabajo es el segundo lugar donde las personas pasan mayor tiempo, lo que genera una natural interrelación entre la vida laboral y la organización de la vida personal y familiar. En consecuencia, se suele elegir el domicilio en el ámbito geográfico donde se trabaja, con el fin de hacer compatibles las responsabilidades familiares y laborales; y de que la planificación de las actividades domésticas, escolares, de salud, etc. se ajusten al horario o jornada de

⁵ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1965, págs. 29 y 65.

⁶ MONTAYA MELGAR, A.: *Op. Cit.*, págs. 25-26, 218 y ss.

trabajo. Por ello, las decisiones empresariales que alteran estos elementos -como el traslado con cambio de residencia- deben considerarse especialmente delicadas⁷.

2. Trabajadores con responsabilidades familiares como grupo protegido

No debe perderse de vista que toda persona trabajadora proviene de una familia o ha formado la propia. Sin embargo, no todas enfrentan las mismas dificultades para conciliar la vida laboral y familiar. Por ello, no se vulneraría el principio de igualdad si se establecen beneficios o protección diferenciadas a unos trabajadores con responsabilidades familiares respecto de otros, con miras a la igualdad de oportunidades en el ámbito del trabajo. Este enfoque cuenta con respaldo normativo internacional, como el Convenio N° 183 OIT sobre protección de la maternidad y el Convenio N° 156 OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, ratificados por el Perú.

En este marco, cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por “trabajadores con responsabilidades familiares” para efectos de la protección frente a traslados con cambio de residencia en el ordenamiento peruano? De acuerdo con el Convenio N° 156 OIT el Estado peruano está obligado a promover la igualdad de oportunidades en el empleo -facilitando la conciliación entre la vida laboral y familiar- al menos respecto de dos grupos:

Los trabajadores con “responsabilidades hacia los hijos a su cargo”; y,

Los trabajadores con “responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que *de manera evidente* necesiten su cuidado o sostén”

Para ambos grupos deben tratarse de responsabilidades que “limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella”.

Según el Convenio N° 156 OIT, corresponde a cada Estado definir (especificar) a estos grupos (art. 3), no solo a través de su legislación, sino también -entre otros mecanismos- a través de “decisiones judiciales”, considerando “las condiciones nacionales” (art. 9). Precisamente, a falta de regulación expresa sobre los traslados con cambio de residencia, la jurisdicción peruana ha dado protección en casos concretos: a una madre trabajadora primeriza en periodo de lactancia⁸, a un trabajador con esposa, dos hijos y dos hermanos con discapacidad a su cargo⁹, dando protección a trabajadores tomando en cuenta que el traslado “repercutirá en la [su] vida personal, familiar y laboral”¹⁰ o que hubo -además de los económicos- perjuicios “familiares

⁷ En este sentido, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y movilidad”, *Revista del Ministerio del empleo y seguridad social*, número 133, 2017, págs. 185-188, 195-196.

⁸ CS, Casación Laboral N° 2456-2014 (Lima), de 03 diciembre 2025. Además, se dejó sin efecto la cláusula contractual de movilidad geográfica a nivel nacional.

⁹ TC, Exp. N° 02904 2011-PA (Arequipa), de 28 enero 2014. En este caso, el TC otorga protección al trabajador a través de la protección especial que merecen las personas con discapacidad; sin embargo, también se refiere al derecho del trabajador “a mantener la unidad familiar” (FJ 4.2.5°).

¹⁰ CS, Casación Laboral N° 22392-2021 (Moquegua), de 11 junio 2024 (FJ 11°).

y emocionales”¹¹. No obstante, se considera que el instrumento más adecuado para garantizar esta protección es la ley, por su carácter general y de aplicación inmediata.

Dentro de los trabajadores con “responsabilidades hacia los hijos a su cargo”, existe un subgrupo especialmente vulnerable: las trabajadoras gestantes y en periodo de lactancia, quienes podrían requerir una protección reforzada. No obstante, la tendencia actual es promover la corresponsabilidad, estableciendo medidas sin distinción de sexos, con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el mercado de trabajo. Aun así, si el Estado peruano -a través de su legislación- decidiera no otorgar una protección específica por movilidad geográfica con cambio de residencia a la categoría mayor: trabajadores con “responsabilidades hacia los hijos a su cargo”, al menos debería contemplar alguna alternativa para las trabajadoras gestantes o en periodo de lactancia, al estar más expuestas a conductas discriminatorias. En cualquier caso, es muy importante el diálogo previo con los interlocutores sociales, conforme lo establece el artículo 11 del Convenio N.º 156 de la OIT.

Cabe mencionar que desde el año 2013, el Estado peruano ha ampliado el alcance subjetivo de las medidas orientadas a la conciliación trabajo-familia, con independencia del sexo del trabajador. Estas medidas consisten en licencias, con o sin goce de haber, para el cuidado o acompañamiento especial de algunos familiares o el cónyuge del trabajador. Así se tienen los permisos¹²: para cuidado de familiar ante enfermedad grave o terminal o accidente con riesgo de vida, para cuidado de hijo menor de edad diagnosticado con cáncer, cuidado de familiar con discapacidad para asistencia médica o rehabilitación, cuidado de familiar con Alzheimer y otras demencias.

El Convenio N.º 156 OIT establece, como pauta general, que los Estados introduzcan en las políticas nacionales el objetivo de permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares que trabajen o quieran acceder a un empleo, ejerzan este derecho “sin ser objeto de discriminación y, *en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales*” (énfasis añadido).

Dicha norma internacional no menciona a las modificaciones de lugar de trabajo u otras decisiones específicas del empleador, pero sí pide al Estado “con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras” adoptar “todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: ...

b) tener en cuenta sus necesidades [responsabilidades familiares] en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social” (art. 4). (Énfasis añadido).

¹¹ CS, Casación Laboral N.º 7489-2016 (Moquegua), de 19 octubre 2017 (FJ.º 11.º).

¹² Ley N.º 30012, sobre licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave (El Peruano 26/04/2013); Ley N.º 3104, de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente (El Peruano, 02/09/2020); Ley N.º 30119, sobre licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad (El Peruano, 03/12/2013); Ley N.º 30795, para la Prevención y Tratamiento de la Enfermedad de Alzheimer y otras Demencias (El Peruano, 18/06/2018).

Por su parte, la Recomendación N° 165 OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, instrumento interpretativo del Convenio, es más específica. En su apartado 20 señala que:

“Al trasladar a trabajadores de una localidad a otra deberían tenerse en cuenta las responsabilidades familiares de esos trabajadores y factores tales como la localidad de empleo del cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos” (énfasis añadido).

En consecuencia, el Estado peruano se encuentra emplazado a regular la movilidad geográfica con cambio de residencia, especialmente cuando se trate de trabajadores con responsabilidades familiares.

3. Reglas para el traslado con cambio de residencia:

Como ya se adelantó, en el ordenamiento peruano no existe una regulación similar a la prevista en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores español¹³. Existe una referencia general a la facultad del empleador de modificar algunas condiciones de trabajo, sin incluir de manera expresa el “lugar de trabajo” o “centro de trabajo” dentro de tales condiciones. Tampoco se menciona el grado o intensidad de las modificaciones a las que estaría legitimado el empleador (accesorias o sustanciales).

Así el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral¹⁴ (en adelante, LPCL) señala en su segundo párrafo que:

“El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo” (énfasis añadido).

Parte de la doctrina¹⁵ y la jurisprudencia nacional¹⁶, coinciden en que la legislación vigente habilita al empleador a modificar *unilateralmente* el lugar de trabajo, tanto en aspectos accesorios como en aquellos de naturaleza sustancial. Es decir, se incluyen las modificaciones unilaterales de lugar de trabajo con cambio de domicilio del trabajador. Para ello, se hace dialogar a dos disposiciones de la ley, exigiendo dos requisitos que sirven como límite al poder de dirección:

- i) Que las variaciones respondan a los criterios de razonabilidad y necesidades del centro de trabajo, como manda el art. 9 LPCL; y,

¹³ En el ámbito jurídico peruano los términos: traslado, desplazamiento o movilidad geográfica, se utilizan indistintamente.

¹⁴ Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (El Peruano, 27/03/97).

¹⁵ MATA LLANA RUIZ, R.: “La movilidad geográfica del trabajador: propuestas para una reformulación legislativa”, en: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2016, págs. 759 y ss.; TOYAMA MIYAGUSUKU, J.: *Op. Cit.*, pág. 321. En sentido contrario, ELMER ARCE, citado por: VILLAVICENCIO RÍOS, A.: *Op. Cit.*, pág. 35.

¹⁶ Un completo estudio puede revisarse en: ESPINOZA ESCOBAR, J., “La delimitación jurisprudencial de las condiciones de validez para la movilidad geográfica en el ordenamiento laboral peruano”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 50, Número 1, 2023.

- ii) Que las variaciones no supongan un acto de hostilidad, es decir, que el traslado no se ordene con el “propósito de ocasionarle perjuicio” al trabajador (art. 30 LPCL), en cuyo caso podrá acudir a la protección prevista en la ley. Como se muestra a continuación.

4. El traslado con cambio de residencia como acto de hostilidad: alternativas de protección

La protección ante las decisiones de traslado del empleador pasa por la vía del “despido por actos de hostilidad”, que contempla como una de sus causales (art. 30.c) LPCL):

“El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio” (énfasis añadido).

El reglamento de la LPCL¹⁷ (en adelante, RLPCL) precisa que el traslado al que se refiere la ley (acto de hostilidad) “es aquel que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y siempre que tenga el deliberado propósito¹⁸ de ocasionarle perjuicio al trabajador” (art. 50 RLPCL).

Nótese que la norma no aclara qué deba entenderse por “ámbito geográfico distinto” (¿otra ciudad, otro distrito, un lugar distinto en función a un máximo de kilómetros de distancia, etc.?). Dicha inquietud quedará fuera de este análisis, ya que el supuesto bajo comentario se centra en la movilidad del lugar de trabajo que exige un cambio de residencia del trabajador, lo que lleva implícito -al menos así se entenderá aquí- “el cambio a un ámbito geográfico distinto”.

En tal escenario el trabajador podrá, excluyentemente, solicitar en vía judicial el cese del acto de hostilidad o “darse por despedido” con el pago de una indemnización tasada. Para ello debe previamente “emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso” (art. 30 LPCL). La norma antes transcrita exige -para calificar el traslado como acto de hostilidad- que este deba provocar un “perjuicio al trabajador”. De acuerdo con la jurisprudencia peruana, el perjuicio puede ser económico (material) o moral o emocional (inmaterial). Así, dentro de este último se considera el perjuicio al “ejercicio del derecho a vivir en familia” o a la “unidad familiar”¹⁹.

Como se observa, las reglas del art. 30.c) LPCL, se aplican por igual a todos los trabajadores; sin embargo, la jurisprudencia²⁰ deja en evidencia que cuando se trata de trabajadores con responsabilidades familiares la decisión del empleador tiende a ser ilegítima por ocasionar “perjuicio al trabajador”.

¹⁷ Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de Ley de Fomento al Empleo (El Peruano, 26/01/96).

¹⁸ Sobre este elemento subjetivo y el criterio jurisprudencial de facilitación probatoria, ver: ESPINOZA ESCOBAR, J.: *Op. Cit.*, pág. 26.

¹⁹ ESPINOZA ESCOBAR, J.: *Op. Cit.*, págs. 20 y 21.

²⁰ Ver apartado II.2. *supra*.

Nótese que, al tratarse de una evaluación *ex-post*, este grupo de trabajadores alcanza protección -retorno al lugar de trabajo original (cese del acto de hostilidad)-, precisamente por los perjuicios que ya se han desplegado (económicos y a su entorno familiar), Recuérdese, además, que “las condiciones nacionales” hacen difícil para tales trabajadores la elección de las alternativas legales vigentes: extinción del vínculo o traslado y reclamo posterior. De ahí la importancia de que el legislador atienda a esta realidad.

III. Propuesta

Ante la situación socio-jurídica expuesta, se propone como protección adecuada a los trabajadores con responsabilidades familiares frente a traslados con cambio de residencia, el control judicial o administrativo *ex-ante* de la decisión empresarial, atenuando así el amplio margen de decisión que la ley actual otorga al poder de dirección empresarial. Este modelo de control (administrativo) se recogió en la norma anterior y era aplicable a cualquier trabajador²¹. Esta propuesta tiene un alcance enfocado en los trabajadores con responsabilidades familiares en línea con Convenio N° 156 OIT y la Recomendación N° 165 OIT. Para su adecuada implementación, el legislador peruano deberá precisar los requisitos de tal garantía y el alcance del concepto “trabajadores con responsabilidades familiares”, para ello podrá tomar como referencia a los grupos considerados en las normas vigentes sobre licencias para conciliar la vida laboral y familiar²². Por supuesto, cualquier cambio normativo debe estar precedido por el diálogo entre los interlocutores sociales.

²¹ Sobre este antecedente ver: TOYAMA MIYAGUSUKU, J.: *Op. Cit.*, págs. 331-334.

²² Ver apartado II.2. *supra*.

El poder de dirección o modificación sustancial de las condiciones de trabajo: STS 624/2021, de 15 de junio

M^a TERESA MARBÁN PINILLA

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social y Doctora en Derecho

I. Introducción

No es fácil la conjugación e interpretación correcta de las distintas modificaciones de las condiciones de trabajo que se producen a lo largo de la vida laboral de los trabajadores. Es necesario distinguir aquellas modificaciones que son accidentales de las sustanciales. La cuestión no es baladí, pues la calificación como sustancial de la modificación de las condiciones de trabajo ha de realizarse conforme al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET y el reconocimiento de derechos a los trabajadores como la rescisión del contrato de trabajo con derecho a indemnización.

Entre los preceptos legales más característicos que regulan el poder de dirección cabe citar el art. 5.c del ET, regulado dentro de los deberes de las personas trabajadoras, y el art. 20 del ET, donde se regula la posibilidad de adopción de órdenes o instrucciones en el ejercicio regular¹... La función principal del poder de dirección gira sobre el contenido de la prestación laboral del trabajador. Sin embargo, las órdenes e instrucciones pueden versar sobre el lugar y el tiempo de trabajo; elementos claves en el contrato de trabajo.

El poder de dirección permite al empresario la introducción de modificaciones no sustanciales en la prestación de servicios con el objetivo de la adaptación a las circunstancias mercantiles. Precisamente, la modificación del lugar de trabajo cuando no comporte el cambio de residencia para el trabajador es una modificación no sustancial.

¹ La posición de poder del empresario en las relaciones de trabajo tiene otras muchas manifestaciones normativas y, en su defecto, por los usos y costumbres. Ver MONTAÑA MELGAR, A.: "El poder de dirección del empresario (art. 20)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1 de Marzo de 2000, pág. 575.

La finalidad del poder de dirección, ligada intrínsecamente al art. 1.1 del ET (*...dentro del ámbito de organización y dirección...*) es la atribución al empresario del poder para organizar su empresa en materia laboral para la consecución de la actividad económica que desempeña. Todo ello con el objetivo de maximizar la productividad y la competitividad laboral.

Los límites del poder de dirección han suscitado dudas a la hora de calificar una modificación como sustancial o accidental.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

D. Jose María presta servicios para la empresa Cortefiel S.A. desde el 1 de septiembre de 1982 con categoría profesional de jefe de sucursal con un salario de 4.527,91 euros. Los primeros años trabajó en Madrid y Cádiz hasta que el 1 de marzo de 2002 comenzó a prestar servicios en el Rincón de la Victoria (Málaga) y desde el 20 de marzo de 2003 lo hace en el centro comercial “La Cañada” (Marbella). El actor es delegado sindical de UGT y percibe una cantidad de 1.252,11 euros mensuales en doce pagas en concepto de ayuda de vivienda.

En febrero de 2015 el comité de empresa pone en conocimiento de la empresa los comportamientos del actor hacia todos los trabajadores de su tienda. En junio de 2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social inspectora requirió a la empresa la adopción de medidas preventivas para la eliminación, reducción y control de los riesgos psicosociales detectados en el centro de trabajo. La empresa realizó varios estudios de factores de riesgo psicosocial en la sucursal. En abril de 2017 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de infracción en la que se indicaba la existencia de un clima laboral nocivo. El actor desde abril de 2015 está sometido a tratamiento médico.

Mediante carta por escrito de fecha 22 de mayo de 2017 la empresa comunicó a D. Jose María que a partir del 1 de junio de 2017 pasaría a prestar servicios como jefe de sucursal en la tienda del centro comercial “Plaza Mayor”, en Málaga, sin cambio alguno en la ayuda de vivienda que venía percibiendo; la distancia entre el centro comercial La Cañada y el de Plaza Mayor es de 56 kilómetros.

D. Jose María interpone demanda contra Cortefiel S.A. y el Juzgado de lo Social de Málaga nº5 dictó sentencia en la que estimó la pretensión del actor, declarando injustificado el traslado, condenado a la demandada a reponer al actor al centro de trabajo sito en el centro comercial La Cañada, de Marbella.

La empresa recurre el pronunciamiento judicial ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga. El TSJ dicta sentencia y desestima el recurso de suplicación interpuesto por Cortefiel S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Málaga, y confirma dicho pronunciamiento judicial en todos los asuntos.

La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma sala de suplicación y presenta sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 2012 (rollo 3976/2011).

III. Posición de las partes

Tras varias actuaciones inspectoras en materia preventiva de riesgos psicosociales detectados en el centro de trabajo de La Cañada, de Marbella (Málaga), Cortefiel S.A. comunica a D. Jose María la decisión sobre el cambio de centro de trabajo de prestación de sus servicios. Así, a partir del 1 de junio de 2017 pasaría a prestar servicios como jefe de sucursal en la tienda de Plaza Mayor, en Málaga, con mantenimiento de la ayuda por vivienda.

D. Jose María considera injustificado su traslado al centro de trabajo que la mercantil dispone en el centro comercial Plaza Mayor, en Málaga.

IV. Normativa aplicable al caso

Los preceptos que considerar para la resolución del caso son los relativos al poder de dirección de la empresa, regulados en los artículos 5.c), 20, 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

V. Doctrina básica

El límite entre el poder de dirección, regulado en los artículos 5.c) y 20 del ET, y una modificación sustancial de condiciones del trabajo, cuyo artículo 41.7 del ET remite artículo 40 del ET en materia de traslados, no ha dejado de plantear problemas sobre la justificación causal y el reconocimiento de derechos como el extintivo a la persona trabajadora.

Junto a esta regulación legal, sobre la materia habría que tener en cuenta lo dispuesto en la específica regulación convencional sobre otros requisitos que se pudieran haber pactado. En el presente supuesto, el convenio colectivo provincial de aplicación de Málaga no ha desarrollado la materia.

El análisis del supuesto lleva al Juzgado del Málaga a la estimación en la demanda formulada por D. Jose María y declara injustificado el traslado, condenando a la mercantil a reponer al actor al centro de trabajo sito en La Cañada, Marbella.

En similares términos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado número 2 de Málaga. Considera la Sala, que se está ante un auténtico traslado, debido a la distancia de más de 30 km o el requerimiento al trabajador de empleo de un tiempo de desplazamiento de más del 25% de su jornada laboral y que la empresa debió acudir a la vía del artículo 40 del ET.

Tras la formalización del recurso de casación y su admisión a trámite, la Sala IV del Tribunal Supremo tiene en cuenta la doctrina consolidada por la que el cambio de residencia del trabajador es el elemento característico del traslado regulado en el artículo 40 del ET. Sin embargo, forma parte del poder de dirección del empresario la posibilidad de destinar al trabajador a otro centro de trabajo cuando no supone cambio de residencia. A más abundamiento, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que D. Jose María no se ha visto perjudicado en sus funciones ni el nivel retributivo.

VI. Parte dispositiva

La Sentencia aquí analizada confirma la doctrina consolidada de la Sala IV del Tribunal Supremo, que sostiene que el cambio de residencia del trabajador se configura como el elemento propio del traslado regulado en el artículo 40 del ET. En virtud de ello, forma parte del poder de dirección del empresario la posibilidad de destinar al trabajador a otro centro de trabajo cuando no implique cambio de residencia. A más abundamiento, queda probado que dicho cambio de centro de trabajo no ocasionaba a D. Jose María ningún perjuicio en sus funciones ni en su salario.

VII. Pasajes decisivos

El órgano judicial no duda en remitirse y reproducir la doctrina consolidada del Tribunal Supremo respecto al cambio de centro de trabajo que no implica cambio de residencia.

Igualmente, el Alto Tribunal tiene en cuenta las disposiciones convencionales sobre la materia que pudieran haberse pactado por la negociación colectiva y, por ende, la regulación de tales cambios de centros de trabajo. Al no existir regulación específica sobre la materia, no existe límite convencional.

Finalmente, hasta en dos ocasiones menciona en el fundamento jurídico segundo que el cambio de centro de trabajo de D. Jose María responde a una manifestación del poder de dirección que no necesita justificación alguna.

VIII. Comentario

El poder de dirección tiene como fundamento la libertad de empresa (art. 38 CE). Este derecho reconoce un espacio irreductible de autonomía de organización al empresario² que tiene como finalidad la adaptación de la empresa a las exigencias del mercado y conservación del negocio. Este poder empresarial no es absoluto. Límites como los económicos-productivos o los sociales reducen al máximo la arbitrariedad empresarial.

Como manifestación del poder de dirección se encuentra la de dictar órdenes instrucciones para la realización de la actividad productiva. Las órdenes e instrucciones laborales pueden plantear problemas de acuerdo con su intensidad. Si se trata de una orden o modificación no sustancial ha de situarse dentro del poder de dirección sin otros límites que los del propio poder³. Existen manifestaciones individuales del poder de dirección donde el empresario dicta órdenes e instrucciones y varía las condiciones de lugar y tiempo de trabajo mediante la promoción de medidas individuales. Todas ellas responden a la necesidad de atender a la satisfacción del derecho de crédito del

² MONTOYA MELGAR, A.: "La libertad de empresa y poder de dirección del empresario", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004 (Ejemplar dedicado a: 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España), pág. 126.

³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "El cambio de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral", en VVAA (Sánchez Trigueros, C., González Díaz, Fco. A., Dirs.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 244.

empresario⁴. En el presente caso, Cortefiel S.A. decidió variar el lugar de prestación de servicios de D. Jose María del centro comercial La Cañada, ubicado en Marbella (Málaga) a otro de sus centros de trabajo, sito en otro centro comercial, La Plaza (Málaga).

Es necesario destacar cómo el órgano judicial estudia y analiza la orden empresarial de variación del centro de trabajo ejecutada por D. Jose María para comprobar si se está ante una manifestación del poder de dirección o bien, ante un traslado que debería haber seguido el procedimiento establecido legalmente. En primer lugar, de acuerdo con la doctrina consolidada el Tribunal advierte que un mero cambio de centro de trabajo, cuando no exige cambio de residencia es una modificación accidental del lugar de trabajo incluido dentro de la esfera del poder de dirección.

A más abundamiento, el Alto Tribunal examina la posible existencia de disposición convencional sobre la materia que se haya conculcar a la hora de producirse la variación. Concluye la falta de regulación por convenio colectivo que impusiera algún tipo de requisito a la hora de realización del traslado del centro de trabajo.

Se pronuncia sobre la no alteración de la categoría profesional, funciones y responsabilidades de D. Jose María, pese al cambio de centro de trabajo. A nivel salarial tampoco hay perjuicio alguno, manteniéndose incluso la ayuda por vivienda que el trabajador venía percibiendo.

Y por último, aun cuando no es necesario, pese a que existen actuaciones inspectoras justificadas sobre la materia, el Tribunal Supremo hace constar que para la decisión de variación de centro de trabajo no es necesario una motivación causal, dado que la norma legal no impone a las manifestaciones del poder de dirección ninguna exigencia de motivación causal ni otorga al trabajador un derecho extintivo.

IX. Bibliografía

MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1 de marzo de 2000, pág. 575.

MONTOYA MELGAR, A.: “La libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004 (Ejemplar dedicado a: 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España), pág. 126.

MONTOYA MELGAR, A.: “La libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en VVAA (Pérez de los Cobos Orihuel, F., Dir.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2011, pág. 165.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “La libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en VVAA (Pérez de los Cobos Orihuel, F., Dir.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2011, pág. 165.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El cambio de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral”, en VVAA (Sánchez Trigueros, C., González Díaz, Fco. A., Dirs.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 244.



5 DESAFÍOS TECNOLÓGICOS

Poder de dirección empresarial y decisiones automatizadas de probabilidad (“scoring”)

MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Presidenta Emerita del TC*

I. El poder de dirección empresarial, un poder de las personas. Unas mínimas precisiones conceptuales

La dimensión normativa y funcional del poder de dirección empresarial exige partir del enunciado del artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores: “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”, precepto proveniente del ET de 1980. Ese mandato tradicional delimita la relación de subordinación típica del trabajo objeto del contrato de trabajo -al trabajo convenido- e identifica al sujeto responsable del ejercicio del poder directivo en una figura humana, ya sea una persona física o el representante de una persona jurídica. El empresario es el titular del poder de dirección; la delegación en personas concretas no exime a la empresa de su responsabilidad, ni autoriza a los delegados a ejercerlo fuera del marco legal y convencional. La figura de la “persona” actúa, así, como garante de la imputación y responsabilidad jurídica en el ejercicio del poder directivo empresarial. Esa doble premisa -titularidad y responsabilidad de la empresa- constituye la pauta normativa de partida para evaluar la incorporación al ejercicio del poder de dirección empresarial de técnicas algorítmicas de selección, evaluación y puntuación del trabajo, decisiones automatizadas, elaboración de perfiles y técnicas de *scoring* en el contexto actual de desarrollo extraordinario de las técnicas de gestión masiva de datos personales.

La irrupción de las tecnologías de la información y, en particular, de la inteligencia artificial (IA) en la gestión de recursos humanos no cuestionan la premisa normativa del art. 20.1 del ET. La toma de decisiones automatizada, cada vez más extendida en el

ámbito empresarial, no desplaza -no puede hacerlo- la dimensión personal del poder de dirección del empresario al situar la selección, evaluación, control y vigilancia del trabajo en algoritmos. La dificultad resulta evidente: una decisión automatizada no puede ser considerada una “persona” en quien el empresario, persona jurídica de ordinario, delega.

El *scoring* consiste en la generación de valores numéricos basada en la hipótesis de que la clasificación de una persona dentro de una categoría de individuos con características comparables, que han manifestado determinados comportamientos, permite prever probabilísticamente un comportamiento similar mediante procedimientos matemáticos y estadísticos. En el ámbito laboral, estas puntuaciones sintetizan información sobre la actividad, productividad, conductas o riesgos de las personas trabajadoras. Cuando se utilizan para la adopción de decisiones relevantes del poder de dirección empresarial -la asignación de tareas, horarios, vacaciones, promociones, retribuciones variables, sanciones disciplinarias, reorganizaciones o extinciones contractuales- resulta crucial distinguir entre decisiones basadas exclusivamente en tratamientos automatizados y aquellas en las que tales tratamientos constituyen un instrumento de apoyo al ejercicio del poder empresarial. El artículo 20.1 del ET no autoriza la abdicación del empresario; admite la asistencia de herramientas de IA, pero la decisión final debe corresponder al empresario. De esta exigencia normativa derivan límites y obligaciones que deben regir el uso del *scoring* en las empresas.

La elaboración de perfiles, según el artículo 4.4 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/CE..., comprende cualquier tratamiento automatizado de datos personales destinado a evaluar aspectos de la persona trabajadora -como productividad, implicación o fiabilidad- sin que necesariamente se traduzca en una cuantificación. El *scoring*, en cambio, constituye una modalidad específica de perfilado en la que la evaluación de características cualitativas se transforma en un valor de probabilidad expresado en forma numérica o puntuación, que sirve de base para la adopción de decisiones relevantes. Aunque todo *scoring* constituye un supuesto de perfilado, no toda elaboración de perfiles implica *scoring*. Esta distinción resulta particularmente relevante en el ámbito laboral, pues la conversión de características cualitativas en puntuaciones o valores de probabilidad incrementa los riesgos de opacidad, sesgos y automatización encubierta de las decisiones empresariales, las cuales, conforme al artículo 22 del RGPD, requieren siempre una intervención humana efectiva

La regulación europea aplicable al *scoring* es inmediatamente operativa en nuestro ordenamiento jurídico y determinante del control jurisdiccional de su utilización en el ámbito laboral.

II. Y los límites de su ejercicio a través de decisiones automatizadas

El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de los datos personales.

El art. 22 del RGPD comienza estableciendo el reconocimiento de un derecho de las personas físicas interesadas, al que siguen excepciones. El derecho es de toda persona interesada *"a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar"* (apdo. 1). Ese principio general de garantía frente a la automatización de decisiones individuales y elaboración de perfiles, que otorga a las personas físicas una protección reforzada frente a la sustitución de la valoración humana por algoritmos en contextos que pueden afectar a su esfera jurídica o material, no es absoluto. El apdo. 2 del propio precepto contempla tres supuestos en los que la decisión plenamente automatizada puede admitirse, no aplicables a las relaciones laborales como después se razonará: cuando resulte necesaria para la ejecución de un contrato, cuando esté autorizada expresamente por una norma de la Unión o de los Estados miembros que prevea salvaguardias adecuadas, o cuando el interesado haya prestado su consentimiento explícito. En estos casos, la validez de la decisión automatizada está condicionada a la existencia de garantías adicionales que neutralicen el riesgo de indefensión del afectado. Entre esas garantías mínimas destacan los derechos de las personas interesadas a *"obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión"* (apdo. 3). El precepto no se limita, por tanto, a imponer transparencia, sino que introduce mecanismos de control correctivo que devuelven protagonismo a la autonomía y la dignidad de la persona frente al automatismo decisorio. Un límite adicional viene dado por la naturaleza de los datos empleados. Las decisiones automatizadas no pueden fundarse en categorías especiales de datos personales -como los relativos a origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, relativos a la salud, a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física-, salvo que concurran excepciones muy estrictas y se apliquen garantías reforzadas (apdo. 4). El RGPD busca así impedir que sesgos algorítmicos o tratamientos sensibles generen formas de discriminación encubierta bajo la apariencia de neutralidad tecnológica.

En definitiva, el artículo 22 RGPD consagra un derecho a la autodeterminación frente al automatismo decisorio, que prohíbe las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, y, excepcionalmente, impone a los responsables de esas decisiones la obligación de preservar los derechos de las personas afectadas a obtener intervención humana, expresar su punto de vista e impugnar judicialmente la decisión.

En el ámbito laboral, esta regulación del RGPD prohíbe o condiciona directamente el ejercicio del poder de dirección empresarial través de decisiones basadas únicamente en técnicas automatizadas de *scoring* o apoyadas en estas técnicas.

En nuestro ordenamiento, la configuración de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos tuvo lugar, como es sabido, por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que lo definió como un derecho que garantiza a las personas *"un poder de disposición sobre esos datos"* (FJ 6).

La Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, adaptó nuestro ordenamiento interno al RGPD, sin perjuicio de adicionar una regulación propia sobre los derechos digitales. “Interiorizó” el art. 22 RGPD mediante su art. 11, que prohíbe que las personas sean objeto de decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados, incluida la elaboración de perfiles, salvo en los supuestos excepcionales de habilitación legal, consentimiento expreso o ejecución de un contrato, siempre bajo garantías reforzadas de intervención humana, posibilidad de alegación y derecho de defensa frente a la decisión. Este precepto brinda también anclaje normativo específico al control jurisdiccional de sistemas de *scoring* algorítmico por el poder de dirección empresarial

El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial..., clasifica como de alto riesgo, en su art. 6, apdo. 2, junto con el Anexo III.4. b), los sistemas de IA destinados a “la gestión de los trabajadores”, “utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones”. La relevancia del art. 14 del RIA radica en que establece la obligación de garantizar una supervisión humana efectiva sobre los sistemas de IA de alto riesgo durante su diseño y desarrollo, con el propósito de prevenir o minimizar los riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Esta disposición constituye un eje central del régimen de los sistemas de IA de alto riesgo, pues asegura que su actuación permanezca siempre bajo control humano, evitando que decisiones potencialmente lesivas se ejecuten de manera autónoma. En el ámbito de la gestión laboral, estos sistemas pueden generar puntuaciones o recomendaciones automatizadas -mediante técnicas de *scoring* para evaluar rendimientos o riesgos-, pero la adopción de las decisiones finales recae siempre en el empleador, asegurando un control humano sobre sus efectos sobre las personas trabajadoras. Las obligaciones previstas en el art. 26 del RIA -medidas técnicas y organizativas, vigilancia del funcionamiento, conservación de registros, información a los trabajadores y sus representantes, evaluación de impacto sobre el derecho a la protección de datos- se complementan con la garantía de que los derechos fundamentales de los trabajadores permanecen plenamente vigentes, como no podía ser de otra manera. De este modo, las obligaciones que el RIA impone a los empleadores responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo de gestión de trabajadores se integran en la regulación legal interna del ejercicio del poder empresarial, de su régimen de derechos y obligaciones respecto de los trabajadores y de responsabilidad civil consiguiente.

Este conjunto normativo -integrado por el RGPD, la LOPD y el RIA- crea un marco jurídico vinculante que prohíbe o condiciona el recurso por el poder de dirección empresarial a la utilización de decisiones automatizadas de *scoring* para el ejercicio de sus facultades organizativas y de gestión, de control y vigilancia y disciplinarias. El aparato normativo y, como veremos de inmediato jurisprudencial, del que se ha dotado

la UE, puede decirse que responde el modelo clásico de los instrumentos de garantía del Estado constitucional.

III. La ilustración jurisprudencial: la prohibición de decisiones empresariales basadas únicamente en tratamientos automatizados (decisiones de generación de un valor de probabilidad, *scoring*)

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas de un valor de probabilidad relativo a la capacidad de una persona para hacer frente a sus obligaciones de pago en el futuro (*scoring*) ha sentado principios de gran trascendencia para la utilización y la prohibición del *scoring* y la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos personales, trasladables al ámbito laboral. En *SCHUFA Holding (Scoring)* (sentencia de 7 de diciembre de 2023, C-634/21), en un caso de agencias privadas de información comercial, el Tribunal declaró que la generación automatizada de un valor matemático a partir de datos personales relativos a una persona y acerca de su capacidad para hacer frente a compromisos contractuales en el futuro constituye una "decisión individual automatizada" del art. 22, apartado 1, del RGPD, y, por tanto prohibida por ese precepto, "cuando de ese valor de probabilidad dependa de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fin a una relación contractual con esa persona" (&73).

La cuestión prejudicial que el órgano jurisdiccional alemán planteó al Tribunal de Justicia fue si la generación automatizada de un valor de probabilidad es una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, del art. 22.1 del RGPD, en casos en que ese valor de probabilidad, establecido a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero, responsable del tratamiento, y este tercero, de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con el interesado.

El Tribunal fija la interpretación del art. 22.1 del RGPD, que, siguiendo las conclusiones del Abogado General Priit Pikamäe, consagra un "derecho" de la persona interesada "a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles", y "establece una prohibición de principio cuya inobservancia no necesita ser invocada proactivamente por el interesado" (&52).

La aplicación del precepto está sujeta a tres requisitos acumulativos: debe existir una decisión; esa decisión ha de estar basada "únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles"; y debe producir "efectos jurídicos [que afecten al interesado]" o que lo afecten "significativamente de modo similar" (&43). La interpretación de los tres requisitos ha de ser amplia, comenzando por el concepto de decisión y su capacidad de afectación significativa similar, pues, a la postre, es la que viene exigida por la finalidad del precepto legal, "que consiste en proteger a las personas contra los riesgos específicos para sus derechos y libertades que supone el tratamiento automatizado de datos personales, incluida la elaboración de perfiles" (&57). Que la decisión estuvo basada únicamente en el tratamiento automatizado, no se discutía que una actividad como la realizada por SCHUFA respondía a la definición

de una “elaboración de perfiles”, conforme al art. 4.4 del RGPD. El tratamiento automatizado evalúa aspectos personales de una persona física, sirviendo “en particular para analizar o *predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado*”; y, como es lógico, puede afectar sus derechos e intereses legítimos por sus potenciales efectos discriminatorios por cualesquiera motivos odiosos (raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual). El art. 22.1. del RGPD ha de enfocarse al establecimiento de garantías para las personas físicas. De modo que cuando se elaboren perfiles se asegure “un tratamiento leal y transparente respecto del interesado, en particular mediante la utilización de procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles y la aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se reduce al máximo el riesgo de error” (&58- 59). La conclusión del Tribunal en esta parte de su argumentación es que la interpretación amplia de su sentencia, especialmente del concepto de decisión, “refuerza” la protección establecida por la citada disposición. En efecto, las “decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles”, prohibidas por el apdo. 1 del art. 22 del RGPD, se proyectan sobre las excepciones, con sus garantías, de sus apdos. 2 a 4 y de otros preceptos del RGPD; así sobre obligaciones de los responsables del tratamiento de transparencia de la información, comunicación y derechos de acceso a la información de los interesados (arts. 12-15).

Sobre las circunstancias particulares del litigio principal -existencia de tres interesados y dos responsables del tratamiento de datos personales y generación del valor de probabilidad por el segundo responsable, aunque aplicado por el tercero-, será suficiente con destacar que la generación de un valor de probabilidad se basa en un tratamiento automatizado y produce efectos que afectan significativamente a las personas afectadas, con independencia de que el valor de probabilidad se genere por un tercero y se aplique por la empresa. Quiso el Tribunal de Justicia impedir el “riego de elusión” del art. 22 del RGPD y crear una “laguna de protección jurídica”, lo que resultaría de una interpretación estricta de esta disposición, “según la cual la generación del valor de probabilidad debiera considerarse un mero acto preparatorio y solo el acto adoptado por el tercero pudiera, en su caso, calificarse de «decisión», en el sentido del artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento”.

A partir de aquí la sentencia se ocupa de los requisitos que han de cumplir los Derechos nacionales para excepcionar la prohibición del art. 22.1 del RGPD y autorizar la adopción de una decisión individual automatizada, que han de establecer medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado [art. 22.2.b) RGPD] y observar las exigencias de los arts. 5 y 6 del RGPD y de la jurisprudencia del TJ. La sentencia remite al órgano jurisdiccional nacional la tarea de comprobar la existencia en el Derecho alemán de una base jurídica que autorice la adopción de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado.

IV. Las garantías mínimas de salvaguarda de los derechos y libertades e intereses legítimos de las personas trabajadoras

Como se avanzó, en el ámbito laboral las excepciones previstas en el artículo 22.2 RGPD apenas resultan operativas: la “necesidad” de prácticas automatizadas de *scoring* para la celebración o ejecución de un contrato de trabajo no puede interpretarse en el sentido de habilitar a la empresa para automatizar unilateralmente decisiones de contratación, gestión o despido; no existe en nuestro ordenamiento una norma específica que autorice expresamente el uso de decisiones exclusivamente automatizadas con las salvaguardas exigidas por el Derecho de la Unión; y el consentimiento del trabajador carece de eficacia real por la posición de subordinación que caracteriza la relación de trabajo. Por ello, en la práctica, el art. 22.1 RGPD se proyecta en el ámbito laboral como una prohibición casi absoluta de las decisiones basadas únicamente en algoritmos de *scoring* o elaboración de perfiles.

El Reglamento deja abierta, no obstante, una posibilidad de excluir de su alcance aquellas decisiones en las que concurra una intervención humana -“*human in command*”- “significativa”. El antiguo Grupo de Trabajo del Artículo 29 -hoy Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB)- aclaró en sus Directrices sobre decisiones automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251rev.01, 2018) que dicha intervención no puede ser meramente formal, aparente o simbólica, sino que debe ser real y sustantiva: el revisor humano ha de comprender el funcionamiento del sistema, contar con información suficiente sobre el caso concreto, tener la capacidad efectiva de modificar o anular la decisión propuesta y ejercer esa facultad de manera fundada. De lo contrario, la intervención humana se convierte en una simulación que no desvirtúa el carácter “exclusivamente automatizado” de la decisión, lo que la mantiene en el ámbito de la prohibición del art. 22.1 del RGPD. En consecuencia, el uso de perfiles y sistemas de *scoring* en el ámbito laboral solo es admisible como instrumento auxiliar de apoyo a la decisión empresarial, siempre que la resolución final corresponda a un responsable humano con autoridad y capacidad para revisar el resultado del algoritmo y corregirlo o descartarlo, garantizando al mismo tiempo a las personas trabajadoras los derechos de acceso a la información y expresión de su oposición y de impugnación previstos en el RGPD, siendo el derecho a la tutela judicial efectiva garantía última del derecho fundamental a la protección de datos de las personas trabajadoras (arts. 18.4 y 24 CE).

En cuanto a la supervisión humana, el riesgo real es que no cumpla la exigencia de ser jurídicamente significativa, sino que por superficial y simbólica acabe desvirtuándose en una mera apariencia de control, en la que la persona responsable de la supervisión, que ha de estar capacitada para llevarla a término, se limite a refrendar sin análisis crítico el resultado del algoritmo. Esta degradación vaciaría de contenido el significado auxiliar que podría reconocerse al *scoring*, produciendo el efecto de vulnerar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y de erosionar el de tutela judicial efectiva. En este sentido, el verdadero desafío del art. 22 RGPD, en su aplicación a la organización, gestión, control de las obligaciones de trabajo y de su incumplimiento, no es tanto la norma en sí misma, cuanto su aplicación práctica:

evitar que la intervención humana se convierta en una mera formalidad que encubra decisiones materialmente automatizadas.

En su guía de 2024, la AEPD ha advertido de que la supervisión humana debe ser significativa y que una mera validación formal no basta para excluir que una decisión sea “basada únicamente en tratamiento automatizado”. Del mismo modo, la doctrina ha señalado que en muchos casos la intervención humana se reduce a un mero trámite simbólico, lo que no cumple las exigencias del art. 22.1 del RGPD.

Ante este problema real, la doctrina laboralista ha propuesto el recurso empresarial, necesario, a auditorias obligatorias, independientes y recurrentes. Compartiendo esa opción al servicio de la efectividad de la intervención humana en las decisiones empresariales sustentadas en tratamientos automatizados con efectos significativos en los derechos e intereses legítimos de trabajadores, es de gran importancia conocer los términos de funcionamiento de las garantías mínimas adicionales de transparencia, acceso a la información, expresión del punto de vista de la persona trabajadora afectada, y revisión judicial de la decisión empresarial no basada únicamente en un tratamiento automatizado. Me limitaré a recordar que en *Dun & Bradstreet Austria GmbH* (sentencia de 27 de febrero de 2025, C-203/22), el Tribunal de Justicia afirmó con determinación que “en el contexto específico de la adopción de una decisión basada exclusivamente en un tratamiento automatizado, la finalidad principal del derecho del interesado a obtener la información prevista en el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD consiste en permitirle ejercer de manera eficaz los derechos que le reconoce el artículo 22, apartado 3, de dicho Reglamento, a saber, el de expresar su punto de vista sobre esa decisión y el de impugnarla” (& 55). En concreto, el derecho a obtener “información significativa sobre la lógica aplicada” se traduce en la obligación empresarial de transparencia: la empresa debe facilitar al interesado, de manera concisa, transparente, inteligible y accesible (art. 12.1 RGPD), el procedimiento y los principios aplicados concretamente para explotar, de forma automatizada, sus datos personales y elaborar un perfil (&65-66).

El control judicial de las decisiones empresariales basadas -únicamente o no- en el tratamiento automatizado es garantía de cierre de las salvaguardas sustantivas exigidas por el RGPD y la jurisprudencia del TJ, que precisa invocarse poactivamente. Ese control judicial lo es de verificación del cumplimiento por la decisión del empresario de los derechos que operan sobre la “lógica aplicada a la elaboración de perfiles” y de ponderación del derecho fundamental de los trabajadores a la protección de datos con otros derechos fundamentales en juego, del empresario o de terceros, con arreglo a la regla de oro de la proporcionalidad.

V. En conclusión

Corresponde a la negociación colectiva abrir camino y articular mecanismos detallados de supervisión humana, información, oposición y responsabilidad que permitan compatibilizar la innovación tecnológica con la protección de derechos fundamentales de los trabajadores.

La regulación expuesta del RGPD, y su interpretación por el TJUE, produce un efecto, en mi opinión innegable, de limitación y aumento de la formalización del ejercicio del poder de dirección empresarial en garantía de los derechos de los trabajadores afectados. Esa procedimentalización del poder directivo empresarial no es una merma de las facultades directivas; es la condición de legitimidad del ejercicio de un poder de dirección que se sirve de una técnica que no debe poder ocultar su responsabilidad esencial. Tendrá ulteriores efectos en los conflictos causados por decisiones empresariales de gestión tecnológica del trabajo, que sería deseable que se canalizasen a través de procedimientos autónomos de solución de conflictos, tecnológicamente preparados. No es descartable, sin embargo, un efecto de incremento de la litigiosidad de la mano de la ampliación del valor de la motivación de la decisión empresarial. El *scoring* no puede motivar la decisión empresarial, sino servir de apoyo técnico. La empresa debe ser capaz de articular, con claridad, el razonamiento que conecta el dato algorítmico con la medida adoptada. Si la motivación se limita a la mera literalidad del *score*, el acto empresarial carecerá de la fundamentación exigible. ¿Se revitalizará por medio de la aplicación de algoritmos y de la IA el -hoy inane- derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la motivación, a una decisión judicial fundada en Derecho? Sería un resultado inesperado de este tiempo tecnificado.

VI. Bibliografía

- MERCADER UGUINA, J.: "El principio de proporcionalidad como límite al control laboral basado en la inteligencia artificial", *Trabajo y derecho*, nº 19, 2024.
- MERCADER UGUINA, J.: "Algoritmos e inteligencia artificial en el Derecho digital del trabajo", *Derecho y tecnologías*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2025, págs. 335-374.
- MERCADER UGUINA, J.: *Derecho laboral de daños (indemnizaciones por daños y perjuicios en las relaciones laborales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 892-905
- TODOLI SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos: cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, 2023.
- REQUEJO PAGÉS, J.L.: "La protección de datos, en la encrucijada entre el Derecho de la Unión y la Constitución Española", *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital*, FRA, Madrid, 2020, págs. 21-28.
- RIVAS VALLEJO, P.: "Ponderación de la protección de datos personales y la propiedad intelectual y secreto comercial en la aplicación del derecho a conocer la lógica del algoritmo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 3/2025; https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2025-00000002878&utm.
- <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/evaluacion-de-la-intervencion-humana-en-las-decisiones-automatizadas?utm>
- <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

La desafectación del poder de dirección empresarial en la era de las máquinas seudointeligentes: la alienación de la gestión empresarial y la lucha por la rehumanización y la autonomía de los trabajadores

INMACULADA MARÍN ALONSO

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

Es un honor para mí participar en una obra que tiene como objetivo honrar la trayectoria profesional de un maestro de maestros en un ámbito jurídico tan complejo, amplio y cambiante como es el nuestro y cuyas aportaciones han contribuido al entendimiento del derecho laboral por numerosas generaciones. Me permito recordar que el profesor Montoya Melgar obtuvo el título de Doctor, con la máxima calificación, por la Universidad de Sevilla, motivo por el que su vinculación con esta Universidad siempre fue entrañable y afectiva, manteniendo con el profesorado de ésta un contacto cariñoso y estimulante. Las contribuciones doctrinales del mismo han sido numerosas a lo largo de su dilatada carrera académica, pero sin duda fue la temática de su tesis doctoral sobre el poder de dirección del empresario, en 1965, la que se alzó como un referente esencial para la doctrina laboral de todos los tiempos. Es por ello que resulta lógico, a mi entender, centrar estas páginas sobre dicha materia, aunque intentando situarla en las circunstancias actuales y en los retos que presenta dicho poder en nuestros días. Me centraré, por tanto, brevemente, en la metamorfosis que sufre el poder de dirección cuando el empresario decide innovar su sistema de gestión empresarial a través de la implantación de los llamados sistemas de inteligencia artificial que, sin duda, permiten mejorar la productividad, eficacia y reducción de costes, pero generan importantes peligros para las personas trabajadoras a su cargo. Tales

riesgos han sido puestos de manifiesto por la doctrina laboral nacional y extranjera¹, existiendo acuerdo en que los mismos son variados e inexplorados y presentan distinto alcance, manifestándose tanto en relación a los derechos fundamentales de las mismas -incluyendo los sesgos discriminatorios en tanto las máquinas que simulan ser inteligentes no son tan neutrales como parecen ser- como en lo referente a la salud mental y, también, al desarrollo diario del trabajo, poniendo ello en jaque al recién proclamado por la OIT derecho a un entorno laboral seguro y saludable²; no debemos olvidar que las máquinas, usando un paralelismo conceptual tomado de la perspectiva psicológica, están enfermas por padecer *alexitimia*, es decir, que carecen de la empatía emocional, cognitiva y de solidaridad que caracteriza a los humanos. Así, se es consciente del potencial riesgo -concreto o no- del uso de la IA sobre las personas trabajadoras, pero sin perder de vista que éste no deja de ser un problema de segundo nivel respecto de la regulación del mercado y la evolución e innovación tecnológica en los países o territorios. Es, precisamente, esa dualidad la que ha pretendido abordar, por un lado, el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024³, que establece normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial (en adelante, RIA) y, por otro lado, la Directiva UE 2024/2831, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas de 23 de octubre de 2024⁴ que aborda los sistemas automatizados de supervisión y sistemas automatizados de toma de decisiones alimentados por algoritmos en el trabajo en plataformas.

Los mencionados riesgos para los derechos de las personas trabajadoras motivan la necesidad de acotar el uso de la inteligencia laboral en el marco laboral y regular su utilización mediante normas imperativas, debiendo tenerse en cuenta que la IA pretende configurarse en Europa como una tecnología centrada en el ser humano y, por tanto, en la persona trabajadora en el marco de la empresa; si el objetivo último de la inteligencia

¹ Véase, entre otros, FLORES ANARTE, L.: “Sesgos de género en la inteligencia artificial: el Estado de Derecho frente a la discriminación algorítmica por razón de sexo”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 18, 2023; GARCÍA DE QUIÑONES, J. C.: “Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad”, *Temas Laborales* n° 167, 2023; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª L.: “Inteligencia artificial, género y trabajo”, *Temas Laborales* n° 171/2024; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *et al*ri: “El Reglamento de Inteligencia Artificial y los trabajadores”, *Periscopio Fiscal y Legal*, 17 de julio de 2024, en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-y-los-trabajadores-i/>; DUGGAN, J., CARBERY, R., MACDONNELL, A. y SHERMAN, U.: “Gestión algorítmica y trabajo a través de aplicaciones en la economía colaborativa: una agenda de investigación para las relaciones laborales y la gestión de recursos humanos”, *Human Resource Management Journal* n° 30, 2020.

² 110ª Conferencia OIT de 22 de junio de 2022 -entrada en vigor en diciembre de 2024- que amplía el concepto de seguridad y salud laboral.

³ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento y del Consejo de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (modificándose, además, seis Reglamentos comunitarios y tres Directivas), Entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOCE y, con carácter general, será aplicable a partir del 2 de agosto de 2026. No obstante, algunos de sus preceptos serán aplicables a partir del 2 de febrero de 2025 (capítulos I y II), otros a partir del 2 de agosto de 2025 (Capítulo III, sección 4, Capítulos V, VII, XII y el artículo 78 -salvo el art. 101-) y otros a partir de 2 de agosto de 2027 (art. 6.1).

⁴ DOUE n° 2831, de 11 de noviembre de 2024.

artificial es aumentar el bienestar humano conforme a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital⁵ y las Directrices éticas para una IA fiable del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, dicho objetivo también debe resultar exigible, sin lugar a dudas, en el ámbito laboral. No obstante, la traslación de valores, sin contornos exactos, de un ámbito general y amplio a uno específico o concreto plantea interrogantes sobre la efectividad de los límites normativos en un entorno donde no sólo existe una situación de subordinación o dependencia de una parte a la otra sino que, además, resulta obvio el beneficio empresarial en la utilización de sistemas de inteligencia artificial.

En todo caso, la alineación gestora que se produce entre empresario y trabajador con el uso de sistemas de inteligencia artificial es la principal consecuencia que trae la innovación tecnológica basada en dicha tecnología pues el poder de dirección deja de ejercerse de manera cercana o por contacto y se convierte en una gestión impersonal que transforma a la persona trabajadora en un autómata desprovisto de facultades de decisión y de voluntad propia. Ciertamente es que el uso de tecnologías por parte del empleador para ejercer su poder de dirección no es un recurso novedoso ni desconocido en el ámbito laboral pues la tecnología se ha utilizado siempre como elemento transformador e innovador en el marco de la empresa e, incluso, como palanca de cambio que permite evolucionar a la sociedad en general y a las empresas u organizaciones con ellas⁶. No obstante, hasta ahora había sido la faceta de vigilancia y control de dicho poder sobre los trabajadores la más expuesta al uso de tecnologías y, por ello, la más abordada por los tribunales de justicia en orden a valorar el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Pero la inteligencia artificial ha dado un paso más allá al tener el potencial de convertirse en el avatar del empresario, es decir, en la representación gráfica del empleador en entornos empresariales digitalizados, y su sombra se extiende a todas las facetas del poder de dirección; así, la IA puede llegar, incluso, a suplantar al empleador en la toma de decisiones sobre los trabajadores, ya sea de manera indirecta a través del control u organización de la actividad laboral o, directamente, mediante decisiones sobre condiciones de trabajo o el ejercicio de facultades disciplinarias. En tal caso, la dirección de la empresa y de los trabajadores deja de ser personal, de cercanía o «de contacto» entre las partes y se transforma en una dirección mecánica y gregaria, denominada «algorítmica» y realizada por máquinas «todopoderosas». La tecnología utilizada en la inteligencia artificial se convierte, en definitiva, en un nuevo *alter ego* impersonal del empleador, desempeñando funciones decisivas e inapelables en la organización y gestión del trabajo y de las personas trabajadoras.

⁵ Declaración del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (DOUE de 23 de enero de 2023). Dicha declaración no sólo establece unos derechos básicos laborales en el lugar de trabajo, sino que pretende garantizar, por un lado, que el uso de la inteligencia artificial sea transparente en el mismo (Cap. II, 6, d) y, por otro, que las decisiones adoptadas por IA con impacto en los trabajadores cuente con supervisión humana, previa información de que están interactuando con sistemas de inteligencia artificial (Cap. II, 6, e).

⁶ Así, a finales del siglo XIX se medía el rendimiento a través del uso de cronómetros -como manifestación de la división del trabajo del taylorismo- y, después, en el siglo XX se intensificó dicho control empresarial mediante el uso de cámaras de videovigilancia o sistemas de geolocalización, haciendo temer que se hiciera realidad el panóptico de Bentham en tanto metáfora de la ubicuidad de la vigilancia y control en el entorno laboral.

La dirección algorítmica se manifiesta, esencialmente, de dos maneras diferentes: como mero complemento o ayuda a la toma de decisiones del empresario que, en todo caso, mantiene o se reserva la facultad decisoria respecto de los trabajadores o, por el contrario, de manera autónoma mediante la sustitución total de la voluntad del empleador en el proceso de toma de decisiones sobre las personas trabajadoras. En ambos casos, la intervención de las máquinas altera, con distinto alcance, la visión original del poder de dirección en tanto éste se manifiesta de diferente manera. Así, aunque el poder de dirección sea, en esencia, siempre el mismo, no cabe duda que la IA produce cambios en la forma de ejercer dicho poder, destapando, como señala Sanguinetti, que el mismo posee una dimensión instrumental que permite conectarlo con los sistemas de organización y los métodos de desarrollo de trabajo imperantes en cada momento⁷. Por ello, el potencial de transformación de la inteligencia artificial del entorno laboral y del poder de dirección empresarial no sólo es desconcertante y profundo, sino que se despliega al conjunto de la empresa y al modo de ésta de relacionarse con las personas trabajadoras, exponiéndolas, como hemos señalado, a innumerables riesgos.

En todo caso, no debemos olvidar que el descontrol de los humanos sobre el proceso de toma de decisiones de las máquinas provistas de sistemas avanzados de IA es el mayor peligro al que se enfrentan las personas trabajadoras desde el origen del contrato de trabajo, siendo tal constatación una verdad que todavía, por distintas razones, no se quiere asumir. El fenómeno de la «caja negra» es una realidad: la IA no razona, no es inteligente, sólo reconoce patrones tan complejos que parecen inteligentes, pero, en ningún caso, explica la decisión adoptada, más allá de volver a reproducir un patrón que los humanos no podemos descifrar. La garantía que, en vía de recurso, establecen las nuevas normas reguladoras de la IA en orden a ofrecer explicaciones comprensibles, simples y determinantes sobre el rol que ha tenido la IA en el proceso de toma de decisiones no deja de ser, en realidad, una falacia. Las máquinas provistas de sistemas de inteligencia artificial son, en definitiva, incontrolables y la supervisión humana como garantía de control desplegada en las normas reguladoras, una entelequia. La alienación que provoca la IA, la despersonalización y la instrumentalización del trabajo se presentan, por tanto, como desafíos para las personas trabajadoras del siglo XXI, acompañado ello de un mercado en expansión tremendamente lucrativo⁸ que desequilibra la balanza de la justicia del lado de las personas trabajadoras en el momento de afrontar la regulación normativa de la IA. Parece que el equilibrio o la moderación será, una vez más, el objetivo a alcanzar. El tránsito de la actual gestión alienada que caracteriza a los sistemas de IA hacia una gestión desalineada que reconozca al trabajador su individualidad y su capacidad autónoma de decisión, alejándose de su consideración como mero instrumento o medio empresarial, es lo que pretende conseguir, en esencia, la nueva regulación europea y española sobre inteligencia artificial. Sólo el tiempo dirá si la lucha por la rehumanización y la autonomía de las personas trabajadoras dará sus frutos.

⁷ SANGUINETI RAYMOND, W.: "El poder de dirección ante el cambio económico y productivo y la emergencia de la inteligencia artificial", *Trabajo y Derecho* n° 109, 2024, pág. 1-2.

⁸ Según el FMI se prevé que hasta 2030 la IA agregará hasta 15,7 billones de dólares al PIB mundial. En España, por su parte, la IA proporcionará en la próxima década a la economía el equivalente al 8% del PIB -entre 100.000 y 120.000 millones de euros-.

El futuro del poder de dirección. Un análisis de las decisiones automatizadas en la regulación europea

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III*

Se entiende por decisiones automatizadas aquellos procesos que se desarrollan mediante el uso de datos y algoritmos para optimizar la toma de dicha decisión. En el ámbito laboral, la automatización de las decisiones crea un nuevo reto para las relaciones laborales, donde el poder de dirección ya no solo depende directamente de la empresa, sino también de los algoritmos.

En el ámbito del poder de dirección hay que distinguir, a tenor del artículo 2 de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la Mejora de las Condiciones Laborales en el Trabajo en Plataformas Digitales (en adelante, Directiva de Plataformas Digitales), los *sistemas automatizados de seguimiento* (que se utilizan para controlar o evaluar, por medios electrónicos, la ejecución del trabajo) de los *sistemas automatizados de toma de decisiones* (que se utilizan para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afectan significativamente a las personas trabajadoras y a sus condiciones laborales, en particular, entre otras, sobre su contratación, acceso a tareas asignadas y a su organización, ingresos, seguridad y salud, tiempo de trabajo, acceso a formación, promoción o equivalente). Como luego se verá, esta distinción será importante en esta materia.

Se analizará el tema propuesto desde la visión 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 a los datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD) y del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia

artificial y por el que los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE)2020/1828 (en adelante, RIA), pero especialmente se examinará desde la regulación en la Directiva de Plataformas Digitales, entendiendo que este instrumento debe ser un ejemplo en la protección de los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito de las decisiones automatizadas.

I. Primera cautela: la participación humana

El artículo 22 del RGPD señala que *«todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»*. Así, las personas, también las trabajadoras, tienen derecho a que en las decisiones que les afecten haya intervención humana con el fin de garantizar sus derechos y evitar los sesgos de los algoritmos¹.

Este precepto excepciona tres supuestos. En lo que aquí interesa, no es preceptiva esa participación cuando exista un consentimiento explícito de la persona afectada y cuando la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre la persona interesada y la responsable del tratamiento.

No obstante, en estos casos excepcionales, incide de nuevo el artículo 22, siempre la persona responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas. De esta forma, como mínimo, la persona responsable podrá expresar su punto de vista sobre esta decisión e incluso impugnarla, de manera que, en cierto modo, sí existe intervención humana, aunque sea indirecta y posterior a través del responsable del tratamiento.

Se podría interpretar que en el ámbito laboral se aplica la excepción de la participación humana, dado que la decisión automatizada se tomará en el desarrollo de la celebración o la ejecución del contrato de trabajo. Desde aquí se defiende que no parece que pueda aplicarse dicha excepcionalidad a cualquier decisión de la empresa que afecte a la persona trabajadora, sino solo a las de gestión (a las de mero seguimiento), y no a las que puedan menoscabar sus derechos esenciales, tal y como se abordará a continuación².

El artículo 14 del RIA matiza que no es preciso que en toda decisión automatizada haya intervención humana, sino solo en los casos en los que las decisiones produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente a las personas de forma similar o parecida a la que puede afectar una decisión jurídica. Dicha vigilancia busca la prevención

¹ Seguramente es necesaria la intervención humana porque las decisiones netamente automatizadas son más discriminatorias que las decisiones humanas. Vid. BORNSTEIN, S.: “Antidiscriminatory Algorithms”, *Alabama Law Review*, número 70, 2018, pág. 570.

² En todo caso, solo se podría defender lo contrario, cuando no exista algún tratamiento menos intimidatorio, puesto que, si es posible, se sustituirá por otro que incluya dicha participación a los efectos de garantizar los derechos fundamentales de las personas trabajadora. Vid. *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data. A Toolkit*, European Data Protection Supervisor, 11 de abril de 2017.

o reducción al mínimo de los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando un sistema de Inteligencia Artificial de alto riesgo se utilice conforme a una finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persisten a pesar de aplicar otras cautelas³.

A estos efectos los sistemas de Inteligencia Artificial de alto riesgo, como los utilizados en las relaciones laborales, se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz hombre-máquina adecuadas.

De acuerdo con lo señalado, en el contexto laboral se admitirán, por tanto, las decisiones automatizadas en base a la celebración y ejecución del contrato de trabajo, teniendo en cuenta la necesaria intervención humana.

En idéntico sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre Condiciones de Trabajo Justas, Derechos y Protección Social para los Trabajadores de Plataformas: Nuevas Formas de Empleo vinculadas al Desarrollo Digital, reconoce que las decisiones algorítmicas deben ser éticas, responsables, impugnables y, en su caso, reversibles, y que, siempre, de acuerdo con el artículo 22 del RGPD es precisa su supervisión humana con el objeto de que los incentivos, las medidas punitivas y las calificaciones que afectan al tiempo de trabajo no signifiquen comportamientos de riesgo para la salud, incluida la psíquica, o la seguridad; así como también para evitar que los algoritmos discriminatorios incluyan sesgos de género, raciales u otros sociales en la selección y el tratamiento de los diferentes grupos e incrementen las desigualdades y los estereotipos.

En todo caso, vía artículo 14 de la RIA, la necesaria participación humana viene avalada igualmente por el hecho de que las decisiones automatizadas, si no son ejecutivas o de mera gestión, siempre llevan aparejadas efectos jurídicos o similares para las personas trabajadoras.

Y no puede tratarse igual a todo tipo de decisiones, sino que tendrá que valorarse la implicación humana dependiendo de su impacto en las propias relaciones laborales, de modo que los límites de las decisiones automatizadas, antes o durante su puesta en marcha, deberán intensificarse o atenuarse dependiendo de las materias sobre las que haya que tomar las decisiones, dado que no es lo mismo su aplicación, por ejemplo, en la determinación de los criterios de selección de las personas que serán incluidas en un ERE que en los que sirvan para decidir el reparto de las tareas en un departamento.

³ El anexo III del RIA recoge los ámbitos donde se considera la utilización de la Inteligencia Artificial como de alto riesgo. En particular, en materia laboral, se enuncia el empleo, la gestión de las personas trabajadoras y acceso al autoempleo. Y dentro de este, se mencionan dos concretos: la contratación o selección de personas físicas, especialmente para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a las personas candidatas; y la toma de decisiones relativas a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones. Asimismo, entre los sistemas que pueden afectar al ámbito laboral, se podría mencionar los de identificación biométrica y de categorización de personas físicas.

En el ámbito laboral, viene a reforzar la teoría aquí mantenida el artículo 10 de la Directiva de Plataformas Digitales, que exige que las plataformas digitales supervisen y evalúen periódicamente el impacto que tienen en las condiciones de trabajo las decisiones individuales adoptadas o apoyadas por sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones, proponiendo la participación de la representación de las personas trabajadoras en el proceso de evaluación.

Pero, asimismo, se recoge la necesidad de que las plataformas digitales garanticen los recursos humanos suficientes para la vigilancia de estos sistemas automatizados. Las personas encargadas, además, deben tener la competencia, la formación y la autoridad necesarias para ejercer su función y deben estar protegidas contra consecuencias negativas (cualquier sanción) en caso de que decidan anular las decisiones automatizadas.

Y esto que es aplicable a las relaciones laborales en el contexto de las plataformas digitales debería extenderse a cualquier otro sector, se defiende aquí, siempre que se esté aplicando la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones en el ámbito del derecho laboral.

II. Segunda cautela: el derecho a la información

En este contexto, el derecho de información de la persona trabajadora será un elemento preceptivo para mantener sus derechos fundamentales⁴, que deberá cumplir quien sea competente para su valoración en conjunto y tenga autoridad sobre la decisión⁵.

Desde el tenor del Considerando 92 y del artículo 26 del RIA se infiere una obligación general de informar a las personas físicas sobre su exposición a la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial de alto riesgo. En concreto, en su el punto 7 se señala expresamente que antes de poner en servicio o utilizar un sistema de estas características en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue informarán a la representación de las personas trabajadoras y a las personas afectadas de que estarán expuestas a su utilización.

Asimismo, los artículos 13.2.f) y 14.2.g) del RGPD recogen la obligación de informar sobre las decisiones automatizadas, en concreto sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento sobre los procedimientos. Estos preceptos añaden que la información debe ser de fácil acceso, clara y exhaustiva⁶.

⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., *El derecho de información como elemento estructural del principio de transparencia en las relaciones laborales*, Aranzadi, 2024.

⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre uso de algoritmos en el ámbito laboral*, mayo 2023, pág. 9.

⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29: *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, de 3 de octubre de 2017, revisadas el 8 de febrero de 2018, pág.28.

En idéntico sentido, el artículo 9 de la Directiva de Plataformas Digitales reconoce el derecho de información de las personas que realizan trabajo en plataformas, a su representación y, si así lo solicitan, a las autoridades nacionales competentes, sobre el uso de sistemas automatizados tanto de supervisión como de toma de decisiones. Así, se advierte que el derecho de información recae sobre todos los tipos de decisiones respaldadas o adoptadas por sistemas automatizados, incluso aunque no afecten de manera significativa a las personas trabajadoras.

La información se facilitará en forma de documento escrito que podrá estar en formato electrónico y se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo, en la línea de las exigencias del RGPD.

Sin embargo, el contenido de la información es diferente dependiendo de si se trata de decisiones de seguimiento o de toma de decisiones, siendo más completa en este último supuesto.

Por otro lado, se diferencia entre la información suministrada a las personas que realizan trabajo en plataformas y a sus representantes. Las personas trabajadoras tienen derecho directo a recibir información concisa, pudiendo acceder también a información exhaustiva, cuando así lo soliciten. Mientras que la representación ya tiene reconocido directamente el derecho al contenido más completo. El derecho se extiende también a las personas inmersas en procedimientos de contratación o selección respecto a los sistemas automatizados utilizados en dicho procedimiento.

En el artículo 14 de la Directiva de Plataformas Digitales incluso se va más allá y se reconoce el mismo derecho de información a las personas trabajadoras que a la representación, cuando no exista en la empresa esta última. De esta manera, se asegura que toda la información llega a las personas trabajadoras de forma indirecta (mediante la representación) o directa (cuando esta no exista).

III. Tercera cautela: el derecho a la explicación y el derecho al asesoramiento

La Recomendación 40 sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, de noviembre de 2021, señala que la explicabilidad supone hacer inteligibles los resultados de los sistemas de Inteligencia Artificial y facilitar información sobre ellos.

En este sentido, tal y como ya se adelantado, en los artículos 13.2.f) y 14.2.g) del RGPD se recoge el derecho a la información sobre las decisiones automáticas, pero se va más allá, y se configuran los denominados derechos de explicación sobre la lógica aplicada por las decisiones exclusivamente automatizadas⁷.

En la misma línea, el artículo 11 de la Directiva de Plataformas Digitales declara que los Estados miembros velarán por que las personas que realizan trabajo en plataformas tengan derecho a obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo, sin demora indebida, en relación con cualquier decisión adoptada o respaldada por un sistema automatizado de toma de decisiones (no para los de seguimiento). El

⁷ SAEZ LARA, C.: “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas Laborales*, número 155, 2020, pág. 55.

precepto reconoce la obligación de la plataforma digital de ofrecerles a las personas implicadas la posibilidad de debatir y aclarar los hechos, las circunstancias y los motivos de tales decisiones que afectan significativamente a sus condiciones de trabajo, incluso indicando una persona de contacto perteneciente a la plataforma.

Por otra parte, el artículo exige a las plataformas digitales que justifiquen por escrito cualquier decisión de restringir, suspender o cancelar la cuenta de la persona trabajadora de plataforma, de denegarle la remuneración por el trabajo que ha realizado o de alterar su situación contractual. En estos casos lo que se le reconoce es un derecho a la información justificada, que parece de menor entidad que el de explicación. No obstante, como se encuentran situados en el mismo precepto, hay que entender que se trata de una prerrogativa a más, sin que esto signifique que queda excluido del derecho de explicación. Con independencia de esta cuestión, en caso de que la explicación obtenida no sea satisfactoria o cuando las personas trabajadoras de las plataformas consideren que sus derechos han sido vulnerados, se reconoce el derecho a solicitar la revisión de la decisión y el derecho a obtener una respuesta motivada en el plazo de 2 semanas. Y, continúa señalando el precepto mencionado, que las plataformas tendrán que rectificar la decisión sin demora o, si esto ya no es posible, proporcionar una indemnización adecuada, cuando la decisión en cuestión vulnere los derechos de la persona trabajadora.

Pero, además, ya en el contexto del derecho colectivo, la representación de las personas trabajadoras de las plataformas podrá recibir la asistencia de un experto de su elección, siendo a cargo de la plataforma los costes de tal asesoramiento en el caso de plataformas digitales de más de 250 personas trabajadoras en un Estado miembro concreto. Quizás sería adecuado extender este derecho, cuando se trasponga a nuestra regulación, a todas las empresas, incluso a las de menos de 250 personas trabajadoras. Frente a esta declaración, se puede oponer el alto coste de estos servicios para las PYMES y MICROPYMES, de forma que quizás podrían regularse subvenciones para garantizar la comprensión de la información, pero sin carga económica para la empresa.

IV. Conclusiones

A medida que se imponga la utilización de la Inteligencia Artificial en las decisiones de las empresas se irá trasladando el centro del poder de dirección desde estas hacia los procesos automatizados, donde la empresa solo participará en la construcción de las relaciones laborales a través de la validación de las instrucciones previas que van a marcar la aplicación de las decisiones a situaciones posteriores. Así, el análisis del equilibrio natural entre el poder de dirección y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras se trasladará a un momento previo, en ocasiones incluso anterior al inicio de la relación laboral.

En este contexto, es importante distinguir entre cuándo se utiliza la Inteligencia Artificial como mero instrumento de ejecución/gestión y cuándo se emplea para tomar decisiones. Y en este último supuesto habrá que establecer cómo se va a imbricarse la Inteligencia Artificial en el poder de dirección, cuando la primera es la que toma las decisiones, sin la intervención de la empresa. Será preciso establecer los límites para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, y en este contexto el derecho de

información desde sus vertientes individual y colectiva serán elementos intrínsecos para garantizar estos objetivos.

En la actualidad, el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores incorpora obligaciones de información en favor de la representación legal de la plantilla para ser informado por la empresa de los *«parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles»*. No obstante, se echa de menos en la legislación española el reconocimiento de un derecho de información individual de las personas trabajadoras, cuando existan decisiones donde han intervenido procedimientos automatizados⁸.

En este ámbito, sirven de ejemplo los derechos recogidos en la Directiva de Plataformas Digitales, que deberán ser transpuestos a la normativa española. Como la Directiva de Plataformas incrementa adecuadamente los derechos de las personas trabajadoras frente a la utilización de la Inteligencia Artificial, se sugiere la extensión de sus principios a todos los sectores. Dicho de otra forma, su regulación no solo debe ser aplicable a las relaciones laborales de las plataformas que se dediquen al reparto, sino que debería ampliarse a todos los contratos afectados por los procesos automatizados. Es decir, que cualquier utilización de estos procedimientos en las relaciones laborales debería quedar justificada e, incluso, explicada a las personas trabajadoras con el fin de garantizar la comprensión de todos los elementos de la actividad laboral que están ejecutando y la defensa de sus derechos fundamentales.

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Algoritmos y transparencia. ¿pueden mentir los números? Los derechos de Información”, *Trabajo y Derecho*, número 86, 2022.

Nuevas tecnologías y poderes del empresario: lineamientos desde el control judicial constitucional

DIANA DEL PILAR COLORADO ACEVEDO

Profesora Universidad Nacional de Colombia

I. Introducción

Las nuevas tecnologías y la transformación digital impactan los procesos productivos o de prestación de servicios y el trabajo humano, así mismo, los comportamientos, la cultura y la regulación jurídica de las relaciones laborales. Hoy, el entorno laboral se transforma mediante la digitalización y la automatización, lo cual plantea grandes oportunidades para la eficiencia y la productividad, y también desafíos significativos para los derechos fundamentales y laborales, la estabilidad en el empleo y la dignidad de los trabajadores.

En las líneas que siguen, se encontrará una primera parte que describe algunas de las nuevas tecnologías que actualmente se aplican en la incorporación, control e inspección de los trabajadores, así como en la gestión de ciertos tipos de procesos y actividades. Se resalta el efecto directo en el trabajo humano y se les observa desde algunos referentes teóricos. La segunda parte, muestra algunos de los lineamientos provistos por la Corte Constitucional de Colombia, frente al ejercicio del poder empresarial a través de dichas tecnologías, a efectos de garantizar algunos derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral.

Dada la extensión del texto, las proposiciones abordadas buscan destacar algunos aspectos de interés que son, o pueden ser, desarrolladas de forma detallada en distintas vertientes conceptuales y de análisis, en otros y variados estudios.

II. Nuevas tecnologías y poderes del empresario

Para acometer la incidencia de las actuales tecnologías en la forma en que se ejerce el poder empresarial sobre el trabajo, los efectos en el ejercicio de la actividad

humana en los procesos productivos y en los derechos de los trabajadores, es pertinente hacer referencia a Byung-Chul Han¹, quien indica que la sociedad del siglo XXI ya no es disciplinaria, en los términos de Foucault, sino una sociedad del rendimiento, en el marco del sistema capitalista, donde sus habitantes no se denominan ya sujetos de obediencia, sino sujetos de rendimiento. Efectivamente, las nuevas tecnologías coadyuvan a la mayor extracción de actividad y la mayor aplicación del tiempo del trabajador en sus tareas, a efectos de lograr más eficiencia, rendimiento, velocidad y minimizar errores.

La regulación del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, en América Latina, aún es escasa, particularmente frente a los derechos de los trabajadores, o frente a las brechas digitales de sectores poblacionales tradicionalmente marginados. Generalmente se expresan directrices para monitorear los procesos de incorporación tecnológica y hacer recomendaciones para la protección de los derechos laborales, pero no a través de estructuras normativas integrales y obligatorias. En la reciente reforma laboral en Colombia, se hacen algunas previsiones respecto a la política pública de protección y transición laboral ante la automatización, dirigida a mitigar el impacto social y económico de la sustitución de empleos; o, por ejemplo, frente a los derechos de los trabajadores de plataformas de reparto.

En efecto, la economía colaborativa que se desarrolla en plataformas virtuales, conjuga el flujo veloz de información con los requerimientos de consumo de los individuos, y allí el trabajador pierde protagonismo- y protección jurídica-, y se dispersa la figura del empleador como sujeto que asegura las condiciones para la prestación del trabajo.

Se destacan, en el ámbito que se analiza, las tecnologías utilizadas en los procesos de reclutamiento y contratación de trabajadores, y para ejercer control y vigilancia sobre ellos. Al respecto, puede memorarse al citado autor coreano, quien señala que el poder disciplinario se hace invisible mientras impone una visibilidad permanente a sus súbditos, y “la visibilidad se establece ahora de una manera completamente diferente: no a través del aislamiento, sino de la creación de redes”². También indica que dichos medios digitales crean una falsa percepción de libertad, bajo una vigilancia absoluta.

En el primer escenario, han surgido plataformas de reclutamiento en línea, que publican ofertas de empleo, reciben currículums y gestionan el trámite digitalmente. Incorporan inteligencia artificial IA para buscar candidatos en bases de datos, redes sociales y otros sitios web. Entre las plataformas más conocidas se encuentran *LinkedIn*, *Indeed* y *Glassdoor*. Los sistemas de gestión de candidatos (ATS) implementan IA para identificar patrones en las solicitudes de empleo, analizar competencias y recomendar los perfiles más adecuados a través del seguimiento de aplicaciones, evaluación de candidatos, verificación de antecedentes y almacenamiento de información relevante. El *big data* permite recopilar, clasificar y analizar información dirigida a reclutar a los candidatos.

¹ CHUL HAN, B. *La sociedad del cansancio*, Herder, Barcelona, 2022, pág. 25.

² CHUL HAN, B. *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Penguin Random House- Taurus, Barcelona, 2022, págs. 13,14.

En el área de la contratación, los sistemas de gestión de recursos humanos (HRMS), incorporan al empleado y manejan la nómina, sugieren habilidades que el trabajador puede adquirir y brindan retroalimentación sobre su desempeño. Algunos ejemplos de ellas son *SAP SuccessFactors* y *Workday*. En la etapa de capacitación, se incorporan asistentes virtuales que guían a los nuevos empleados, responden preguntas frecuentes y proporcionan información sobre políticas internas.

Para efectos del control e inspección de los trabajadores, algunas aplicaciones hacen seguimiento de asistencia, registran las horas trabajadas y recopilan información para gestionar permisos, vacaciones y ausencias, de manera automatizada, y llegan a recomendar acciones o a predecir el comportamiento de los trabajadores. Ejemplos de ellas son *TSheets* y *Clockify*. Existe software que monitorea la actividad en línea, el uso de internet, el correo electrónico, las aplicaciones utilizadas, y toma capturas de pantalla. Las prácticas más cotidianas abarcan las tarjetas magnéticas de ingreso, códigos de barras, huellas dactilares o reconocimiento facial, para controlar el acceso y egreso de los trabajadores en la empresa.

Con la instalación de chips en los *mouses* de los trabajadores, se monitorea el movimiento de la mano para evaluar si el trabajador se encuentra o no conectado; y si la respuesta es negativa, se genera un memorando o alerta de evitabilidad del trabajo, los cuales, si aparecen de forma constante, pueden ocasionar el despido.

Todo esto, siguiendo a Chul Han, puede adicionar al control de lo corporal y lo biológico, un descubrimiento de la psique como fuerza productiva, pues el capitalismo actual se determina por formas de producción inmateriales o incorpóreas, “no se producen objetos físicos, sino objetos- no físicos como informaciones y programas..., para incrementar la productividad no se superan resistencias corporales, sino que se optimizan procesos psíquicos y mentales. El disciplinamiento corporal cede ante la optimización mental”³

El fenómeno de la automatización se enfoca en tareas repetitivas, rutinarias y de bajo valor agregado, frecuentemente asumidas por las tecnologías, relevando así puestos de trabajo *v.gr* en ensamblaje, empaquetado y operación de materiales. Sin embargo, Espíndola y Suárez⁴ señalan que existen retos para la automatización: la inteligencia social, que requiere habilidades complejas de comunicación, percepción, empatía y prudencia, las cuales son difíciles de procesar por la tecnología; la inteligencia creativa, que involucra la resolución de conflictos, imaginación y creación, difícilmente emuladas; y la manipulación, que requiere una coordinación física precisa, rápida, adaptable y con destreza en posiciones difíciles. Igualmente, es difícil reemplazar actividades que requieren un alto nivel de razonabilidad, educación, humanidad e intuición, atributos propios de las personas.

³ CHUL HAN, B. *Psicopolítica*, Herder, Barcelona, 2023, pág. 39.

⁴ ESPÍNDOLA, E. y SUÁREZ, J. I. “Automatización del trabajo y desafíos para la inclusión laboral en América Latina: estimaciones de riesgo mediante aprendizaje automático ajustadas a la región”, *Serie Políticas Sociales*, Número 245, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2023, pág.10. Recuperado de: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/ecd04748-3a6f-4aef-bf9c-9da57fa90717/content>.

La Inteligencia Artificial IA, analiza datos e identifica patrones para tomar decisiones, sustituyendo tareas cognitivas como análisis de documentos, atención al cliente y diagnósticos, por el uso de algoritmos de *machine learning* que clasifican y predicen, a través de un aprendizaje autónomo o semiautónomo, usualmente supervisado⁵. El *Big Data* alberga terabytes y exabytes de información trabajada en tiempo real a una gran velocidad, la cual puede ser compilada en actividades internas de la empresa para ser contrastada con información externa, con el propósito de optimizar procesos y adoptar decisiones eficientemente. En el campo jurídico, el *Smart Contracts* refuerza la seguridad en las transacciones, acreditando la identidad de las partes y la integridad de los registros.

En Colombia, por ejemplo, algunas de las nuevas herramientas se usan en la contratación y gestión de talento humano, valga mencionar *Bizneo*, *Panda*, *Buk* y *SAP*, usadas para redactar y publicar ofertas laborales, analizar y comparar perfiles de candidatos, organizar entrevistas por videoconferencia y responder dudas de los aspirantes mediante un chatbot. También generan informes de gestión de contratación y sugieren habilidades que el trabajador puede reforzar para mejorar su perfil. Herramientas como *Asana* y *Oracle Cloud HCM* son utilizadas para hacer seguimiento del tiempo y la gestión de equipos, organizar proyectos, diseñar planes, analizar datos, identificar tendencias y patrones para la automatización de procesos, elaborar informes detallados y dinámicos, asignar tareas y establecer prioridades y plazos.

Estos métodos expresan un aumento de los poderes del empleador, una reducción de la protección de la esfera privada y del tiempo del trabajador y una radical restricción del poder humano en los procesos, con un consecuente aumento en la extracción de la productividad del trabajo. Vale la pena recordar que, la mayoría de los empleados que usan o conocen tecnologías de alto nivel, manifiestan temor de que sus puestos de trabajo, en algún momento, sean reemplazados, y también anotan que no fueron consultados- directamente o a través de sus organizaciones-, antes o durante el proceso de implementación de aquellas.

Por ello, es necesario garantizar que no se agraven las desigualdades existentes, para lo cual, una estrategia es la promoción de la inclusión digital y el acceso equitativo a la tecnología y oportunidades de empleo; así mismo, considerar las perspectivas de los trabajadores en el momento de incorporar tecnologías, desarrollar proyectos piloto e implementar gradualmente las innovaciones, para poder evaluar su impacto en las condiciones laborales, adoptar correctivos y hacer menos invasiva la transición. La formación continua de los trabajadores en habilidades transversales es indispensable, para lo cual es preciso integrar al sector educativo y cultural.

III. Lineamientos desde el control constitucional

En este escenario, se generan cuestionamientos sobre el estado de vigilancia excesivo, pues la constante conectividad de los trabajadores, los software de vigilancia, el uso de redes sociales como *WhatsApp*, la instalación de cámaras, el uso de la IA en decisiones gerenciales, pueden aumentar el estrés, la ansiedad y la afectación a la salud

⁵ Ídem, citando a Frey y Osborne, 2017, pág.11.

física y mental de los trabajadores, por lo que su intimidad, privacidad, protección de datos personales, desconexión, descanso, debido proceso, entre otros derechos, deben ser garantizados en un entorno de trabajo digno y justo.

Obviamente, el contenido y alcance de los derechos, particularmente en el caso de aquellos de los trabajadores, ha de ajustarse o contextualizarse atendiendo al momento histórico y los cambios tecnológicos y económicos que se incorporan. En el análisis de casos concretos, pero con la potencialidad de establecer reglas de decisión general, particularmente respecto a las garantías constitucionales, la intervención judicial resulta definitiva.

En tal sentido, el maestro italiano Luigi Ferrajoli, expresa que factores como la reafirmación de la individualidad de los trabajadores, la revolución tecnológica y el multiculturalismo, resaltan la importancia de los derechos de libertad del trabajador y plantean nuevos desafíos al ordenamiento laboral, fortaleciendo el universalismo de la igualdad y los derechos fundamentales como doctrina ética y convención jurídica⁶.

En Colombia, la Corte Constitucional ha considerado que la intimidad es esencial para el desarrollo libre y autónomo del individuo, permite a las personas controlar la información sobre su vida privada y limitar la intromisión de terceros; es el ámbito reservado del conocimiento de los demás, un espacio exclusivo frente a la injerencia de los otros.

En el ámbito del trabajo, deben gestionarse las tensiones entre la potestad de dirección y control del empleador y la garantía de la intimidad de los trabajadores, por lo que los tradicionales criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, considerados para evaluar la procedencia de algunas limitaciones al derecho, se ven mucho más exigidos con la emergencia de las nuevas tecnologías.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que se resaltan fallos que delimitan y protegen el derecho a la intimidad. Ha afirmado que cualquier forma de monitoreo o vigilancia debe ser adecuada, necesaria y proporcional al objetivo legítimo que se persigue⁷. El derecho fundamental a la intimidad, ha sido concebido como la posibilidad de rechazar cualquier intromisión arbitraria sobre el ámbito protegido que su titular ejerce, pero no es ilimitado, especialmente en el contexto del trabajo⁸.

Por ello, el derecho a la intimidad de los trabajadores puede sujetarse a ciertos límites justificados por la necesidad, proporcionalidad y finalidad legítimas de la actividad laboral. Si bien los empleadores tienen el derecho de supervisar y controlar el desempeño de sus empleados para garantizar la eficiencia y la seguridad en el trabajo, se debe desarrollar de manera proporcional y respetuosa de la dignidad de los trabajadores.

⁶ FERRAJOLI, L. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta. Ferrajoli, 2013.

⁷ Sentencia No. T-414/92 de 16 de junio.

⁸ Sentencia No. T-768/08 de 31 de julio.

En la anterior sentencia referida, la Corte se pronunció sobre la instalación de cámaras de seguridad dentro del trabajo y señaló que, para analizar si se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, se deben evaluar, entre otros aspectos, el objeto social de la empresa, el lugar de ejecución del trabajo, la finalidad de la medida -la cual debe estar relacionada con la seguridad necesaria de las instalaciones o la ejecución de las tareas asignadas-, la existencia o no de otros mecanismos menos invasivos, la reducción de los perjuicios derivados de la medida, el conocimiento de la instalación de los dispositivos por parte del trabajador, y la prohibición de hacer uso de las medidas de vigilancia para someter a la persona a trabajos crueles, inhumanos o degradantes⁹.

De igual forma, ha determinado que ciertas prácticas como la instalación de cámaras en el sitio de trabajo, pueden ser permitidas, siempre y cuando los empleados hayan sido informados previamente, se respeten los principios de finalidad y proporcionalidad, y que el empleador no invada la esfera íntima del trabajador más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus funciones laborales¹⁰. La instalación de sistemas de vigilancia debe tener un propósito legítimo, evitar la intrusión en áreas privadas y requerir la notificación sobre su implementación¹¹.

En cuanto al uso de redes sociales como *WhatsApp*, se consideran factores como la expectativa de privacidad que tiene el trabajador, el tipo de plataforma de mensajería utilizada, la naturaleza de la membresía al grupo, la sensibilidad de la información compartida y su protección legal, las normas de circulación de la información y las obligaciones de confidencialidad según los contratos o reglamentos internos de trabajo, a efectos de determinar, caso a caso, si existe una vulneración. La expectativa de privacidad puede variar dependiendo del contexto específico de cada situación, es decir, el tipo de grupo en *WhatsApp*, la naturaleza de la información, el número de participantes y su relación entre sí, el propósito del grupo, por ejemplo, si es discutir temas laborales o personales¹².

La Corte evalúa si la información transmitida en *WhatsApp* es privada, semiprivada o de interés público, lo cual influirá en el nivel de protección esperado, así mismo, es necesario verificar los regímenes legales sobre protección de datos personales en Colombia, particularmente la Ley 1581 de 2012. Es fundamental valorar tanto los criterios subjetivos -las expectativas individuales de privacidad-, como los objetivos -las circunstancias concretas que rodean la comunicación en *WhatsApp*-.

Ahora, el monitoreo digital, las evaluaciones automatizadas de desempeño y el uso de inteligencia artificial en decisiones de contratación y despido, pueden erosionar la sensación de seguridad y estabilidad en el empleo de los trabajadores al sentirse constantemente vigilados y evaluados. Igualmente, la sustitución de tareas humanas puede reducir puestos de trabajo y requerir nuevas habilidades, lo que podría dejar a algunos trabajadores en posición vulnerable, si no se implementan políticas adecuadas de reentrenamiento y protección laboral.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Sentencia No. T-407/12 de 31 de mayo.

¹² Sentencia No. T-574/17 de 14 de septiembre.

En tal sentido, es preciso recordar que la estabilidad laboral, no solo protege el empleo en sí mismo, sino que también garantiza derechos como el mínimo vital, la dignidad humana y el bienestar social; que los despidos deben estar basados en causas objetivas y legítimas, y que las medidas de terminación del contrato deben respetar el debido proceso.

Más recientemente, la Corte Constitucional estudió la utilización de la IA como apoyo para la toma de decisiones judiciales. Analizó la actuación de un juez de segunda instancia que utilizó *ChatGPT 3.5* para tomar una decisión en un caso de acción constitucional de tutela. Se abordó si existía una vulneración al debido proceso, al cuestionarse si la decisión fue realmente emitida por el juez o si fue influenciada de manera indebida por la IA. La Corte estableció algunas directrices para el uso de la IA en el ámbito judicial, en especial, la garantía de principios como la transparencia, responsabilidad, privacidad y no sustitución de la racionalidad humana, y la necesidad de prevenir riesgos en el manejo de datos personales, asegurar la igualdad, mantener el razonamiento, interpretación y argumentación humanos, y la necesidad de regular el uso de IA con una base ética¹³.

Estas reflexiones apuntan a un tópico cuya importancia y desafíos son permanentes y que fue analizado por el jurista Alfredo Montoya Melgar en su estudio *El poder de dirección del empresario* que, como se indica por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, lo consagró científicamente y lo convirtió en máxima autoridad sobre dichas cuestiones, dados sus aciertos en un tema de especial complejidad¹⁴.

¹³ Sentencia No. T-323/24 de 2 de agosto.

¹⁴ <https://www.aedtss.com/memoria-de-un-director-alfredo-montoya-melgar/>

Desafíos tecnológicos del poder de dirección

ALBERTO NOVOA MENDOZA

*Doctor en Derecho y Abogado Laboralista
(septiembre de 2025)*

I. Introducción

La digitalización del trabajo ha difuminado las fronteras entre tiempo y lugar de prestación, proyectando el poder de dirección más allá del centro y del horario. Ello intensifica las tensiones con la intimidad, la salud y la conciliación, y exige una relectura constitucional del poder empresarial en clave de proporcionalidad y buena fe. El estudio aborda ese reto con una mirada integrada: fundamentos normativos, tendencias jurisprudenciales, doctrina académica y propuestas de mejora legislativa y convencional.

Agradezco a la dirección de esta obra colectiva que haya contado con mi colaboración en este homenaje a mi querido profesor Alfredo Montoya Melgar, a quien debo mis mejores recuerdos y enseñanzas universitarias que junto con su sentido del humor y sencillez viven en mí.

II. Fundamento jurídico del poder de dirección

El poder de dirección no es un dato ahistórico. Ha transitado desde un entendimiento centrado en la mera subordinación jurídica a un enfoque constitucional que incorpora límites sustantivos (dignidad, intimidad, igualdad) y estándares formales (buena fe, motivación, proporcionalidad). La digitalización acelera esta evolución: intensifica el control, multiplica los datos, difumina tiempo y lugar, y obliga a repensar la legitimidad de las órdenes y su ejecución.

La doctrina distingue una dimensión general u organizativa (decisiones globales: plantillas, clasificación, tiempos, retribución, externalización) y una dimensión singular u operativa (órdenes sobre el modo, el tiempo y el lugar de ejecución). Esta arquitectura facilita el examen de juridicidad: al plano general

se le exige racionalidad organizativa y respeto a la negociación colectiva; al plano singular, proporcionalidad concreta y respeto a los derechos inespecíficos.¹ Las órdenes digitales -convocatorias vía app, fijación de objetivos en portales, asignaciones algorítmicas, comunicaciones fuera de jornada- solo son válidas cuando (i) responden a una finalidad legítima, (ii) son idóneas, (iii) resultan necesarias por falta de alternativa menos intrusiva y (iv) son proporcionadas en sentido estricto. Este juicio escalonado debe documentarse especialmente cuando la orden incide en descanso, datos personales o canales privados.

La tensión entre facultades de control y derechos fundamentales exige un canon mixto: (i) base legal expresa; (ii) finalidad legítima; (iii) necesidad y subsidiariedad tecnológica; y (iv) proporcionalidad estricta con salvaguardas *ex ante* (información, minimización, auditoría). La doctrina constitucional ya anticipó este equilibrio al proyectar los arts. 18 y 20 ET sobre la vigilancia empresarial, subrayando que el control no puede diluir la dignidad ni la intimidad del trabajador («facultad de exclusión»)².

III. El poder de dirección fuera del tiempo y lugar de trabajo

La línea jurisprudencial sobre disponibilidad y tiempo de trabajo ha evolucionado hacia un criterio funcional anclado en la Directiva 2003/88/CE: la clave es la libertad real del trabajador para disponer de su tiempo. Cuando la disponibilidad neutraliza esa libertad -por exigencias de respuesta inmediata o restricciones geográficas u operativas-, suele calificarse como tiempo de trabajo; cuando la sujeción es liviana y compatible con proyectos personales ordinarios, predomina la calificación de descanso³.

Ahora bien, fuera del tiempo y del lugar de trabajo emergen los problemas clásicos sobre el alcance del poder de dirección y, sobre todo, del poder disciplinario. Como regla general, las conductas estrictamente privadas quedan fuera de la potestad sancionadora; sin embargo, son disciplinables aquellas que, aun produciéndose extramuros, guardan conexión con el contrato por vulnerar la buena fe, afectar a la convivencia laboral, causar perjuicios reputacionales o quebrantar deberes que desplegan efectos continuados (no concurrencia, confidencialidad)⁴.

La jurisprudencia reciente ha admitido el despido disciplinario por hechos ocurridos fuera del trabajo en supuestos cualificados: pérdida de habilitación profesional por condena penal (vigilancia de seguridad), ofensas y agresiones a compañeros en contextos sociales vinculados a la empresa

¹ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 315; MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 48, 2004, pp. 135-148.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *Diario La Ley*, número 6033, 2004.

³ Directiva 2003/88/CE, art. 2.2 (concepto de «descanso»). Texto oficial DOUE L 299, 18.11.2003, pp. 9-19.

⁴ BELTRÁN DE HEREDIA, I.: «Despido disciplinario por conducta realizada fuera del lugar de trabajo (STS 2.11.2022)», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, (blog digital <https://ignasibeltran.com/>) 28 de noviembre 2022.

(p. ej., cena de Navidad), o apropiación indebida con impacto contractual⁵. La Sala Quinta del TJUE ha reiterado que la calificación no depende del rótulo (guardia, retén, localización), sino del grado de restricción impuesto por la empresa. Así, el tiempo de guardia en el domicilio con obligación de responder en un plazo de ocho minutos debe considerarse «tiempo de trabajo»⁶.

El Tribunal Supremo ha proyectado ese canon sobre supuestos internos, enfatizando que la intensidad del vínculo -y no la etiqueta- decide la calificación; p. ej., participación en eventos comerciales especiales fuera de jornada o previsibilidad de objetivos⁷. En sede interna, el tiempo de descanso se define por oposición («todo período que no sea tiempo de trabajo»), lo que refuerza el binomio trabajo/descanso en la interpretación de situaciones intermedias (retén, disponibilidad)⁸.

Asimismo, algunos pronunciamientos de suplicación han matizado la aplicabilidad del estándar de desconexión cuando existe plus de disponibilidad pactado, sin menoscabo de los descansos mínimos y de avisos razonables⁹.

La desconexión digital opera como límite funcional del poder directivo: no sólo faculta a no responder fuera de jornada, sino que impone a la empresa un deber organizativo de no emitir comunicaciones que perturben el descanso, salvo supuestos tasados y previamente definidos (ventanas, guardias, avisos). Esta doble dimensión (derecho/deber) debe positivizarse en protocolos y, si procede, en la negociación colectiva¹⁰.

IV. Derecho a la desconexión digital: de límite emergente a estándar estructural

El derecho a la desconexión ha pasado de ser un principio programático para operar como un límite funcional del poder de dirección. Protege descanso, salud y vida privada en ecosistemas de hiperconectividad, lo que exige rediseño de prácticas (ventanas de comunicación, turnos de retén, políticas BYOD y reglas para contactos fuera de jornada)¹¹.

En el plano normativo, la Ley 10/2021, art. 18, remite al art. 88 LOPDGDD y obliga a las empresas a aprobar una política interna de desconexión, con medidas efectivas que limiten el uso de medios tecnológicos en periodos de descanso¹².

⁵ STS (Sala 4.ª) 2 noviembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4088) (sobre vigilante de seguridad; pérdida de habilitación) STS (Sala 4.ª) 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2240) (ofensas y agresiones a compañeros en contexto extralaboral).

⁶ STJUE 21 febrero 2018 (ECLI:EU:C:2018:82.).

⁷ STS 19 marzo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1402) (eventos especiales; previsibilidad de objetivos).

⁸ Directiva 2003/88/CE, art. 2.2 (definición por oposición de descanso).

⁹ STSJ 17 julio 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:8990) (plus de disponibilidad).

¹⁰ ALEMÁN PÁEZ, F: «Digitalización y capitalismo cognitivo: una relación crítica», Trabajo y Derecho, número 124, 2025. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo», Diario La Ley, número 6033, 2004.

¹¹ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, art. 18; LOPDGDD, art. 88 (política interna de desconexión).

¹² INSST: Espacio monográfico sobre desconexión digital (normativa y documentos).

En el plano jurisprudencial y de práctica judicial, se refuerza el canon de proporcionalidad y necesidad en el control digital (cámaras, geolocalización, analítica, key-logging), recordando que no todo lo técnicamente posible es jurídicamente debido y que el uso de canales personales del trabajador es abusivo¹³.

La doctrina judicial sobre desconexión y disponibilidad retribuida muestra que el plus de disponibilidad no suprime los descansos mínimos ni legitima contactos indiscriminados; es necesario un marco de excepcionalidad, avisos razonables y, en su caso, compensación¹⁴.

La experiencia comparada y la práctica judicial revelan que las cláusulas genéricas remitiendo al art. 88 LOPDGDD son insuficientes: se precisan reglas materiales (canales, franjas, excepciones motivadas, trazabilidad) y garantías (no represalias, reparación ágil del daño). La política interna ha de ser exigible y auditada, con métricas de cumplimiento y evaluación psicosocial¹⁵.

V. Teletrabajo y descentralización del control

El teletrabajo no inaugura un poder «nuevo»; reubica el tradicional en un entorno donde las coordenadas de tiempo y lugar pierden nitidez. La validez de las decisiones organizativas depende de su justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en equilibrio con la voluntariedad y la reversibilidad propias del trabajo a distancia. Ley 10/2021, de 9 de julio (acuerdo de trabajo a distancia, contenido mínimo).

La Ley 10/2021 exige un acuerdo escrito con contenido mínimo (dotación de medios, gastos, horario y reglas de disponibilidad, reversibilidad). En este marco, las órdenes digitales (convocatorias por apps, reasignaciones, replanificaciones) han de respetar la desconexión y no convertir la disponibilidad en presencia permanente¹⁶.

La jurisprudencia social conecta este marco con el estándar europeo del tiempo de trabajo: según el TJUE, no importa la etiqueta sino el grado de restricción que soporta la persona trabajadora; por ello, ventanas temporales claras y protocolos de guardia son esenciales para no desnaturalizar el descanso¹⁷.

El teletrabajo desplaza el centro de gravedad hacia una ‘dependencia funcional deslocalizada’: aumenta la hiper-disponibilidad y difumina los umbrales entre trabajo y vida privada. Para preservar la salud y el descanso, conviene: (a) delimitar ventanas de contacto obligatorias; (b) restringir analíticas de productividad a indicadores agregados; y (c) documentar un test de proporcionalidad específico por cada herramienta de monitorización.

¹³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El control de la actividad laboral está sujeto a criterios de proporcionalidad y necesidad», «Confilegal», 27 de abril 2018; y STS 21 septiembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4086) (cláusula móvil/correo personales).

¹⁴ STSJ 17 julio 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:8990).

¹⁵ ALEMÁN PÁEZ, F.: «Digitalización y capitalismo cognitivo: una relación crítica», Trabajo y Derecho, número 124, 2025.

¹⁶ TJUE 10 septiembre 2015 (ECLI:EU:C:2015:578); STJUE, 21.02.2018, C-518/15 (Matzak).

¹⁷ INSST: Espacio monográfico sobre desconexión digital (normativa y documentos).

VI. Contexto normativo europeo

El itinerario comunitario sobre tiempo de trabajo y condiciones previsibles asegura salud y seguridad mediante límites efectivos a la jornada y protege la previsibilidad contractual. El Parlamento Europeo ha pedido reconocer el derecho a «no responder» fuera de jornada como estándar mínimo de la UE¹⁸.

La definición binaria de la Directiva 2003/88/CE (trabajo/descanso) ha sido precisada por la jurisprudencia europea: el «tiempo de desplazamiento» de trabajadores sin centro fijo (Tyco) o las guardias domiciliarias severamente restrictivas (Matzak) cuentan como tiempo de trabajo a efectos de descansos y límites¹⁹.

España ha dado pasos (LOPDGDD, Ley 10/2021), pero conviene positivizar en el ET las «órdenes digitales» y la gobernanza de sistemas algorítmicos de organización (transparencia mínima y test de proporcionalidad documentado)²⁰.

El eje europeo sobre tiempo de trabajo y gestión algorítmica avanza hacia controles reforzados del riesgo sistémico y de la opacidad técnica en decisiones sobre personas trabajadoras. Esto exige articular en la empresa mecanismos de transparencia material del algoritmo (finalidad, variables, umbrales, impactos) y evaluación de impacto en RR. HH., con participación de la RLT.

VII. Principales líneas doctrinales sobre el poder de dirección digital

La doctrina iuslaboralista coincide en que la digitalización desborda los contornos clásicos de tiempo y lugar y exige reforzar los contrapesos (dignidad, intimidad, salud) y la proporcionalidad del control²¹.

No ha faltado en iuslaboralismo quienes han subrayado la necesidad de: (i) explicitar en el ET las órdenes digitales y su ejecutabilidad; (ii) someter los sistemas algorítmicos de asignación/ evaluación a transparencia material; (iii) reforzar la desconexión como condición de salud psicosocial; y (iv) documentar *ex ante* la justificación de medidas de control. En materia de potestad disciplinaria, la doctrina especializada resalta que el nexo contractual y la buena fe son el «puente» que permite sancionar conductas extralaborales cuando lesionan deberes persistentes o impactan gravemente en la convivencia o la reputación empresarial.

Una clave explicativa útil es el «capitalismo cognitivo»: los datos y la atención se convierten en materia prima y vector de control, generando asimetrías informacionales y sesgos difíciles de impugnar. La gobernanza del poder digital de dirección debe, por tanto, incorporar (i) transparencia operativa; (ii) auditorías internas y externas; y (iii) vías probatorias efectivas para desentrañar decisiones automatizadas.

¹⁸ Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero 2021 (2019/2181(INL)) sobre el derecho a la desconexión; Directiva (UE) 2019/1152 (condiciones laborales transparentes y previsibles).

¹⁹ LOPDGDD; Ley 10/2021 (necesidad de positivizar órdenes digitales y gobernanza algorítmica).

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN, C.: «El control empresarial de correo electrónico y ordenadores: estado de la cuestión», artículo online 2018.

²¹ BELTRÁN DE HEREDIA, I.: «Despido disciplinario por conducta extralaboral», «Una mirada crítica a las relaciones laborales», 28.11.2022.

VIII. Algunas propuestas de reforma y desafíos regulatorios

1. Reconocimiento expreso y reforzado de la desconexión en el Estatuto de los Trabajadores y en la LRJS (contenido mínimo, límites excepcionales tasados y consecuencias procesales, incluida inversión de la carga probatoria ante comunicaciones fuera de jornada).
2. Tipificación de las «órdenes digitales» y de los «sistemas algorítmicos de organización», con deberes de transparencia material (reglas de asignación, ventanas temporales de comunicación) y test de proporcionalidad documentado.
3. Protocolo legal de excepcionalidad y compensación *ex ante* para disponibilidades fuera de jornada (supuestos habilitantes cerrados, avisos mínimos, compensación/descanso equivalentes, trazabilidad y auditoría posterior).
4. Refuerzo del papel del convenio colectivo y de la RLT (contenidos mínimos sobre ventanas, límites de contacto por canales personales, reglas BYOD, políticas de guardias) y facultades de información/auditoría sobre sistemas de seguimiento.
5. Gobernanza probatoria y remedios efectivos (deberes de conservación de logs, tutela sumaria y sanciones disuasorias).
6. Nota de actualidad: el reforzamiento de garantías procedimentales en el despido disciplinario -como la exigencia de audiencia previa a la persona trabajadora- está siendo objeto de actualización jurisprudencial, lo que aconseja incorporar un trámite de contradicción previo y documentado.

IX. Conclusión general

La digitalización no altera la esencia del poder de dirección, pero sí su perímetro operativo. Su legitimidad no proviene del canal (email, app, bot), sino de su conformidad con la Constitución y la ley y de la superación de un test de finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En el tiempo de trabajo -y en sus fronteras- rige el canon europeo: allí donde la organización impone restricciones intensas a la libertad del trabajador para disponer de su tiempo, aflora el «tiempo de trabajo» y, con él, límites y garantías reforzadas. Ello aconseja ventanas nítidas de comunicación, protocolos de guardia y trazabilidad²².

Fuera del tiempo y del lugar de trabajo, el poder disciplinario solo es legítimo cuando existe conexión contractual relevante: vulneración de deberes persistentes, daño grave a la convivencia o a la reputación empresarial o incumplimientos tipificados convencionalmente; todo ello con garantías (motivación, tipicidad, audiencia y proporcionalidad). Las soluciones sostenibles combinan precisión normativa (positivar órdenes digitales y gobernanza algorítmica), transparencia organizativa (políticas internas, información a la RLT) y cultura de respeto al descanso (desconexión operativa). Este trípode reduce la litigiosidad, mejora la salud psicosocial y alinea productividad y derechos.

²² LOPDGGD; Ley 10/2021 (necesidad de positivizar órdenes digitales y gobernanza algorítmica).

Poder de dirección empresarial en el metaverso

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

MIGUEL CARDENAL CARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Queremos agradecer a los directores de esta obra colectiva su idea de homenajear a nuestro maestro el prof. Montoya Melgar, que siempre estará en nuestra memoria y al que queremos dedicar unas líneas, que quieren servir doblemente, como recordatorio de su magnífica y magnánima labor durante todos estos años, y como muestra de nuestro agradecimiento infinito por ello.

Quienes hemos disfrutado de sus enseñanzas en su calidad de iuslaboralista y como persona, sentimos una satisfacción especial por haber descubierto y disfrutado el quehacer universitario de su mano. Siempre es un inmenso gozo recordar la lección indeleble de honradez intelectual, laboriosidad y caballerosidad de Don Alfredo Montoya Melgar. Supone un enorme privilegio ser discípulos suyos. Ha sido y continúa siendo un extraordinario modelo del que seguir aprendiendo cada día.

En este trabajo, nos detenemos en analizar los límites del poder de dirección empresarial en el metaverso de cara a proteger los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos personales de las personas trabajadoras.

En este sentido, la elección del tema de guarda relación con una de sus grandes obras, nos referimos a la tesis doctoral del maestro Montoya Melgar, titulada “*El poder de dirección del empresario*”, que defendió en el año 1962 y fue publicada como libro por el Instituto de Estudios Políticos; obra que sigue influyendo de manera decisiva en las construcciones legales y jurisprudenciales actuales en materia de límites del poder de dirección empresarial. Se trata, como acertadamente ha señalado el profesor Sempere

Navarro, del libro que “no sólo lo consagró científicamente, sino que lo convirtió (desde entonces hasta hoy, ininterrumpidamente) en la máxima autoridad sobre una cuestión tan axial como compleja”¹

En otra de sus publicaciones, en la Revista Española de Derecho del Trabajo, Nº 100, Sección Estudios, comentando el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, el maestro Montoya Melgar aludía a los “Nuevos horizontes del poder de dirección del empresario (...) alumbrados por hechos e ideas también nuevos”. En este sentido, el profesor Montoya señalaba, de un lado, que las técnicas de control empresarial se hacen más y más refinadas, en la medida en que se apoyan crecientemente en las nuevas tecnologías, y en particular las derivadas de la microelectrónica (como la instalación de micrófonos o cámaras de televisión en los lugares de trabajo); de otro lado, añadía, la revolución tecnológica en curso arrancará al trabajador de la fábrica o la oficina y le devolverá a su hogar (como se hace patente en el caso del “teletrabajo”), que libera al trabajador de la obediencia de corte tradicional, aunque le vincula en ocasiones a una nueva e intensa subordinación telemática”.

El Metaverso, definido como un mundo virtual regularizado mediante un sistema de inteligencia artificial, supone, entre otras características, una transformación del lugar de trabajo para los trabajadores. Para estos últimos trabajar en ese nuevo lugar de trabajo implica poner en riesgo aspectos relativos a sus derechos fundamentales como la intimidad o la protección de sus datos personales tanto fisiológicos (por ejemplo, su iris) como de comportamiento (por ejemplo, su voz). La colocación de las “gafas de realidad virtual” permiten obtener datos biométricos de los trabajadores relativos a su salud, sus preferencias personales, el entorno que les rodea, sus emociones, etc.

Estamos ante un sistema de IA de alto riesgo: se clasifican como de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en particular para la contratación y la selección de personal, para la toma de decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral, la promoción y la rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales y para la supervisión o evaluación de las personas en el marco de las relaciones contractuales de índole laboral (art. 6.1 Reglamento Europeo IA), dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales, a los medios de subsistencia de dichas personas y a los derechos de los trabajadores.

Enfocado a estos sistemas de IA “de alto riesgo”, el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial establece la necesidad de un sistema de gestión de los riesgos, que busca garantizar la seguridad y la protección de derechos, promoviendo un uso responsable y seguro.

Este sistema ha de regirse por el principio de minimización de los datos, esto es, que el procesamiento sea mínimamente intrusivo, lo que se concreta en que se obtenga la mínima cantidad de datos personales, la mínima extensión del tratamiento, el mínimo plazo de conservación y la mínima accesibilidad a datos personales.

¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Memoria de un Director: Alfredo Montoya Melgar”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 286, nota 2, mayo de 2025.

Asimismo se requiere de la gestión de riesgos como proceso continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida, con sus revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas. Con carácter previo a utilizar ese sistema de IA de alto riesgo, debe realizarse la evaluación de impacto, además de informar a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Sistema al que se exige la documentación técnica justificativa; y que debe garantizar la transparencia y permitir la supervisión humana efectiva para prevenir o minimizar riesgos para la salud, seguridad o derechos fundamentales.

Más allá de ser una nueva realidad, el metaverso no deja de ser una plataforma distinta de la real, pero en la que se trabaja por cuenta ajena, por lo que tendrán que seguir utilizándose 'los criterios y principios elementales aplicables a una relación laboral², acomodándolos a las nuevas situaciones. En este sentido, el Reglamento Europeo IA se aplica sin perjuicio del Derecho laboral nacional, que, en nuestro Derecho interno, concretamente en virtud del art. 20 bis ET, dispone de preceptos específicos reguladores de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos en relación con el entorno digital. En el art. 20 bis, titulado "Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión", se establece que "los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales."

Como señala el prof. Montoya Melgar, la referencia a que "El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control", prevista en el art. 20.3 ET, reconoce a aquél un amplio margen de discrecionalidad para adoptarlas³, de cara a fiscalizar no solo la prestación laboral en sí misma sino también los aspectos laterales relacionados con esta. Por ello, las limitaciones al poder directivo empresarial deben venir dadas por las exigencias de la buena fe y el respeto a los derechos de los trabajadores, especialmente en este caso, los relativos a la dignidad (art. 10.1 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE)⁴.

Para prevenir conductas intrusivas que vulneren esos derechos fundamentales con ocasión o como consecuencia del control empresarial sobre los trabajadores en el metaverso, es decir, para evaluar ese impacto, los parámetros que limitan al empresario son los ya conocidos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida de cara al objetivo a alcanzar; criterios consolidados en la doctrina del Tribunal Constitucional y a los que la jurisprudencia nos tiene acostumbrados, formando también parte de los textos normativos citados, como el Reglamento Europeo IA, el Reglamento General de Protección de Datos o las leyes orgánicas reguladoras de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales mencionados.

² SERRANO ACITORES, A.: *Metaverso y Derecho*, Tecnos, 2023, p. 282.

³ MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965. p. 13.

⁴ STS 476/2021 - ECLI:ES:TS:2021:476, FJ 2, sobre interpretación del mecanismo de control del absentismo.

La utilización por el empresario en el metaverso, de las herramientas tecnológicas de la geolocalización, o el control de acceso y de registro de jornada mediante sistemas de datos biométricos, resultará lícito cuando justifique que no le es posible servirse de otros instrumentos no biométricos, en cuyo caso, el trabajador ha de acatar esas herramientas, sin que sea preciso que preste su consentimiento. Frente al principio general, según el cual el tratamiento de datos requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, nos encontramos con el artículo 9.2.b) RGPD, que supone una excepción al señalar que no será preciso dicho consentimiento cuando los datos se refieran a las partes de un contrato de una relación laboral y sean necesarios para su cumplimiento. Cuando el tratamiento de datos biométricos es para registrar la jornada, el empleado no puede oponerse más que al tratamiento adicional de datos, pero no a que el método se utilice para registrar los datos de comienzo y fin de la jornada. En este sentido, no es imprescindible que el empresario obtenga el consentimiento previo de cada trabajador para el control de acceso y presencia mediante datos biométricos a fin de registrar el cumplimiento de la jornada laboral.

Por otro lado, en los casos en que se exige el consentimiento, resulta criticable que baste ese consentimiento para realizar un tratamiento de datos, en la medida en que la recopilación de datos que se efectúa en el metaverso está monitorizada, por lo que el acceso a la esfera íntima de cada trabajador puede ser total. En este sentido, los niveles de protección fijados en el RGPD no se pueden considerar sino insuficientes por elementales⁵, puesto que la regla del consentimiento informado establecida por el RGPD y la LOPD No ha obtenidos los resultados pretendidos a fin de proteger derechos fundamentales como la intimidad y la protección de datos en el entorno digital.

La supervisión humana⁶ junto con la evaluación de impacto sobre la protección de los datos personales del sistema de IA que canaliza el metaverso son claves a fin de lograr el necesario equilibrio entre el poder directivo empresarial y el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de las personas que trabajan en aquel.

⁵ SERRANO ACITORES, A.: *Metaverso y Derecho*, cit., pp. 261-262.

⁶ La supervisión humana constituye uno de los siete principios no vinculantes de las Directrices éticas para una IA fiable, de 2019, elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA creado por la Comisión Europea. que tienen por objeto contribuir a garantizar la fiabilidad y el fundamento ético de la IA.



6

FISCALIZACIÓN (VIDEOVIGILANCIA, GPS, DETECTIVES, REGISTROS)

Límites a la geolocalización como expresión de las facultades directivas empresariales

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

I. La regulación española sobre geolocalización como facultad empresarial

La geolocalización es un mecanismo que aplicado al ámbito del trabajo puede tener fines muy diferentes; todos ellos vinculados con el ejercicio del poder de dirección: desde optimizar la organización del trabajo, hasta permitir un mayor grado de seguridad en la utilización de bienes propiedad de la empresa. Pero ahora nos interesa una concreta finalidad de la geolocalización: su utilización como instrumento de control de la prestación de trabajo. Ciertamente podemos pensar que es un sistema de control de la actividad carente de utilidad en empresas en que los procesos productivos se desarrollan dentro de un concreto centro de trabajo; no obstante, puede tener sentido su utilización respecto de trabajadores que desarrollan prestación de servicios fuera del centro y, por tanto, del control directo del empresario; por ejemplo, en el sector o actividades de transporte. Con carácter general el art. 20.3 ET establece que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones laborales; fijándose como límite fundamental el respeto a la dignidad del trabajador. Por su parte, el art. 20 bis ET, en desarrollo de límites a la aplicación de nuevas tecnologías como instrumentos de control, afirma que el trabajador tiene derecho a la intimidad frente al uso por el empresario de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, remitiéndose a la regulación sobre protección de datos personales y garantía de derechos digitales.

Esta última regulación se contiene en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

(LOPD)¹. Concretamente, su art. 90 regula justamente el derecho a la intimidad de los trabajadores frente a la utilización por el empresario de sistemas de geolocalización. El punto de partida de este precepto es el reconocimiento del derecho empresarial a tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización con el objetivo de utilizarlo como sistema de control, vinculando directamente esta posibilidad con lo establecido en el art. 20.3 ET. Ahora bien, con el objetivo de respetar el derecho a la intimidad del trabajador, los empresarios deben facilitar a sus trabajadores información “de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos”.

Se establece así otro límite expreso al ejercicio de estas facultades de control, la necesidad de información a los trabajadores de su uso por parte del empresario, información que tal como señala el precepto, ha de ser clara e inequívoca; lo que supone, no sólo informar de la utilización del sistema de control y de su funcionamiento, sino también de las posibles consecuencias que puede tener para los trabajadores los datos obtenidos a través del mismo (especialmente, las consecuencias sancionadoras). Además, se señala que tal información ha de facilitarse también a los representantes. Esto último hace que debemos señalar también la existencia de derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores (art. 64 ET): el derecho de información y consulta, sobre todas aquellas cuestiones que pueden afectar a los trabajadores (art. 64.1 ET); el derecho a ser informado del uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afecten a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo y el mantenimiento del empleo (art. 64.4 d); el derecho a ser informado y consultado sobre las decisiones empresariales que provoquen cambios relevantes en la organización de trabajo (art. 64.5), así como tendrá derecho a informar previamente la implantación de sistemas de organización y control del trabajo (art. 64.5 f).

En definitiva, a tenor de esta regulación, debemos afirmar que el empresario tiene capacidad para implantar los sistemas de control de la prestación laboral que considere más oportunos, entre ellos los sistemas de geolocalización, no siendo necesario contar con la anuencia o autorización de los trabajadores². No obstante, cabe señalar la existencia de límites a dicha capacidad³; de entrada, dichas facultades de control alcanzan sólo al desarrollo de la prestación de trabajo, por lo que no pueden extenderse fuera de la misma⁴ (salvo supuestos en los que se facilite por la empresa vehículo al

¹ No debemos olvidar que es esta LOPD la misma que introdujo el art. 20 bis en el ET.

² En este sentido la STSJ de Castilla y León de 27 de julio de 2023 Rec. 350/2023, que pone de manifiesto que si bien el Reglamento 2016/679 establece en su art. 6.1 a) que la licitud del tratamiento de datos depende del previo consentimiento; sin embargo, su letra b) puntualiza la licitud cuando “es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”. Por lo tanto, el uso de sistemas de control como la geolocalización es un interés legítimo por el que no resulta necesario dicho consentimiento. No obstante, podemos encontrar algún ejemplo de dispositivos de geolocalización que sólo se activan voluntariamente por el trabajador, tal como refleja el supuesto de hecho de la STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2025, Rec. 9/marzo.

³ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalización y tacógrafos”, *Temas Laborales* nº 150 (2019), página 49.

⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo ubicuo”, *Trabajo y Derecho* Monográfico nº 11 (2020), versión electrónica.

trabajador y se prohíba su utilización fuera de la jornada⁵); de otro lado, el empresario debe respetar tanto el derecho a la dignidad del trabajador, como su intimidad y la protección de datos personales; debiendo informar adecuadamente a los trabajadores de la existencia, uso y consecuencias de su utilización. Además, para implementar tales sistemas de control, el empresario debe respetar los derechos de información y consulta o información de la representación de los trabajadores. Por lo tanto, pudiendo establecer el empresario mecanismos de control basados en la geolocalización, la cuestión reside en los límites a esta posibilidad. El objetivo de este trabajo es, justamente, analizar los límites existentes en nuestro ordenamiento, utilizando para ello la STS de 8 de febrero de 2021, Rec. 84/2019, como guía para esta labor.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS DE 8 DE FEBRERO DE 2021

De manera muy sintética, el supuesto de hecho que analiza la STS de 8 de febrero de 2021, Rec. 84/2019 versa sobre una empresa dedicada a la elaboración de comida y reparto a domicilio, Telepizza, SAU, que pretendía aplicar un sistema de geolocalización a los trabajadores dedicados al reparto; de manera que los trabajadores con categoría de repartidor (actividad, por tanto, de transporte) debían aportar un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, para instalar la aplicación informática de la empresa, a través de la cual se permite la geolocalización del dispositivo (y, por tanto, del trabajador) durante su jornada laboral (el denominado “Proyecto Tracker”). Los trabajadores debían activar y desactivar al iniciar y finalizar la jornada de trabajo, recibiendo la compensación económica estipulada por la empresa por el desgaste del teléfono aportado por el trabajador. Tanto UGT como CCOO acudieron a la vía del procedimiento de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, solicitando la nulidad del citado “Proyecto Tracker”; y, subsidiariamente, que fuese la empresa quien aportase el teléfono al que aplicar dicha aplicación de control, así como la fijación unilateral por parte de la empresa de la compensación económica por utilización del dispositivo telefónico propiedad del trabajador.

El trabajador, además, debía responsabilizarse del buen funcionamiento de su propio teléfono, previéndose la suspensión del contrato, la aplicación de sanciones e incluso el despido por las averías, o el incumplimiento del procedimiento y la no utilización de la aplicación telefónica.

Este sistema comenzó a ser aplicado a los nuevos trabajadores de la empresa dedicados a las tareas de reparto.

La empresa argumentaba que la finalidad de esta medida era facilitar el seguimiento de los pedidos por parte de los clientes pudieran seguir el estado de su pedido, adaptándose así, la empresa, a las nuevas tecnologías. Pero este sistema, como es evidente, también servía como sistema de control y organización del desarrollo de la actividad productiva.

⁵ En este sentido, la STSJ de 15 de septiembre de 2020, Rec. 528/2018. Téngase en cuenta que en estos casos la finalidad del sistema de geolocalización no es solo actuar como mecanismo de control de la prestación de trabajo, sino también la seguridad de bienes de la empresa.

El conflicto se resolvió en instancia a través de la SAN de 6 de febrero de 2019, proceso 318/2018, estimando la demanda de conflicto colectivo y declarando la nulidad del “Proyecto Tracker”, siendo recurrida ante el TS.

III. Geolocalización y respeto a los derechos de la representación legal de los trabajadores (RLT)

La SAN consideró que la información facilitada a la RLT “era a todas luces insuficiente a fin de que la representación legal de los trabajadores pudiese emitir su correspondiente informe”, pues se omitían datos esenciales; además de considerar que se vulneraba el derecho a la privacidad de los trabajadores al tener que ser éstos los que aportasen su teléfono personal, habiendo podido la empresa utilizar otros medios que no pudiesen afectar a la privacidad de los afectados. Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación por parte de la empresa.

En su recurso, la empresa planteaba que no se incumplía el derecho de información de la RLT (art. 64.5 letra f ET), pues la medida adoptada no suponía implantar un nuevo sistema de organización y control del trabajo, pues sólo tenía como finalidad el seguimiento por los clientes de sus pedidos; además de considerar que se ofreció información suficiente.

Si bien la representación sindical intentó reconducir la cuestión al ámbito de los derechos de información y consulta del art. 64.1 ET, el TS considera que la cuestión afecta exclusivamente al derecho de información del art. 64.5 f) ET (el derecho a emitir informe, con carácter previo, a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo), estimando que era evidente que el “Proyecto Tracker” afecta al sistema de organización y control del trabajo, aunque pueda tener también otras finalidades dirigidas a satisfacer a la clientela: “Desde el momento en que ese proyecto impone la necesidad de que el trabajador aporte una herramienta de trabajo, bajo un sistema con repercusión posible sobre sus datos de carácter personal y de necesaria determinación económica a efectos de compensaciones, junto a la incidencia en el clausulado de los contratos de trabajo y, más aún, en las condiciones laborales, en tanto que afecta a las causas de suspensión, extinción del contrato y régimen disciplinario, no podemos decir que ese derecho de información escape de las cuestiones que describe el apartado f)”.

Pero, una vez dilucidado que estamos ante una situación en la que resultan de aplicación los derechos de emisión de informe de la RLT, se plantea una interesante cuestión: ¿en qué consiste esta actuación de la representación? El art. 64.5 f) ET señala simplemente que el comité tiene derecho a emitir un informe, con carácter previo, a la ejecución por el empresario de una decisión sobre la implantación de un sistema de control del trabajo. Se trata de un mero derecho de emitir opinión sobre esta cuestión; ahora bien, y esto resulta esencial, para realizar esta actuación, previamente el empresario debe facilitar a la RLT los datos suficientes para tener el completo conocimiento sobre la propuesta empresarial, pues solo así la RLT podrá posicionarse sobre la misma. Dicho de otra manera, para que el comité emita informe, la empresa debe facilitar, con anterioridad a la aplicación de la medida, información suficiente. La exigencia de previa información facilitada por la empresa se deduce del propio art.

64.5 ET, pues el órgano de representación tiene derecho a ser informado sobre cualquier decisión de la empresa que provoque cambios relevantes en la organización de trabajo y en los contratos de trabajo, siendo el derecho a emitir informe una consecuencia de lo anterior. Esa información que ha de facilitar la empresa consiste, tal como la define el art. 64.1 ET, en “la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”.

En este caso, la empresa se reunió con la RLT y facilitó información sobre el Proyecto Tracker; pero aquí surge otra duda: ¿qué información debe facilitarse? Normativamente podemos señalar que el art. 90.2 LOPD se refiere a la necesidad de facilitar previa información a los representantes, información que debe ser “clara e inequívoca”. Es aquí, justamente, donde la STS centra la cuestión en apoyo de la previa SAN: entiende que, tal como señalaba la sentencia de instancia, los datos facilitados por la empresa a la RLT “eran más genéricos que sustanciales, en tanto que no se facilitó información del alcance de la geolocalización sobre los datos personales del dispositivo móvil, como tampoco se puede calificar como suficiente la referencia a las condiciones de aportación y uso del móvil sin especificación de las mismas, así como la referencia a un régimen disciplinario inespecífico en cuanto a la concreta conducta y tipificación”. En definitiva, no se facilita información suficiente por la empresa a la RLT. Pero, ¿qué debe entenderse como información suficiente? Es evidente que no puede darse una respuesta estándar para todas las situaciones, sino que debe estarse al concreto caso y el canon interpretativo debe ser que la RLT debe contar con la información más amplia posible a los efectos de que pueda tener un cabal y pleno conocimiento del alcance de la medida y poder informar de manera completa sobre todos y cada uno de los aspectos que puedan ser consecuencia de la implantación de la medida empresarial. Por lo tanto, deberá analizarse cada supuesto concreto para determinar si la información facilitada a la RLT era suficiente.

Además, hay otra cuestión que debe subrayarse y que también tiene reflejo en la STS: tal como señala la literalidad del art. 64.5 ET, la emisión del informe por la RLT debe producirse con anterioridad a la ejecución por la empresa de la medida a adoptar; por lo tanto, la información que deba facilitar la empresa ha de producirse con antelación suficiente para que la RLT pueda estudiarla para emitir su informe y, en todo caso, previamente a la ejecución de la medida prevista por el empresario. En el presente caso, si bien la empresa facilitó nuevos datos a la RLT, lo hizo cuando ya se estaba aplicando el nuevo sistema de geolocalización sobre los trabajadores y, tal como señala la STS, “(...) el derecho que otorga el art. 64 del ET a la representación legal de los trabajadores fue ignorado por la demandada que procedió a implantar el sistema sin poner a disposición de dicha representación la información realmente necesaria para un exacto conocimiento del alcance del mismo”.

IV. Geolocalización y respeto al derecho a la dignidad de los trabajadores

Tal como hemos señalado anteriormente, el art. 20.3 ET admite la utilización por el empresario de los medios oportunos de control y vigilancia, que permitan verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, y dentro de

estos medios se encuentra la geolocalización; pero establece como límite el respeto a la dignidad del trabajador. De igual manera, el art. 90.1 LOPD establece que el uso de los mecanismos de geolocalización debe desarrollarse dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Por lo tanto, el uso de estos dispositivos no puede suponer una violación de los derechos esenciales de los trabajadores. Ello conduce a afirmar que el empresario, al utilizar estos mecanismos debe respetar el derecho a la intimidad y protección de datos personales del trabajador⁶. Dado que hay derechos e intereses en conflicto por ambas partes, trabajador y empresario, la determinación de si es factible que el sistema de geolocalización pueda aplicarse frente a los derechos del trabajador, se resuelve a través del test o juicio de proporcionalidad⁷. En definitiva, se plantea así el equilibrio entre las facultades de control del empresario y los derechos de los trabajadores⁸.

En principio, tal como afirma la STS de 8 de febrero de 2021, es perfectamente posible entender que un sistema de geolocalización es un sistema adecuado para desarrollar el control y vigilancia de los trabajadores, encajando perfectamente en el ejercicio de las facultades directivas empresariales que están protegidas por la libertad de empresa.

Sin embargo, la cuestión que resulta discutible en el supuesto de hecho de la Sentencia es el método o sistema implantado para ejecutar la geolocalización del trabajador: a través del propio teléfono móvil del trabajador, que debe aportarlo para que la empresa introduzca en el mismo una aplicación. Más aun, no se trata de un acuerdo entre empresa y trabajadores, por el que se acuerda que estos últimos aporten su teléfono, sino de una imposición unilateral del empresario a los trabajadores.

Ante esta cuestión, la SAN aplicó el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), estimando que no lo superaba y, consecuentemente, la medida empresarial suponía una violación de los derechos de protección de datos de los trabajadores. Este planteamiento es avalado por el TS, que si bien estima que la geolocalización puede ser un instrumento adecuado o idóneo para el fin de controlar el desarrollo de la prestación de trabajo, siendo una medida

⁶ Al respecto, podemos acudir a la STS de 15 de septiembre de 2020, Rec. 528/2018, que debía dilucidar sobre un despido de trabajadora, que utiliza el vehículo facilitado por la empresa fuera de las horas de trabajo, lo cual queda constatado gracias al sistema de geolocalización. Dicha STS diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, como elementos autónomos, si bien rechaza la violación de los mismos, dado que se había facilitado información a la trabajadora sobre el dispositivo y su finalidad de control, por lo que no se producía violación alguna de estos derechos. También puede verse la STSJ de Castilla y León de 27 de julio de 2023 Rec. 350/2023.

⁷ En este sentido podemos acudir a la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (Barbulescu II); o en nuestro país, la STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2025, Rec. 1131/2024; o la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2024, Rec. 360/2024. Vid. ALCAIDE CABRE, L. y REYES HERREROS, J.: “Geolocalización de trabajadores”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 52 (2019), páginas 73 y 74; GOÑI SEIN, J.L.: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, internet, video vigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral* n° 39 (2009), página 23; de igual manera RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* n° 148 (2021), páginas 292 y ss.

⁸ KAHALE CARRILLO, D.T.: “La geolocalización como medio de control del trabajador”, *Temas Laborales* n° 157 (2021), página 147.

legítima en el marco de las facultades directivas que son expresión de la libertad de empresa⁹; sin embargo, lo cierto es que no se supera el test de necesidad; es decir, que existen otros medios menos invasivos que utilizar el propio teléfono del trabajador como instrumento de geolocalización, medios que son igualmente idóneos para el fin lícito de ejercer el control de la prestación laboral. En definitiva, lo que plantea el TS es que la puesta a disposición por el trabajador de un teléfono personal permite a la empresa el acceso a datos personales protegidos; pudiendo haber facilitado la empresa dispositivos igual de eficaces para geolocalizar al trabajador y que no suponen la puesta en peligro de la privacidad del trabajador. Por lo tanto, tal como recuerda la STS, si bien la geolocalización es un método adecuado para la vigilancia y control del cumplimiento de la prestación laboral, “esa facultad ha de producirse, en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador”.

V. Geolocalización y derechos de información de los trabajadores afectados

Queda, por último, hace referencia a la cuestión de los derechos de información de los propios trabajadores afectados, como límite a la posibilidad de que el empresario utilice mecanismos de geolocalización como instrumento de vigilancia y control.

En nuestro ordenamiento, la cuestión aparece recogida por el propio art. 90.2 LOPD, a tenor del cual, con carácter previo a la aplicación del mecanismo de geolocalización, el empresario debe informar a los trabajadores afectados “de forma expresa, clara e inequívoca”, acerca de la existencia y características de los dispositivos de geolocalización. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de datos.

Por lo tanto, el empresario puede utilizar los mecanismos de geolocalización, pero debe facilitar a los trabajadores información previa (por tanto, con anterioridad a la puesta en práctica del mecanismo de geolocalización) a dos niveles diferentes. En primer lugar, debe facilitar información sobre el propio dispositivo, información que debe ser clara e inequívoca, tal como señala el art. 90.2 LOPD, lo que supone información suficiente tanto sobre el propio dispositivo, como el objetivo o finalidad de su uso (especialmente desde el punto de vista de las consecuencias sancionadoras o económicas)¹⁰. Se impone así una obligación de transparencia al empresario¹¹. En realidad, la literalidad del precepto se limita a señalar que la información se refiere a las características del mecanismo de geolocalización; por lo que debería haber sido más explícito. No obstante, entendemos que, estando en juego la intimidad del trabajador y la protección de datos personales, la información debe afectar también al alcance y consecuencias de la información obtenida por el empresario¹²; no olvidemos sobre esta

⁹ De igual manera, puede verse este planteamiento que acepta la geolocalización como sistema adecuado para el ejercicio de la vigilancia y control que emana de las facultades directivas del empresario, a través de la instalación de dispositivos en el vehículo en las SSTSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2023, Rec. 2574/2022; y Madrid de 21 de abril de 2021, Rec. 144/2021.

¹⁰ Vid. la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2024, Rec. 360/2024.

¹¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: Op. cit.; GOÑI SEIN, J.L.: Op. cit., página 25.

¹² GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Op. cit., página 67; en idéntico sentido RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: Op. cit., página 302.

cuestión la STEDH de 12 de enero de 2016, el conocido caso Barbulescu I¹³ (si bien este caso versaba sobre el control del correo electrónico, las conclusiones del mismo sobre el derecho del trabajador a estar informado, son perfectamente aplicables a la geolocalización). En definitiva, el trabajador debe tener pleno y cabal conocimiento del mecanismo de vigilancia, para poder actuar en consecuencia¹⁴; de esta manera, una sanción impuesta como consecuencia de la información obtenida a través de un dispositivo sobre el que no se ha facilitado la información necesaria, será nula¹⁵.

De otro lado, el propio art. 90.2 LOPD señala que también debe informarse a los trabajadores “acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”. Por lo tanto, el empresario debe proceder a facilitar información previa en relación a los derechos del trabajador en materia de protección de datos que puedan verse afectados por el mecanismo de geolocalización. Justamente en este punto retomamos la STS de 8 de febrero de 2021, pues como ésta resalta, la sentencia de instancia también estimaba acertadamente que en la actuación de la empresa se producía una vulneración de los derechos a la protección de datos personales, al no haberse facilitado a los trabajadores la información requerida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento general de protección de datos) en sus arts. 12 y 13. Si bien los dispositivos de geolocalización no suponen, en principio, un peligro para la protección de datos, pues difícilmente pueden accederse a los mismos a través de simples dispositivos de localización geográfica, no debemos olvidar que en el presente caso la protección de datos era una cuestión relevante como consecuencia del instrumento elegido por el empresario para aplicar el mecanismo de geolocalización: el teléfono del propio trabajador. Desde este punto de vista, la STS acude a la doctrina de la STC 39/2016, que señala cómo “El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado”. En este caso, como sabemos, ni se facilitó esta información a los trabajadores, ni se solicitó consentimiento alguno para el tratamiento de datos.

¹³ NAVARRO NIETO, F.: “El alcance del derecho al respeto de la correspondencia del trabajador en el jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Temas Laborales* nº 145 (2018), página 187.

¹⁴ En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?”, *Temas Laborales* nº 145 (2018), página 139. Puede verse la STS de 15 de septiembre de 2020, Rec. 528/2018, que estima la procedencia del despido de trabajadora que utiliza el vehículo facilitado por la empresa dado que “la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS”.

¹⁵ KAHALE CARRILLO, D.T.: Op. cit., página 153. Puede verse la STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2024, Rec. 586/2024, sobre un dispositivo telefónico a través del cual el trabajador (que tiene como centro de trabajo una comunidad de propietarios) debe fichar a la entrada y salida del trabajo; pero fue despedido como consecuencia de que se detecta que realiza el fichaje desde lugares diferentes del centro de trabajo, pues el dispositivo telefónico también disponía de geolocalización, cuestión sobre la que no fue advertido el trabajador. De igual manera sobre las consecuencias de la falta de información, la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2014, Rec. 1993/2013.

VI. Conclusión

Como vemos, esta STS resulta interesante fundamentalmente por resaltar los límites básicos que deben aplicarse sobre un dispositivo de localización geográfica cuando es utilizado por parte del empresario. Desde mi punto de vista, en una situación ordinaria, el empresario sería quien aporta al trabajador el dispositivo de geolocalización; debiendo cumplir con las limitaciones previamente a su puesta en marcha efectiva. La principal peculiaridad del supuesto de hecho que se analiza por la Sentencia, es el hecho de que el empresario establecía obligatoriamente que el dispositivo debía actuar sobre el teléfono móvil propiedad del trabajador, y que este debía responsabilizarse ante la empresa del buen funcionamiento del mismo. Esta circunstancia complicó en exceso la posibilidad de que el empresario pudiese implementar este tipo de mecanismo de control, habiendo sido mucho más adecuado que fuese el empresario quien facilitase directamente a los trabajadores el dispositivo de control, con el mecanismo de geolocalización integrado.

Posibilidades y límites en la vídeovigilancia empresarial. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 14 de enero de 2025

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

I. Introducción. El ejercicio del poder de control empresarial en el contexto productivo actual

Como con gran acierto ha señalado el profesor Montoya, “el poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo...; (si bien) más y más los poderes del empresario van siendo limitados por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el ordenamiento reconoce a los trabajadores”¹. Tal afirmación cobra especial relevancia en el contexto de trabajo actual, donde los adelantos técnicos y los algoritmos, por la propia lógica de acumulación de datos en la que se basan, están en condiciones de dar lugar a un incremento exponencial de la vigilancia y el control por parte de las empresas, no en vano la digitalización avanzada y la inteligencia artificial (IA) han permitido pasar de hacer un uso defensivo de la tecnología (comprobar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones) a un uso ofensivo (imponer mayores obligaciones y riesgos económicos sobre trabajador). A través de la IA, incorporada a las herramientas tecnológicas más clásicas, resulta posible controlar a más personas, más tiempo y en relación con muchas más actividades, con gran regularidad y sofisticación omnipresente.

¹ MONTOKA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pp. 135 y ss.

Las infinitas posibilidades de supervisión que proporcionan los instrumentos digitales asistidos por IA (videovigilancia, micrófonos, geolocalización, seguimiento de correos electrónicos y navegaciones por internet, tiempos de espera en las descargas, tarjetas electrónicas, contadores de pasos, lectores digitales, interacción del ratón, cookies, sensores, microchips, wereables, ropa inteligente...) permiten obtener informaciones exhaustivas sobre el rendimiento, la cantidad y calidad de las tareas realizadas, el tiempo empleado, las interrupciones habidas y su frecuencia, los patrones de comportamiento y, también, la personalidad de las personas trabajadoras (hábitos de ejercicio, alimentación, forma física, sueño...) dando forma a una perfecta trazabilidad de sus conductas presentes y futuras hasta el punto de hacerse plenamente transparentes.

En este contexto, deviene imprescindible la búsqueda de un equilibrio de intereses en juego: entre la dignidad personal y los derechos fundamentales (intimidad, propia imagen, secreto de las comunicaciones y protección de datos), de un lado, y el principio de libertad de empresa, de otro. Tal propósito fue resuelto tradicionalmente por los órganos judiciales aplicando el principio de proporcionalidad, dibujado por el Tribunal Constitucional a partir de un triple test gradualista: si la medida de control empresarial es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal meta con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio riguroso de adecuación)².

Bajo tal premisa, la búsqueda de un espacio de equidistancia entre, de un lado, el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que los adelantos técnicos ofrecen en la dirección del personal y, de otro, el ejercicio por las personas trabajadoras, en el seno de la relación laboral, de los derechos de ciudadanía, ha sido protagonista de un enorme casuismo judicial. Algunos avances en cuanto a la seguridad jurídica se refiere se han introducido desde el nuevo ordenamiento de protección de datos, pues varias de sus previsiones se han centrado en la previsión de límites a los poderes directivos empresariales. Tanto el Reglamento UE 2016/679 (RPD) como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDyGDD), establecen una serie de pautas en aras a garantizar el denominado “derecho a la autodeterminación informativa” y el respeto a los “derechos laborales digitales” de las personas trabajadoras.

Así, aun siendo lícitamente aceptable que la empresa verifique el recto cumplimiento de la prestación laboral, dentro del tenor del art. 20.3 ET, no es admisible que incorpore técnicas exhaustivas (por ilimitadas) capaces de eliminar cualquier resquicio de intimidad. Antes al contrario, el cumplimiento de los principios de información, minimización y finalidad adquiere protagonismo destacado en el

² Como pronunciamientos más significativos, cabe mencionar las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, relativas, respectivamente, a la instalación de un circuito cerrado de televisión y una red de micrófonos en el espacio de la ruleta del Casino de Latoja ante la sospecha de robos, y a la colocación de una cámara de vídeo en la zona de calzado y textil de un economato de la empresa Ensidesa consecuencia de un llamativo descuadre.

ejercicio de los poderes empresariales de vigilancia y control mediante los recursos automatizados regulados en los arts. 87 a 91 LOPDyGDD, que se inspiran en un denominador común cual es que el entorno digital ha vuelto transparente a la persona trabajadora, tensionando su autonomía privada y los derechos de la personalidad. En concreto, esta Ley reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores tanto en el uso de los dispositivos informáticos puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) o también a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), sin dejar de mencionar la posibilidad de desconexión para respetar sus tiempos de descanso (art. 88).

En este contexto de pesos y contrapesos, particularmente interesante resulta la regulación del ejercicio del poder de dirección empresarial a través de vídeo-cámaras, pues, pese a los pasos dados en la salvaguarda de los márgenes de la autonomía privada y los derechos de la personalidad de la persona trabajadora, lo cierto es que todavía a día de hoy surgen dudas sobre los linderos del poder de supervisión empresarial ejercido mediante la técnica más o menos sofisticada de tomavistas.

II. Condicionantes para la instalación de cámaras. el deber de información

El art. 89 LOPDyGDD requiere que los empleadores informen “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes”, acerca del control establecido a través de cámaras o videocámaras, esto es, alerten sobre el tratamiento cada vez más penetrante de las imágenes. Recoge, por tanto, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vertida en la sentencia de 17 de octubre de 2019, en el asunto *López Ribalta II*, que procede a deslegitimar todo tipo de videovigilancia encubierta, pues exige, en todo caso, información previa de la supervisión practicada.

Ahora bien, cabe preguntarse si este deber de transparencia se debe aplicar siempre y en cualquier caso en el que se utilicen cámaras. El simple recurso a la lógica lleva a una respuesta negativa, pues el carácter absoluto de tal deber privaría, en muchas hipótesis, de eficacia a la finalidad de obtención de pruebas de ilícitos graves cometidos por los propios empleados al servir de alerta disuasoria. De ahí que la doctrina judicial admita la vigilancia secreta, extraordinaria, individualizada y *ex post*, centrada en comportamientos de las personas trabajadoras que pudieran lesionar bienes de relevancia. Es decir, sólo cabe cuando concurren sospechas fundadas de ilícitos graves que apuntan a determinados sujetos (robos, hurtos, apropiaciones indebidas de productos concretos, revelación de secretos...), quedando, en todo caso, limitado el control al tiempo estrictamente necesario.

En este sentido, la propia LOPDyGDD también incorpora en este contexto el peldaño intermedio de la videovigilancia de seguridad recogiendo el parecer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la ya mencionada sentencia *López Ribalta II*, así como del Tribunal Constitucional en su sentencia 39/2016, de 3 de marzo, ya que en el supuesto enjuiciado, precisamente, la trabajadora despedida había sido mostrada por una cámara destinada a evitar robos por terceros, quedándose con dinero de la caja y ocultando su acción mediante tickets de devoluciones falsas de mercancías. Como

señala el art. 89 LOPDyGDD, “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el logotipo al que se refiere el art. 22.4” (esto es, cuando se haya colocado un distintivo informativo en lugar suficientemente visible, indicando la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los arts. 15 a 22 RPD (acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión).

Por tanto, el art. 89 LOPDyGDD distingue dos tipos de videovigilancia: la permanente respecto a la que se exige información previa, expresa, clara e inequívoca y la encubierta que se permite únicamente en los supuestos de “flagrante acto ilícito” contando la cámara con el señalado distintivo informativo. Siendo clara esta diferencia, el Tribunal Supremo ha dado un paso más, en la sentencia de 22 de julio de 2022³, reconociendo incluso la validez de la prueba de videovigilancia aportada por una empresaria para justificar el cese de la empleada de hogar por sustracción de dinero y joyas, derivada de la instalación de una cámara que enfocaba directamente el armario donde se encontraba una caja fuerte sin informar previamente a la trabajadora y sin distintivo identificativo, toda vez que en la grabación se observa que la trabajadora manipula dicho elemento y que previamente se había denunciado un robo de 30.000 euros en dicho domicilio.

Un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2025⁴, objeto del presente comentario, unifica doctrina sobre los contornos de la obligación empresarial de información en aquellos casos en los que los sistemas de videovigilancia captan actos flagrantemente ilícitos.

III. Antecedentes de hecho

La trabajadora, que prestaba servicios para Stradivarius España, S.A.U., procedió a la compra de varias prendas por un valor de 39,98€ abonándolas mediante tarjeta bancaria. Posteriormente, a los cuatro días de la adquisición, sin retornar dichas prendas a la tienda reintegró el importe de algunas a su tarjeta bancaria. Para simular la corrección de la operación cogió una alarma del cajón produciéndose reescritura de la RFID. Posteriormente con la PDA borra los datos de la alarma con la que ha realizado las devoluciones fraudulentas así como de la que no había utilizado. Dos horas más tarde realiza, en otra caja, la devolución real de otras prendas. Dicha actuación irregular es posteriormente confirmada con el visionado de las cámaras de caja del establecimiento donde prestaba servicios la demandante.

Las cámaras están visibles y los empleados conocen su instalación, habiendo sido informados los representantes de los trabajadores. Constan, además, las normas de seguridad en la caja, siendo conocida dicha normativa por la trabajadora. Dichas normas establecen que no está permitido realizar auto autorizaciones por un empleado a sí mismo. En las operaciones que realizó la actora aparece su código.

³ Rec. 701/2021.

⁴ Rec. 5248/2023.

La Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Donostia de 23 de noviembre de 2022 declaró el despido procedente. Recurrido dicho pronunciamiento en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia de fecha 18 de julio de 2023, revocando la sentencia de instancia y declarando nulo el despido.

Frente a dicho pronunciamiento, la empresa plantea recurso en casación para unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2020⁵, cuyos hechos discurren conforme al siguiente iter: el Departamento de Análisis de Gestión de la empresa demandada, mediante revisión sistemática de operaciones, detectó un elevado número de devoluciones de artículos realizados por la trabajadora en el periodo comprendido entre enero y febrero de 2019. Ante ello se procedió a efectuar un inventario, con recuento físico de artículos, resultando un stock teórico superior. Se inició un proceso de investigación observando la realización de 13 operaciones indebidas detalladas en la carta de despido. Los sistemas de videovigilancia instalados por la empresa fueron comunicados a la Agencia Española de Protección de Datos y al comité de empresa, existiendo en el centro de trabajo carteles en los que se advierte de la existencia de cámaras.

La coincidencia entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste estriba en las dos siguientes circunstancias: 1ª) en ambos supuestos se ha debatido la licitud o ilicitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar los despidos; 2ª) en los dos relatos fácticos de las sentencias consta que las cámaras de videovigilancia están visibles, conociendo los empleados su instalación y habiendo sido informados los representantes de los trabajadores. Sin embargo, las sentencias emiten fallos distintos que resultan contradictorios. Así, mientras que la sentencia referencial considera lícita la prueba de videovigilancia y confirma la procedencia del despido, la sentencia ahora recurrida la declara ilícita por no haber llevado cabo la regularización del sistema de videovigilancia conforme a la LOPDyGDD, cumpliendo la previsión legal de dar a conocer su uso en la actividad laboral, al haber estado utilizando hasta entonces el sistema con fines ajenos al control laboral y no estar en presencia de la comisión flagrante de un acto ilícito. En consecuencia, declara la nulidad del despido.

IV. Doctrina básica

El Tribunal Supremo, unificando doctrina, apoya su argumentación en tres pronunciamientos clave:

1.-En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre, conforme a la cual aun cuando “el tratamiento de datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual, (lo cierto es que)... en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental”. En principio, “este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de

⁵ Rec. 5003/2019.

un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos”. El fundamento “de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo”.

Bajo tal premisa, entiende el Tribunal Supremo que, en el presente caso, las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó constitutivo de un ilícito, siendo en consecuencia válida la utilización de las imágenes captadas para verificar precisamente una conducta ilícita cometida por la trabajadora.

2.-En segundo término, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2022⁶, que toma como referente la sentencia López Ribalda II del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se había alcanzando la siguiente conclusión: “si bien no se puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria”.

Desde tal perspectiva, el Tribunal Supremo entiende esta conclusión directamente aplicable al supuesto aquí enjuiciado.

3.-En tercer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, 3 de marzo, en virtud de la cual: “el incumplimiento ... del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”, ya que, como ha señalado previamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, “el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”.

Atendiendo a tal razonamiento, entiende el Alto Tribunal que no todo incumplimiento del deber de información previa conlleva una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE, máxime cuando el Tribunal Constitucional ha afirmado de manera categórica que un despido no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales. Así pues, “entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental no puede afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica”, dado que “no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo”.

⁶ Rec. 701/2021.

Para completar su razonamiento, además de tomar en consideración los tres referentes anteriores, el Tribunal Supremo procede a realizar también una ponderación de la proporcionalidad de la medida empresarial adoptada, entendiendo que resulta justificada, idónea, necesaria y proporcionada, a saber: a) “la medida estaba justificada, porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular de la trabajadora que debía ser verificada”. b) “la medida puede considerarse como idónea para la finalidad pretendida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes”. c) “la medida era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otro canal habría advertido al trabajador, haciendo entonces inútil la actuación de la empresa”. d) “finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada”, máxime cuando la instalación de las cámaras y su ubicación eran conocidas “por los trabajadores y sus representantes”.

V. El sentido del fallo

A la luz de la fundamentación anterior, el Alto Tribunal concluye afirmando la licitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para acreditar una conducta de la trabajadora contraria a la normativa interna de seguridad de las cajas con el fin de apropiarse de dos prendas y reintegrarse su importe. Tal actuación resultó constitutiva de una falta muy grave del art. 54.2 d del ET y de los arts. 45 y 46 del convenio colectivo aplicable.

En definitiva, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación planteado, entendiendo que la sentencia referencial es la que contiene la doctrina correcta, no en vano ha quedado acreditado que las cámaras de video vigilancia son visibles y las personas empleadas conocen su instalación, habiendo sido informados los representantes de los trabajadores.

Videovigilancia, deber de información y despido: la STS 14 enero 2025 (REC. 5248/2023)

CAROLINA BLASCO JOVER

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Alicante*

I. Estado de la cuestión

La instalación de cámaras de videovigilancia en las empresas es una facultad derivada del art. 20.3 ET que dispone, como es conocido, que se podrán adoptar las medidas que se estimen más oportunas “de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, pero ello siempre y cuando se guarde “en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. De igual modo, el art. 20 bis ET señala que “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

El legislador estatutario es consciente, pues, de que la instalación de videocámaras implica el tratamiento de datos personales, por ello las cautelas con las que se dirige y la remisión a la normativa de protección de datos, concretamente, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Y es que, según el art. 89.1 de esta última norma, “los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y

concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. Ahora bien, a esta regla general se le anuda una matización, pues “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”, siendo que este precepto determina que “el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

Como puede observarse, los preceptos mencionados tratan de equilibrar los intereses de ambas partes de la relación laboral, dotando al empresario de los debidos mecanismos de control a través de la videovigilancia, pero ello siempre y cuando informe de forma previa, correcta y completa a los trabajadores y a sus representantes. Sólo hay una matización a esta regla: la captación de un acto ilícito flagrante, en cuyo caso se relaja aquel deber de información, bastando la presencia de dispositivos informativos genéricos advirtiendo de la existencia de un control videográfico. Al efecto, sobre este binomio regla general-matización del deber de informar, ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2022, de 29 septiembre, que es, precisamente, la resolución que sirve de base a la que aquí se comenta. Es ésta una resolución interesante por el valor que le otorga a la matización contenida en el párrafo segundo del art. 89.1 LO 3/2018, pero también por lo que puntualiza su voto particular.

Muy resumidamente, la sentencia señala que “por lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral, el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental, [que] ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa”. Sin embargo -se añade- “la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo”. Y concluye que “en un contexto [en el que existían sospechas indiciarias concretas], resultaba válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por un trabajador”. Esto es, la medida “estaba justificada, porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador que debía ser verificada”; “puede considerarse como idónea para la finalidad pretendida, que no era otra que la

constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes”; “era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral”; y “era proporcionada, pues las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad, tampoco estaban instaladas de forma subrepticia, sino que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el público en general y no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior”.

Con todo y como se ha dicho más arriba, es de reseñar también el voto particular a esta sentencia por la opinión que en él se contiene sobre la utilización de la matización al deber de informar ante actos ilícitos flagrantes. Así, se advierte, en línea de principio, que lo previsto en el párrafo segundo del art. 89.1 LO 3/2018 no puede ser utilizado “para posibilitar la modulación del específico deber de información a los trabajadores ante meras sospechas, por muy razonables que estas puedan parecer”. Seguidamente, se añade que “la excepción del art. 89.1 LO 3/2018 [debe tener] necesariamente un alcance muy limitado, no [bastando con] que se verifique que concurre una situación de flagrancia en la captación de la imagen y la presencia en el lugar de trabajo de los carteles anunciadores de la existencia del sistema para legitimar, desde la perspectiva del art. 18.4 CE, el uso de esa imagen con fines disciplinarios. Será preciso, además, que se den cumplidas razones por parte del empleador respecto de su incumplimiento”. Por ello, en fin, se concluye que “la actual configuración legislativa de esta garantía impide entender justificada desde la perspectiva del art. 18.4 CE la captación y uso de imágenes de hechos ilícitos flagrantes de los trabajadores con el mero cumplimiento del deber general de instalar carteles avisando de la existencia de un sistema de videovigilancia, sin dar cumplida explicación de las razones por las que se ha omitido el deber específico de información a los trabajadores y/o sus representantes”.

Como puede observarse, el voto particular va más allá, exigiendo al empresario explicitar los motivos por lo que no da cumplida cuenta de su deber de informar de forma previa, clara y concisa. Son dos formas de entender la matización a la regla general: una, tal vez más apegada al interés empresarial por descubrir las irregularidades de las que se sospecha y otra, por el contrario, más protectora del derecho de los trabajadores y, por derivación, más exigente con el cumplimiento del deber empresarial. El Tribunal Supremo, en la sentencia aquí comentada, se decanta por la primera opción. Veamos en qué términos.

II. La STS 14 enero 2025 (REC. 5248/2023)

1. El supuesto planteado

A través del sistema de videovigilancia de la empresa, se observa *cómo una trabajadora* procede a la compra de varias prendas de ropa abonándolas mediante tarjeta bancaria para, posteriormente, reintegrarse ese importe a la misma tarjeta, pero sin retornar dichas prendas. Para simular la operación, se vale de una alarma del cajón produciéndose reescritura de la RFID (identificación por radiofrecuencia)

para, posteriormente, con la PDA borrar los datos de la alarma con la que realizó las devoluciones fraudulentas. Dos horas más tarde, acomete la devolución real de otras prendas que adquirió el día de su primera compra a través de la caja de otra compañera. En la empresa, existe un protocolo para detectar el fraude interno con alertas de operaciones anómalas, siendo catalogadas como tales las operaciones de sobre escritura y teclado manual de códigos. En estas operaciones que realizó la demandante, aparece su *código de trabajadora*.

Ante tal conducta, la empresa toma la decisión de despedir a la trabajadora. Como medio de prueba aduce las imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia; cámaras que están visibles y los empleados y los representantes conocen su instalación. En la instancia, el despido se declara como procedente. No obstante, se recurre la sentencia en suplicación y la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en sentencia de 18 julio 2023 (rec. 1121/2023), declara la nulidad del despido y condena a la empresa a la readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir. Ciertamente es que admite la Sala que la trabajadora ha realizado una actividad contraria al contrato de trabajo, pero, teniendo en cuenta el binomio deber general de informar y modulación de este deber por la comisión de un acto ilícito flagrante, se pregunta “si la conducta empresarial conculca algún derecho fundamental en su actuación, y, sobre ello, entendemos que el *prius* inicial es que la preservación de los derechos fundamentales tiene una prevalencia frente a la excepción, y esta prioridad no es de posible olvido o postergación en beneficio de la empresa cuando ha sido ella misma quien incumple su obligación de publicitar el medio de control de la vigilancia”. Se argumenta que la finalidad de las cámaras no era otra que evitar perjuicios en el entorno de los clientes y no el control de la actividad laboral y que, si la empresa quería utilizar las imágenes captadas para este fin, lo que tendría que haber hecho es “regularizar su uso” e informar “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. No habiéndolo hecho así, la prueba videográfica se considera ilícita y “de aquí el que, si la prueba en la que se apoya la extinción del contrato de trabajo es ilícita, las consecuencias sean también la ilegalidad de todo lo actuado, y si al comienzo se produce una quiebra de un derecho fundamental, ello nos conduce al art. 55 ET, que determina la nulidad del despido”. En cuanto a la aplicación de la matización prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 89 LO 3/2018, no contempla la Sala esta posibilidad pues considera que “el supuesto no es flagrante”.

2. Doctrina aplicable y resolución del Tribunal

La STS 14 enero 2025 (rec. 5248/2023) casa y anula la sentencia de suplicación con base en dos argumentos: que la medida de videovigilancia era conocida por los trabajadores y por sus representantes y que las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto que resultó constitutivo de un ilícito proceder y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta. De este modo, se aduce que “estamos ante una medida de videovigilancia conocida, que vino a verificar la irregular conducta de la actora. (...) Las cámaras estaban ubicadas en lugar visible, en zona de trabajo -las cajas- y no en zonas de descanso [y eran] conocidas por los trabajadores y también por sus representantes”. Y aquí es donde recuerda ahora el Tribunal Supremo la doctrina que emanada de la antes citada STC 119/2022, de 29 septiembre para explicar que el tratamiento de los

datos obtenidos por cámaras de videovigilancia “no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual” y que el deber de información se modula cuando se está ante una conducta ilícita cometida en el seno de la propia empresa, como es la que ha acontecido en el supuesto de hecho planteado. En consecuencia, se declara válida “la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por la trabajadora”, conducta que ha conducido al despido.

Asimismo y en orden a descartar la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, la Sala estima que “no todo incumplimiento del deber de información previa conlleva una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE [pues] una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir la vulneración de este derecho fundamental”; proporcionalidad que fue refrendada, además de otros factores, por “la ubicación de las cámaras y su conocimiento por los trabajadores y sus representantes”.

En fin, la Sala recuerda que “un despido no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales. Dicha distinción, contraria a trazar una correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido, no merece ser calificada de arbitraria o de manifiestamente irrazonable. (...) [Y es] que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una consecutividad lógica y jurídica. En otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18 CE”.

III. Apuntes personales al hilo del argumentario previo

Creo que acierta de pleno el Tribunal Supremo en su argumentación. Y es que la implantación de cámaras como medio de control laboral plantea un reto esencial: conciliar la necesidad empresarial de supervisión con la protección de la intimidad de los trabajadores. Para ello, el art. 89.1 LO 3/2018 impone al empresario un deber de información previa y completa, que debe incluir la existencia, ubicación, finalidades y consecuencias de la videovigilancia. Sólo en caso de comisión de un acto ilícito flagrante se modula esta obligación informativa, permitiendo la captación inmediata de imágenes necesarias para acreditar la conducta irregular y salvaguardar bienes jurídicos esenciales.

Pues bien, al respecto, la aplicación de esta matización no conlleva, al decir de la Sala, ni la subsanación de defectos informativos previos (aquellos que el TSJ del País Vasco denominada “regularización”) ni la imposición de explicaciones adicionales al empresario como argumenta el voto particular de la STC 119/2022, de 29 septiembre. Basta con que se aprecie la comisión flagrante de un acto ilícito para que el deber de información se entienda cumplido con la colocación del correspondiente dispositivo informativo en un lugar suficientemente visible. Flagrancia que puede derivar tanto de una conducta captada de forma sorpresiva e insospechada como de sospechas razonables de comportamiento laboral inadecuado, pues en ambos casos la situación

de riesgo del patrimonio empresarial asumido por la empresa debe prevalecer sobre el específico deber de información a los trabajadores y sobre el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE. En mi opinión, pues, no se está ante un vaciamiento del deber empresarial de informar, sino de entender que, también aquí, hay que ponderar los intereses en conflicto y sopesar de forma proporcionada cuál debe prevalecer frente al otro en un escenario o contexto en donde está en juego la integridad patrimonial de la empresa.

Ahora bien, dicho esto, teniendo en cuenta, pues, que, a mi modo de ver, acierta el Tribunal Supremo en entender que no existe infracción de los derechos contenidos en el art. 18 CE al dar por válido el juego de la modulación del deber informativo del art. 89.1 LO 3/2018, fíjese que la Sala se plantea también si es constitucionalmente obligada la declaración de nulidad de un despido cuando la prueba se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales. Y con base en la STC 61/2021, de 15 marzo, concluye que no existe esa “consecutividad lógica y jurídica” entre una cosa y la otra. Tanto para el Tribunal Supremo como para el Tribunal Constitucional, hay que distinguir entre el despido con vulneración de derechos fundamentales y el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba, pero en el que el móvil del empresario al acordar ese cese no respondió a una causa vulneradora de aquellos derechos. Si esto así, mal puede colegirse que la extinción deba catalogarse como nula por proyectar sobre ella la ilicitud de la prueba lesiva de derechos fundamentales. En mi opinión, sin embargo, creo que no es jurídicamente admisible sostener que deban restringirse los efectos de la ilicitud de la prueba a su expulsión del contenido probatorio. Ciertamente, no es momento ni lugar apropiado tampoco para realizar una reflexión pausada y crítica de la doctrina contenida en la sentencia constitucional antes citada, así que valga ahora, simplemente, con manifestar mi opinión en contra de la misma pues esto sí supone vaciar de contenido el propio art. 11.1 LOPJ e, incluso, el art. 55.5 ET. Y es que si este precepto dispone que lo que procede ante un despido realizado con vulneración de derechos fundamentales es su catalogación como nulo, habrá que convenir, si quiera sea por lógica derivación, que también lo es aquél que se funde en una prueba obtenida por la empresa que conculque aquellos derechos. Creo que, en esta tesitura, no cabe separación tajante o estanca entre ambas actuaciones, toda vez que una es fundamento de la otra, se encuentran unidas de forma evidente y racional, por lo que no cabría aquí, a diferencia del supuesto enjuiciado en la STS 14 enero 2025 (rec. 5248/2023), salvaguardar la validez de la actuación sancionatoria empresarial.

Requisitos que han de concurrir para entender cumplido el deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar del trabajo (Comentario de la sentencia del TS de 14 de enero de 2025. Rec. 5248/2023)

PILAR PALOMINO SAURINA

*Profesora contratada doctora
Universidad de Extremadura*

I. Marco legal

El artículo 89 de la Ley 3/2018, 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales establece:

“1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los

trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”.

II. Supuesto de hecho

La empleada trabajaba para Stradivarius España SAU desde el 4-11- 2011 con la categoría profesional de dependiente de 1ª, con un salario prorrateado de 1361, 53 euros.

El día 13-6-2022 se produjo su despido; en la carta de despido se alegaba falta muy grave del artículo 54.2d ET y 45 y 46 del convenio colectivo de Comercio Textil de Guipúzcoa ya que el 14-5-2022 procedió a la compra de varias prendas por valor de 39, 98 euros abonándolas mediante tarjeta bancaria y posteriormente el día 19-5-2022 sin retornar dichas prendas a la tienda se reintegró el importe de las mismas a su tarjeta bancaria.

Dicha actuación es posteriormente confirmada con el visionado de las cámaras de caja del establecimiento donde prestaba servicios la demandante.

Existe un procedimiento interno en la empresa para detectar el fraude interno. Con alertas de operaciones anómalas. Las operaciones de sobre escritura y terciado manual de códigos son operaciones anómalas. En estas operaciones que realizó la actora aparece el código de la trabajadora demandante.

La trabajadora presentó demanda ante el Juzgado de la social que fue desestimada por lo que fue recurrida en suplicación por la actora ante el TSJ del País Vasco que declaró nulo el despido. Ante esta situación por la representación de Stradivarius España SA se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina que se analiza.

III. Las claves de la sentencia

Para el Alto Tribunal las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó ser constitutivo de un ilícito proceder. Y para descartar la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador hay que valorar si la medida estaba justificada, era idónea, necesaria y proporcionada.

La medida estaba justificada, porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular de la trabajadora que debe ser verificada. La medida puede considerarse como idónea para la finalidad pretendida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes. La medida era necesaria, ya que no parece que

pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otra medida habría advertido a la trabajadora, haciendo entonces inútil la actuación de la empresa. Finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada.

IV. La sentencia del TS de 14 de enero de 2025

La sentencia del TS de 14 de enero de 2025 determina cuales son los requisitos que han de concurrir para entender cumplido el deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar de trabajo previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018 como garantía del derecho fundamental a la intimidad.

Y para el Alto Tribunal el procedimiento interno para detectar el fraude interno y las normas de seguridad en la caja, eran conocidos por la trabajadora quien realizó auto autorizaciones a sí misma con su código, corroborado con el visionado de las cámaras.

Fue una medida justificada, ya que concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular que debía ser verificada, idónea, para la finalidad pretendida que era la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, necesaria y proporcionada, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, casa y anula la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco de 18-7-2023 desestimando el recurso de suplicación y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de la social sobre despido.

Detectives contra la mala fe de los trabajadores: el artículo 48 de la Ley de Seguridad Privada

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. La buena fe en el contrato de trabajo

La buena fe es un concepto tan intuitivo como indefinible, así como su antónimo. Es fácil poner ejemplos de lo que es actuar de buena fe, lo mismo que de mala fe. La persona que llega a la cola del cine y se cuela sin percatarse de ello, porque la cola se había desdibujado, se comporta de buena fe; quien observa lo largo de la fila y prueba a colocarse fingiendo despiste, actúa de mala fe. Este sencillo ejemplo sugiere algunas explicaciones útiles: la buena fe es sinónima de sinceridad y de honestidad, mientras que la mala fe invita a pensar en segundas intenciones y en falsedad. Eso sí, solo la persona del ejemplo sabe cuál ha sido su verdadera intención.

La buena y la mala fe han tenido desde siempre trascendencia jurídica. Diversas instituciones en el mundo del Derecho llevan incorporado en su código genético la buena o mala fe. En términos generales, cabe diferenciar entre casos de alta subjetividad donde es preciso analizar los comportamientos de las personas y otros en los que es necesario más bien delimitar el contenido jurídico de la institución en cuestión. Es decir, acudiendo a la socorrida dualidad, buena fe en sentido subjetivo y buena fe en sentido objetivo (o mala fe, en ambos casos). Piénsese en la histórica distinción entre posesión de buena fe y posesión de mala fe en el Derecho Romano, que invita a indagar sobre lo que cree en realidad el sujeto; o, con un enfoque más objetivo, la integración del contenido de los contratos conforme a la buena fe, que debe servir para terminar de delimitar lo pactado.

El artículo 7 del Código Civil español (Cc) introduce en su apartado primero una norma transversal que, como todo el Título preliminar del citado Código, rige en

todas las ramas del Derecho y no solo en el Derecho Civil. La regla es escueta, pero de importancia mayúscula: “los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Por su parte, en materia contractual, el artículo 1.258 Cc plantea algo que, por conocido hasta la saciedad, no deja de resultar sorprendente: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Este enfoque positivo de la buena fe, que debe guiar en general el ejercicio de los derechos y, en materia contractual, complementar las cláusulas de turno, tiene una característica “complejidad y riqueza de contenidos”¹ en el terreno laboral. Según el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores² (ET), el trabajador tiene el deber de “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia” (art. 5.a). La norma es todo un espejo del artículo 1.258 Cc: las “obligaciones concretas” en el puesto de trabajo son las explicitadas en el contrato laboral de turno y, como este debe ser leído con buena fe, algunas más³. Algo similar, pero relativo a la ejecución del contrato de trabajo, establece el artículo 20.2 ET: “En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”. Nótese que, por tanto, el poder de dirección que ostenta el empresario está también sometido a las exigencias de la buena fe, cuando desempeña tanto funciones decisorias como ordenadoras⁴.

La ley lanza estos mensajes generales, no por ello intrascendentes, que tienen un enorme potencial para dirimir si, a falta de norma reguladora con exactitud del caso en cuestión, se han producido ejercicios bienintencionados o no de derechos, o si se ha

¹ MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 25: “No es difícil entender que la buena fe que vincula al comprador y al vendedor de cualquier bien, sujetos de un contrato de ejecución instantánea, no puede presentar la complejidad y riqueza de contenidos que la que obliga a trabajador y empresario”. Este libro del propio profesor homenajeado es de cita obligada no solo ahora sino en las páginas siguientes. Por la brevedad de estas, baste esta advertencia y acuda el lector al mencionado libro para múltiples profundizaciones respecto de lo aquí dicho.

² Texto refundido aprobado mediante RDL 2/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 255, de 24 de octubre).

³ Esto se proyecta, por cierto, sobre otros deberes laborales básicos como el mismo deber de obediencia planteado en el art. 5.c ET y que integraría tanto las órdenes e instrucciones en este mencionadas como lo que de buena fe sea exigible. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», en VV.AA., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL (Colección Monografías Laborales), Madrid, 1989, pág. 503, analizando la causa de despido prevista en el art. 54.2.b ET, señala: “Por ello, la desobediencia del trabajador no circunscribe el incumplimiento contractual tan sólo al ámbito de las “órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” [deber básico de obediencia, art. 5.c) ET], con ser esta la esfera directamente incridada por el comportamiento indisciplinado o desobediente, sino que también vulnera de modo principal, antes que nada, el deber anterior de “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia” [deber básico de buena fe, art. 5.a) ET]”.

⁴ Es característico en el planteamiento científico del homenajeado la distinción entre un poder de dirección que permite al empresario la organización del trabajo tomando decisiones generales que repercuten sobre los trabajadores, junto a un poder de dirección en sentido más estricto, que se concreta en órdenes e instrucciones de trabajo. MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 46ª ed. (actualizada y revisada por SEMPERE NAVARRO, A.V.), Tecnos, Madrid, 2025, pág. 386, para un apunte básico al respecto. En profundidad, MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 147 y ss.

incumplido un contrato atendiendo no solo al tenor literal de sus cláusulas. Pero, por otra parte, en diversas materias, la ley se sitúa en la tesitura de la anormalidad, es decir, la existencia de mala fe. En el Cc hay múltiples ejemplos y en el Derecho del Trabajo existe uno que es harto conocido: la transgresión de la buena fe contractual es causa de despido disciplinario (art. 54.2.d ET).

II. El despido por transgresión de la buena fe contractual

Qué es transgredir la buena fe contractual es imposible de esclarecer de forma sistematizada, porque la buena fe es en sí misma un concepto escurridizo. Quizás sea decisivo reparar en la consecuencia jurídica prevista: el despido. Cabe pensar, entonces, que la ley está pensando en comportamientos que perjudican gravemente los intereses empresariales y no, por tanto, en personas que han pretendido ceñirse al contenido literal de sus contratos sin capacidad para integrarlos conforme a las exigencias de la buena fe (salvo si el grave perjuicio deriva de dicha incapacidad). En coherencia con esto, desde 1980 estableció el ET, siguiendo a la mejor doctrina⁵, que todas las conductas merecedoras de la más contundente sanción disciplinaria (el despido), deberán consistir en “incumplimientos graves y culpables” (art. 54.1 ET), lo cual se proyecta sobre todas las causas concretas de despido (art. 54.2 ET). Por tanto, las transgresiones de la buena fe contractual potencialmente generadoras de un despido disciplinario deberán ser incumplimientos intencionados del contrato, pero no cualesquiera sino aquellos que revistan gravedad, así como comportamientos en los que concurra no cualquier negligencia sino una imprudencia de entidad mayor⁶.

1. Ambigüedad en la tipificación de la falta sancionable

En cualquier orden sancionador, público o privado, la tipificación de infracciones de forma ambigua es rechazable, por razones de constitucionalidad. En ese sentido, no se entiende que el artículo 54.2.d ET incluya la “transgresión de la buena fe contractual” como causa de despido, pero continúa en la ley así previsto (quizás sea una forma de canalizar los “despidos sin causa” cuya regulación ha devenido surrealista desde 1944 hasta la actualidad, pero ese es otro tema⁷). Puede que sea una forma de aludir a conductas que todo el mundo sabe cuáles son, pero el principio de tipicidad exige la concreción de los comportamientos merecedores de sanción con unos mínimos elementos objetivos y subjetivos que permitan identificar la acción u omisión de que se trate.

⁵ CÁMARA BOTÍA, A.: «El carácter “culpable” del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario», en GÁRATE CASTRO, J., (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pág. 33, relata la influencia de MANUEL ALONSO OLEA en la ley (la definición de despido disciplinario plasmada en *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pasó al art. 54 ET).

⁶ MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995, pág. 301.

⁷ ALONSO OLEA, M.: «Introducción general al despido y a sus causas», en VV.AA.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, edit. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1996, págs. 6 a 9, ofrece unas curiosas reflexiones al respecto.

Las otras causas de despido establecidas en el artículo 54.2 ET pueden encauzar lo que deba entenderse por “transgresión de la buena fe contractual”, ya que todas (las otras causas) son acciones inequívocas llevadas a cabo de forma consciente, a sabiendas de su ilegalidad, o conductas que ponen de manifiesto un descuido importante, causándose en ambos casos un grave perjuicio empresarial. La frontera entre intención e imprudencia puede ser difusa: “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo” (art. 54.2.a ET), pueden ser deliberadas o deberse a la dejadez de la persona, primando el hecho objetivo de la inasistencia o la impuntualidad en sí y la ausencia de justificación; la disminución continuada y “voluntaria” del rendimiento (art. 54.2.e ET) también cabe en versión imprudente, aun con esa exigencia de “voluntariedad”⁸, que podría traducirse en no tener la voluntad de rendir de forma adecuada.

En la práctica, las transgresiones de la buena fe contractual que suelen llevar al despido consisten en acciones maliciosas, llevadas a cabo con toda conciencia (no son cosas que se hagan por grave descuido). Téngase en cuenta que la empresa, al despedir, también debe someterse a las exigencias de buena fe y, precisamente, tales acciones tienen un claro carácter fraudulento que elimina toda sospecha de maquinación empresarial. Como se puede colegir de la jurisprudencia, son habituales los casos de concurrencia desleal con la empresa, las bajas médicas tramposas y, confluyendo aquí elementos cualitativos adicionales, el uso inapropiado de las horas sindicales por parte de los representantes de trabajadores. En realidad, estas transgresiones de la buena fe contractual se caracterizan más por la grave ilegalidad y/o el engaño que encierran y menos por la existencia de segundas intenciones o falsedades a las que, se dijo al inicio, respondería el manejarse con mala fe, en sentido común.

2. Transgresiones de la buena fe contractual cometidas fuera de la empresa e investigadas por detectives

El caso es que la transgresión de la buena fe contractual suele enlazar con hechos que acontecen extramuros de la empresa. Si una persona, por ejemplo, hace “la vista gorda” ante anomalías con las que se tropieza en el trabajo, no teniendo la buena fe de comunicarlas a quien proceda aun sin orden de denunciarlas, podrá ser despedida por transgresión de la buena fe contractual (si tuviera orden expresa de dar parte de dichas anomalías concurrirían dos causas de despido: arts. 54.2.b y 54.2.d ET). Sin embargo, en los tres ejemplos citados como altamente frecuentes ocurre que la persona se comporta de mala fe en el “mundo exterior” y, entonces, se plantea la empresa la necesidad de investigar en el ámbito extraempresarial.

La “transgresión grave y culpable de la buena fe contractual” (aunando art. 54.1 y 54.2 ET) por parte del trabajador es así un perfecto terreno abonado para que la empresa contrate a un detective con vistas al despido, por razones logísticas y jurídicas.

⁸ GÁRATE CASTRO, J.: «La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado», en VV.AA., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL (Colección Monografías Laborales), Madrid, 1989, pág. 142: “También es merecedor de corrección disciplinaria quien, sin aquella intención, decae en su rendimiento a consecuencia de un comportamiento descuidado y falto de esmero, revelador de “inhibición y abandono” de las responsabilidades contractualmente asumidas” (con cita de la STS 10 diciembre 1979, Ar. 4334). Voluntariedad como imputabilidad, subraya más adelante el autor.

Empezando por las segundas, la empresa necesita pruebas sólidas que aseguren, en caso de juicio, la calificación del despido como procedente pero, de ahí las primeras, esas pruebas son de casi imposible obtención, ya que los hechos en cuestión se desarrollan fuera de la empresa. Por tanto, como viene sucediendo de forma muy habitual en estos casos, la empresa acude a una agencia privada de investigación para que se ocupe de las oportunas indagaciones, pesquisas y seguimiento que culminen en el suministro de fuentes de prueba que la empresa podrá, primero, exhibir ante el trabajador para forzar su dimisión y, en su caso y en segundo lugar, convertir en medios de prueba en el proceso judicial que se entable; o solo lo segundo si, como también es frecuente, la empresa se limita a comunicar el despido y no desvela las pruebas con que cuenta, reservándolas para un hipotético momento judicial posterior (la empresa no está obligada a informar en la carta de despido sobre la existencia o no de pruebas y, en su caso, de qué tipo concreto).

La contratación de detectives como medio empresarial de control se torna ideal para actuar en casos como los aludidos, en los que subyace una mala fe de grandes proporciones, o simplemente una ilegalidad grave en la que puede haber o no mala fe. Partiendo del artículo 20.3 ET (“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”) y con el límite en la misma norma anunciado (“guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad”, tácitamente referido a los controles corporales y a las medidas incisivas de vigilancia visible), las empresas afectadas pueden desembarcar en el artículo 48 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP).

En contra de lo que suele pensarse, la vida privada de las personas es investigable, no así la intimidad (salvo autorización judicial). Otra cosa es que se incurra en el error de pensar que privacidad e intimidad son lo mismo ¿Tiene el trabajador algún escudo (legal) contra la investigación a desarrollar por un detective a instancias de la empresa? Ninguno. El artículo 48.1 LSP establece lo siguiente: “Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos: a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados (...)”.

Como puede observarse, se concentran aquí cuatro de los cinco puntos clave del asunto: el trabajo de los detectives consiste en investigar la vida privada de las personas (1), con la finalidad de obtener pruebas sobre la misma (2), quedando absolutamente vedada la intimidad de las personas (3) y pudiendo todo suceder en asuntos de tipo laboral (4). Respecto de la intimidad de las personas, el artículo 48.1.a LSP que ha sido transcrito alude a “los domicilios o lugares reservados”, lo cual conecta con el primer gran componente de la intimidad referida en el artículo 18 de la Constitución española de 1978 (el otro es el relativo a las comunicaciones). A este respecto, señala el artículo 48.3 LSP lo siguiente: “En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán

utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos”.

Sin espacio en estas breves páginas para diversas puntualizaciones (los lugares reservados mencionados en la ley son los “equiparables” al domicilio, no literalmente los lugares calificados como “reservados” tipo comedor reservado en un restaurante, por ejemplo⁹; o no pueden utilizarse artificios técnicos para grabar conversaciones a distancia, pero sí aquellas en las que el detective esté presente), restaría desvelar el quinto punto clave.

3. Ni valoración de lo fundado de la sospecha ni mala fe empresarial

Lo que desencadene la contratación del detective será, por evidentes razones no tanto legales como materiales, la sospecha que tenga el cliente, sin entrar en que sea fundada o no (5), más allá de que deba acreditar ante el detective su objetivo interés legítimo (art. 48.2 LSP, que en materia laboral consistirá en el hecho de que el trabajador a investigar está contratado por la empresa). El detective tendrá que ceñirse al marco legal por el que se rige su actividad profesional (nunca podrá adentrarse en la intimidad de la persona) y, entonces, no rige el principio de proporcionalidad en una materia como esta, al menos no en el sentido pretendido por parte de la jurisprudencia. Los derechos fundamentales no se ven afectados por las investigaciones que los detectives desarrollan porque, como acaba de exponerse, no lo permite la ley. Sin embargo, deslumbrada parte de la jurisprudencia por el principio de proporcionalidad con su triple exigencia (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), en numerosos casos se han rechazado las pruebas obtenidas por el detective y aportadas luego al proceso por la empresa, al valorar que la sospecha inicial que tenía la empresa no estaba fundada y que, aunque la investigación ha confirmado la sospecha, se ha procedido con “ligereza” al contratar al detective. En realidad, este tipo de pronunciamientos judiciales ha vulnerado un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva y, como parte esencial del mismo, a servirse en juicio de los oportunos medios de prueba en defensa de los derechos e intereses cuya tutela se demanda. Por fortuna, el Tribunal Supremo ha puesto coto a estos desmanes y, en alguna sentencia relativamente reciente¹⁰, ha subrayado que la proporcionalidad mencionada en la ley no recae sobre la solidez de la sospecha sino sobre la ejecución de la investigación contratada (art. 48.6 LSP).

Por lo demás, la empresa que contrata detectives no actúa de mala fe, como suelen afirmar en juicio los trabajadores demandantes contra el despido del que han sido objeto y que invocan el artículo 20.2 ET. Al contrario, son ellos los que han actuado de mala fe y la empresa se limita a defenderse utilizando un eficiente sistema autorizado

⁹ No se entendió así la Sala de lo Social del TSJ País Vasco en su controvertida sentencia 2354/2024, de 29 octubre (rec. 1870/2024). Un análisis al respecto en, si se me permite la “autocita”, DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., «La vida privada en lugares reservados extralaborales y su control mediante detectives», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 14 (1^{er} Trimestre 2025).

¹⁰ Se trata de la STS, Sala de lo Social, 551/2023, de 12 de septiembre (rec. 2261/2022), con proyección en otras como la 402/2025, de 7 de mayo (rec. 2124/2024), comentada esta última en «Las sentencias del mes», VIVERO SERRANO, J.B. (coord.): *Trabajo y Derecho*, núm. 127 (julio-agosto 2025).

por la ley¹¹. La buena fe es recíproca, como se dijo al inicio, pero en estos casos no es que la empresa responda con mala fe ante la mala fe anterior del trabajador, sino que reacciona frente a ella con herramientas legales.

III. El gran fraude de la baja por depresión, propiciado por deficiencias del sistema sanitario

Al margen del acierto o desacierto judicial que se tenga en esta materia y sin perjuicio de que, cuando la “prueba de detective” es admitida habrá que valorar qué es lo que realmente ha quedado probado (ese es el campo en el que la ponderación judicial cobra máxima relevancia, ya que las fotografías y los vídeos pueden no ser tan inequívocos¹²), se vienen dando cada vez con más frecuencia casos de abrumadora mala fe que, sin embargo, prácticamente no son perseguibles, contribuyendo a ello un enorme defecto existente en el sistema sanitario. A saber, las bajas por depresión.

Con burla hacia las personas que padecen serios problemas psiquiátricos como depresiones, ansiedad y otros, que les afectan en el trabajo y que justifican desde luego la emisión de la baja médica, no es insólito que un trabajador se presente ante el médico de cabecera del servicio público de salud y consiga que este, que no es especialista ni mucho menos en psiquiatría, expida un parte de baja por depresión. Estos casos son investigables por detectives pero, por la propia naturaleza de los elementos médicos concurrentes, siempre podrá el trabajador salir airoso de la investigación, por una doble razón: en comparación con otras patologías, la mentira subyacente no es demostrable de forma objetiva (como cuando el detective fotografía en un gimnasio a quien hace grandes esfuerzos de espalda aunque está de baja por lumbalgia) y, además, siempre podrá afirmarse que, precisamente, la persona con depresión necesita distraerse. Un caso así llegó a los Juzgados de lo Social de Santa Cruz de Tenerife hace unos meses, dándose la asombrosa circunstancia de que estaban de baja por depresión, de forma sospechosamente coincidente en el tiempo, cinco trabajadores de la empresa (en realidad, en un contexto de enfrentamiento con otro trabajador por ellos acosado)¹³, lo cual clama al cielo.

La mala fe de algunos trabajadores, investigada por detectives, pone de manifiesto anomalías e imperfecciones del sistema, en este caso el sanitario, que llevan a plantear necesidades de reforma del mismo. Deberían efectuarse los correspondientes cambios legales para que los médicos de cabecera, ante una hipotética depresión o problema psiquiátrico de entidad similar, trasladen el asunto a unidades especializadas. La saturación que sufre la sanidad pública no justifica la inacción legislativa ante la desvergüenza con que algunos se manejan.

¹¹ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch (Colección Laboral, núm. 222), Valencia, 2013, págs. 85 a 90.

¹² Tratado desde siempre por el Tribunal Supremo. Entre otras muchas, SSTS 1 diciembre 1986 (ponente Excmo. Sr. Agustín Muñoz Álvarez) y 20 abril 1988 (ponente Excmo. Sr. Leonardo Bris Montes).

¹³ Procedimiento sobre despido (*sic*) núm. 285/2025 (Juzgado de lo Social n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife).

Requisitos de licitud del registro de enseres personales del trabajador. A propósito de la STS 3062/2024 ECLI:ES:TS:2024:3062

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ

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

La frecuencia con la que el texto del ET ha sido modificado a lo largo de estos más de cuarenta años de vigencia convierte en excepción aquellos preceptos que no han sido objeto de modificación y mantienen todavía su formulación original. Uno de estos escasos mandatos estables es el art. 18 ET que bajo la rúbrica “Inviolabilidad de la persona del trabajador” se ocupa de regular los registros que la empresa puede llevar a cabo sobre la persona del trabajador y sus pertenencias personales (su taquilla y sus efectos particulares).

Como se sabe, a consecuencia de su posición en el contrato de trabajo, al empresario asiste un poder de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de la actividad laboral -de los deberes contractuales de los trabajadores- cuyo objeto de fiscalización es el trabajo; pero el ET le atribuye también un poder de control sobre los trabajadores y sus pertenencias. Pacíficamente se admite la radical diferencia que separa el genérico poder de vigilancia y control de la actividad laboral (art. 20.3 y 20 bis ET) y la posibilidad de llevar a cabo registros en la persona y los enseres del trabajador (art. 18 ET), dado que el precepto atribuye al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y le permite “de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de poderes que le concede el art. 20 ET” desempeñar “una función de policía privada o de policía empresarial” (TS 26 septiembre 2007; ECLI:ES:TS:2007:6128 y AN 30 noviembre 2021; ECLI:ES:AN:2021:4743).

Precisamente por esa excepcionalidad, el legítimo ejercicio de este poder de control se vincula en la ley a la defensa del patrimonio empresarial o del patrimonio

de otros trabajadores de la empresa; se condiciona a que su implementación garantice el respeto “máximo” de la dignidad e intimidad del trabajador; y únicamente puede verificarse en lugar y tiempo de trabajo y con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa -salvo que ello no fuera posible-.

Pese a que no es especialmente numerosa la jurisprudencia interpretativa del precepto, a trazo grueso, puede decirse que en ella se afirma que el art. 18 ET tiene por objeto establecer un equilibrio entre la garantía del derecho a la intimidad que asiste al trabajador en la actividad laboral y el derecho de la empresa a proteger su patrimonio y el de los restantes trabajadores, autorizando una actividad inspectora sometida a ciertos límites y condicionamientos. Uno de esos condicionamientos es la exigencia de que en el registro se encuentre presente un representante de los trabajadores o un trabajador de la empresa y sobre ello versa la TS 5 junio 2024 ECLI:ES:TS:2024:3062.

La sentencia unifica doctrina acerca de la eventual licitud del registro del bolso de una trabajadora llevado a cabo sin la presencia de un representante legal de los trabajadores ni de otro trabajador de la empresa. Tras 15 años de trabajo en la empresa, cuando la trabajadora finaliza su turno en el supermercado sonó la alarma antihurto y fue requerida por el vigilante de seguridad para la verificación correspondiente en la que se comprueba que, en su bolso, lleva 4 artículos (cuyo valor total no alcanza los 9 euros) de los que no aporta tickets de compra y que -como posteriormente se observa en las cámaras de seguridad- no han sido abonados. En todo este proceso no estuvo presente ningún representante de los trabajadores ni ningún otro trabajador de la empresa.

En instancia se falló la procedencia del despido llevado a cabo por la empresa, pero, en suplicación, el TSJ entiende que el registro no tiene valor probatorio por haberse realizado sin la presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa y declara que esta vulneración del art. 18 ET conlleva la ilicitud de la prueba y la improcedencia del despido que, en este caso, muta en nulidad, al venir referido a una trabajadora que disfruta de una reducción de jornada por cuidado que hijo.

Esta es la posición que valida la resolución del TS que, tras referir la posibilidad de externalizar la actividad inspectora que autoriza el art. 18 ET (a) y la intrascendencia de que voluntariamente el trabajador ofrezca sus enseres al registro (b), se detiene en la naturaleza de requisito instrumental que a su juicio tiene la presencia de un tercero en el registro (c), anuda a su incumplimiento la improcedencia del despido por la ineficacia probatoria de la pesquisa (d).

(a) Tanto en el supuesto de hecho de la sentencia recurrida como en el que sustenta la sentencia de contraste, la empresa ha externalizado el servicio de vigilancia y seguridad, de modo que el registro no se llevó a cabo por ningún trabajador de la empresa sino por un vigilante de seguridad ajena a esta. Ello no obstante, el hecho de que la vigilancia se encuentre externalizada y que, consecuentemente, la actividad del vigilante se rija por la Ley de Seguridad Privada (Ley 5/2014) no evita que en el registro deban aplicarse las garantías y previsiones establecidas en el art. 18 ET.

(b) Tampoco el hecho de que la trabajadora ofreciera voluntariamente sus enseres al registro hace desaparecer ninguna de las exigencias que rodean este excepcional poder de control y la necesidad de cumplirlas. En efecto, aunque la sentencia de contraste (TSJ Cataluña 6486/2018, de 11 de diciembre) argumenta que la voluntariedad en la exhibición de los enseres evidencia que la inexistencia de un representante legal de los trabajadores durante la práctica de un registro consentido no vicia la validez de la prueba, es lo cierto que la presencia del representante se configura en el art. 18 ET como un requisito necesario, no “compensable” por la voluntariedad mostrada por el trabajador. El hecho de que el art. 18 ET requiera esa presencia “siempre que ello fuera posible” induce a considerar que únicamente esa presencia es prescindible cuando las circunstancias concurrentes lo conviertan en un requisito de imposible cumplimiento (cuando no existe comité de empresa y las circunstancias horarias hacen imposible la presencia de un trabajador distinto de los implicados -TS 28 junio 1990-).

Cuestión distinta es que el trabajador pueda renunciar a la presencia del representante sin que esa renuncia invalide la prueba, pero será preciso en ese caso que conste de modo indubitado esa renuncia, sin que sea posible -en mi opinión- entenderla ínsita en la falta de resistencia al registro o en la actitud colaboradora del trabajador. El respeto del derecho a la intimidad del trabajador exige que no esté presente ese representante o trabajador si esa es la voluntad de la persona sometida a registro.

(c) Entiende la sentencia que la presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa en el registro no se relaciona con la salvaguarda del derecho fundamental a la intimidad del trabajador registrado por cuanto resulta difícil conectar el incremento del número de personas que presencian el registro con la protección de un derecho dirigido a la existencia de un ámbito “*propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana*” (TC 98/2000, de 10 de abril). Para el TS la presencia del representante se configura como una garantía de la objetividad y eficacia de la prueba que se refuerza al estar presente un tercero distinto de la empresa y el trabajador afectado (idea ya manifestada por el TS en su sentencia de 26 septiembre 2007; Rec. 966/2006).

Consecuencia de ello es que el lícito ejercicio de este poder excepcional de control concedido a la empresa no sólo exige el cumplimiento de requisitos atinentes a su legitimidad constitucional (únicamente cabe el registro cuando sea necesario para proteger el patrimonio empresarial o de los restantes trabajadores; ha de efectuarse garantizando el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador), sino también la observancia de otros atinentes a su legitimidad legal (que el registro se lleve a cabo en lugar y tiempo de trabajo y en presencia del representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa). De modo que, aunque la dignidad y la intimidad del trabajador no se vean comprometidos, para resultar lícito, el registro ha de verificarse en presencia de un representante legal de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa. En este sentido, conviene señalar que, con toda probabilidad, debe ser el trabajador objeto de registro el que designe el representante o trabajador que le acompañará.

(d) Si no existe impedimento para que el registro se lleve a cabo con la presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa (ya sea porque las circunstancias lo convierten en un requisito de imposible cumplimiento, ya sea porque el trabajador ha renunciado fehacientemente a ello) la prueba resulta ineficaz. Y la ilicitud de la prueba conduce a la insuficiencia de la causa extintiva alegada por la empresa para fundamentar el despido y, por ello, a su improcedencia (salvo que proceda la declaración de nulidad por encontrarse el trabajador despedido en alguna de las situaciones que relata el art. 55 ET, como sucede en este caso, en el que la trabajadora disfruta, al tiempo del despido, de una reducción de su jornada de trabajo por cuidado de hijos).

La sentencia, en fin, cierra la relevante cuestión del valor que deba darse al incumplimiento del requisito relativo a la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa en el registro de los enseres del trabajador. Lo hace refrendando una interpretación estricta y garantista del art. 18 ET que entiende preceptiva la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa en el registro con el objetivo de garantizar la objetividad de la prueba, que comparto, aunque, en mi opinión, convendría reflexionar acerca de la relación que este requisito guarda también con el derecho a la intimidad del trabajador porque, al fin y al cabo, lo que el art. 18 ET regula es el ámbito de privacidad del trabajador “permitiendo la intromisión del empleador si se cumplen determinadas tutelas legalmente prescritas” (AN 30 noviembre 2021; ECLI:ES:AN:2021:4743).

El control de la actividad laboral mediante detectives privados. Detectives privados y derechos fundamentales

DAVID ACEVES LÓPEZ

Profesor Asociado en la UCM

La vigilancia por detectives se justifica en el poder de dirección art 20 ET. Durante la relación laboral el empleado está sometido a los poderes empresariales y por ello los derechos fundamentales pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes.

El poder de dirección del empresario y, específicamente, el control de la actividad laboral, que corresponde al empresario en virtud de lo previsto en los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores se lleva a cabo, en ocasiones mediante la investigación llevada a cabo por detectives privados cuya labor está regulada con carácter general en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y que en el ámbito de las relaciones laborales deberá adecuarse, además, a las previsiones y limitaciones de la legislación laboral. Téngase en cuenta que, en este caso el ejercicio del poder de dirección no se lleva a cabo directamente por el empresario sino por un tercero ajeno a la empresa lo que ha motivado cierto cuestionamiento por parte de la doctrina¹ si bien está expresamente admitido en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

Por la particularidad de este especial medio de control de la actividad laboral encontraremos siempre un conflicto entre el derecho del empresario al control de la actividad laboral y al menos un derecho fundamental del trabajador, el derecho a la intimidad y muy frecuentemente otros como el derecho a la dignidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o la protección de sus datos personales.

¹ GARCÍA TESTAL, E. “La obtención de prueba a través de la actividad de detectives privados: la nulidad de la fuente de prueba y la calificación del despido. STS de 12 de septiembre de 2023”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 66, 2023.

Tratándose por tanto de un medio de control que supone una limitación de derechos fundamentales habrá que analizar el estricto cumplimiento del juicio de proporcionalidad y, por supuesto las previsiones de la Ley 5/2014, que expresamente prevé entre los servicios que pueden ser objeto de investigación privada los relativos al ámbito laboral (art. 48). Entre tales previsiones se encuentran la obligación de formalizar por escrito un contrato por cada servicio de investigación que les sea encargado (art. 25), la necesidad de que el resultado de la investigación se incluya en un informe de investigación (art. 37), la acreditación por parte del solicitante de que existe un interés legítimo, de lo que se dejará constancia en el expediente de contratación e investigación que se abra (art. 48), el respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art 48) y la limitación del informe de investigación a la información directamente relacionada con el objeto y finalidad de la investigación contratada, sin incluir en él datos que hayan podido averiguarse relativos al o al sujeto investigado, que no guarden directa relación con el interés legítimo alegado para la contratación (art. 49).

Sobre el necesario respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en la utilización de este medio de investigación se ha pronunciado el Tribunal Supremo² en una sentencia que resuelve sobre el despido de un limpiador de cristales de instalaciones deportivas sometido a vigilancia durante su jornada, sin que existan indicios previos de incumplimiento laboral.

La citada Sentencia ha sido muy comentada y no siempre con acierto, a nuestro juicio. Considera el Tribunal Supremo que la investigación “*no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba*”, puesto que “*la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos*”.

Pero la declaración de validez de la prueba sin que exista un indicio o sospecha previo, en el supuesto analizado, no puede confundirse con una inaplicación del juicio de proporcionalidad y de una concesión al empresario de absoluta libertad para llevar a cabo la vigilancia de detectives sin limitaciones³. Muy al contrario, el empresario deberá acreditar en todo caso el cumplimiento del juicio de proporcionalidad que deberá analizarse en función del supuesto y las circunstancias concretas del seguimiento. Así, no tiene el mismo alcance y, por tanto, está sometida a las mismas limitaciones el seguimiento a una persona trabajadora durante su horario laboral que otra en la que dicho seguimiento se lleva a cabo en un periodo de incapacidad temporal, o durante el tiempo de disfrute de crédito horario del representante sindical o al de un exmpleado, como veremos más adelante.

En definitiva, el Tribunal Supremo no otorga al empresario un poder de vigilancia absoluto y sin necesidad de justificación, pero tampoco lo limita a la mera

² STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2023, (rec. 2261/2022).

³ GARCÍA TESTAL, E. “La obtención de prueba a través de la actividad de detectives privados: la nulidad de la fuente de prueba y la calificación del despido. Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2023”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°. 66, 2023.

constatación de unos hechos de los que ya tuviese conocimiento previo o, al menos fundadas sospechas puesto que, si así fuese, esta prueba llegaría a resultar inútil.

En todo caso estará vedado sin limitaciones toda investigación que se lleve a cabo en un ámbito en el que se ejerce la vida íntima. Por supuesto este ámbito incluye en domicilio del trabajador para también otros en los que la expectativa de privacidad está igualmente presente.

Así, la STS 380/2023, de 25 de mayo⁴ declara ilícita la prueba de vigilancia mediante detectives en el jardín de su domicilio. El Tribunal Supremo considera que el jardín forma parte del domicilio del trabajador por ser “un ámbito en el que se ejerce la vida íntima, personal y familiar y que puede permanecer ajeno a las intromisiones de terceros en contra de la voluntad de su titular” (...) “Y, de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto, el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados (artículos 48.1 a) y 48.3 de la Ley 5/2014), que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita del consentimiento de su titular”⁵. No obstante, conforme a la doctrina de la sentencia citada, el jardín no siempre será considerado un lugar reservado, puesto que si no existe ningún tipo de muro que dificulte la visibilidad desde el exterior o fuese fácilmente accesible el seguimiento se reputaría lícito.

Aplicando esta doctrina pero en sentido inverso, la STSJ Canarias 127/2024⁶ declara la licitud de la prueba de detective respecto de un trabajador incurso en baja por incapacidad temporal que fue grabado en la azotea de su casa realizando actividades incompatibles con su estado de salud considerando que “el límite está en que para la captación de aquello que trasciende desde el interior del domicilio hacia el exterior no es posible el empleo de artificios técnicos que permitan al observador percibir más de lo que le permitirían sus propios sentidos”, como podrían ser unos prismáticos; lo que le hace inferir que “no se puede declarar ilícita la prueba por el hecho de que el detective haya visto con sus propios ojos, u oído con sus propios oídos, algo que acontecía en un lugar del domicilio del demandante que era fácilmente visible desde el exterior”.

También se ha considerado en el ámbito penal pero con doctrina aplicable al ámbito laboral⁷ un espacio perteneciente a la intimidad, el garaje de una comunidad de vecinos ya que “ese espacio pertenece al ámbito de la intimidad protegida por el art. 18.1 CE, pues se trata de un lugar cerrado que es, además, una propiedad privada de acceso restringido (a los titulares de las plazas de aparcamiento y a terceros a los que aquellos permitan la entrada) y por tanto es patente que se trata de un lugar en el que el recurrente tenía una expectativa razonable de no ser escuchado u observado subrepticamente por terceras personas.”

⁴ STS, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2023 (rec. 2339/2022).

⁵ En el mismo sentido STSJ Cantabria núm. 312/2025, de 9 de mayo (rec. 268/2025).

⁶ STSJ Canarias 127/2024, de 22 de febrero (rec. 625/2023).

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2023 de 11 de septiembre de 2023 (Recurso de amparo 3456-2021).

Igualmente vulnerador del derecho a la intimidad la actividad del detective llevado a cabo en lugares públicos pero cuyo acceso esté limitado mediante la obtención de autorización, asociación u otros. Así la STSJ País Vasco 2354/2024⁸ que enjuicia el supuesto de una investigación de detective en un club de golf considera que “el recinto donde se obtuvieron las fotos y donde se llevó a cabo las fotografías de la actividad de golf del demandante lo era un lugar reservado, y por tal el detective para su acceso debió interesar un permiso (...) Esto último nos lleva a entender la ilicitud de la prueba y por tal discernir que con la misma se llevó a cabo un acto de intromisión en el derecho a la intimidad del demandante en el desarrollo de su proceso de IT”.

I. El control de la incapacidad temporal

Hemos dicho que el seguimiento de las actividades del empleado se sustenta en el poder de dirección del empresario y su derecho a comprobar el correcto desempeño de la actividad laboral.

No obstante, este poder de dirección se extiende a actividades realizadas fuera del tiempo y lugar de trabajo cuando estas tengan una conexión con la relación laboral⁹.

Durante la situación de incapacidad temporal, si bien se suspenden las recíprocas obligaciones de trabajar y abonar el salario, perdura el deber de buena fe del trabajador y el correlativo derecho de vigilancia por parte del empresario.

En estas situaciones el examen del juicio de proporcionalidad resultará aún más estricto que cuando la vigilancia se realiza durante la jornada laboral, puesto que, por su propia naturaleza, nos encontraremos con que, en estos supuestos, la vigilancia afectará de una manera directa a actividades extralaborales del trabajador que se llevan a cabo en el ámbito privado y, por lo tanto, sometidas a una mayor limitación en la intromisión del derecho a la intimidad.

Con carácter general solo podrán investigarse las actividades del trabajador que i) evidencien simulación de la incapacidad, ii) la realización de actividades que impidan o ralenticen la curación o iii) supongan competencia desleal.

El principal problema en la utilización del detective privado en este tipo de situaciones radica en la imposibilidad por parte del empresario de conocer la patología concreta que afecta al trabajador y provoca su incapacidad -salvo que este lo desvele al empresario- ya que los datos relativos a la salud son especialmente protegidos¹⁰ y con ello le está vedado al empresario conocer si la baja es o no simulada o si la actividad que realiza el trabajador ralentiza su curación o incluso si se está llevando a cabo una competencia desleal. Pensemos, por ejemplo en un trabajador que es descubierto

⁸ STSJ País Vasco núm. 2354/2024, de 29 de octubre (rec. 1870/2024).

⁹ LÓPEZ BALAGUER, M. y TALÉNS VISCONTI, E.: “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en LÓPEZ BALAGUER, M. y TALÉNS VISCONTI, E.: *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer España, 2020, pág. 22.

¹⁰ LÓPEZ BALAGUER, M. y TALÉNS VISCONTI, E.: “El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales” en LÓPEZ BALAGUER, M. y TALÉNS VISCONTI, E.: *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer España, 2020, pág. 33.

bebiendo alcohol a altas horas de la madrugada y bailando en un local de ocio. Pues bien, esta actividad podría resultar incompatible con una patología ansioso depresiva por la que tenga prescritos ansiolíticos contraindicados con la ingesta de alcohol o un esquinque de tobillo, pero sería perfectamente lícita si la patología está relacionada con una situación de estrés laboral para la que se le ha prescrito y recomendado el esparcimiento social fuera del ámbito laboral.

La principal dificultad en estos casos será limitar el alcance de la investigación puesto que lo que no resultará lícito es una investigación general sin tener un criterio claro y predeterminado de qué se pretende conocer. En la doctrina judicial encontramos con relativa frecuencia resoluciones en las que no se toma en consideración la forma por la que el empresario ha tenido conocimiento de la patología que sufre el trabajador y si ese conocimiento se ha alcanzado por un medio legítimo¹¹.

Una segunda dificultad en el seguimiento de las bajas radica en la realización de actividades laborales para otro empleador puesto que no toda actividad laboral será incompatible con la incapacidad. Así, una baja derivada de una afonía será incapacitante para un profesor universitario, pero no impedirá que este lleve a cabo una actividad laboral para otro empleador en una actividad en la que no tenga que utilizar la voz.

II. Límites al control de la actividad representativa

El Tribunal Supremo ha establecido tradicionalmente que los representantes legales o sindicales de los trabajadores no pueden ser “sometidos a vigilancia singular”¹² lo que implica que tales representantes no puedan ser sometidos a vigilancia precisamente por su condición de representantes.

Este límite no implica “la proscripción de la prueba de detectives, sino un límite para el ejercicio de tales funciones en caso de desproporción de la medida, cuando se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales”¹³.

Hemos dicho más arriba que no es preciso la existencia de indicios o fundadas sospechas para que la investigación de detective se reputé lícita, pero en el caso de los representantes, nos encontramos con la existencia de la colisión de los derechos fundamentales ya mencionados pero, además, el derecho a la libertad sindical, puesto que en el transcurso de la investigación es probable que el detective acceda a datos

¹¹ Por todas la STSJ Madrid (Social), de 22 de junio de 2022, 636/2022, rec. 370/2022 en la que en el Antecedente de hecho segundo que recoge el Hecho probado cuarto de la sentencia de instancia establece que “Ese mismo día el trabajador causó baja médica por incapacidad temporal derivada de contingencia común a causa de ‘otros síntomas y signos que afectan a las funciones cognitivas y de la conciencia’, describiéndose como limitaciones las de ‘fiebre y malestar general que le incapacita para su trabajo habitual’. Ninguna referencia se da sobre cómo se conoció el detalle de la patología y no consta que el demandante invocase la vulneración previa de su derecho a la intimidad por acceder la empresa a sus datos médicos-

¹² ESTEVE-SEGARRA, A.: “El control de la actividad representativa: especial referencia al crédito horario de los representantes de los trabajadores” en LÓPEZ BALAGUER, M. y TALÉNS VISCONTI, E.: *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer España, 2020, pág. 70.

¹³ SANGÜESA CABEZUDO, A. M.: “Prueba de detectives en el ámbito laboral” en *Actualidad administrativa*, Nº 1, 2025.

especialmente sensibles relativos a la actividad sindical del representante, entre los cuales se encontrarían la estrategia sindical, la preparación de acciones de conflicto colectivo u otros cuyo conocimiento resulta vedado al empresario. Ciertamente si el detective tuviese conocimiento de cualquiera de estas circunstancias en el transcurso de la investigación deberá excluirla del informe de investigación *ex art.* 49 de la Ley 5/2014.

La vigilancia deberá circunscribirse a las horas de utilización del crédito horario, no pudiendo extenderse en ningún caso a horario no laboral¹⁴.

En virtud de lo anterior, para que la empresa lleve a cabo el seguimiento de un representante legal o sindical sí resultará preciso la existencia de indicios o sospechas de incumplimiento, evitando así incurrir en la denominada “vigilancia singular”.

Debe tenerse en cuenta que pacíficamente la doctrina judicial establece la presunción de uso correcto del crédito sindical, interpretando en sentido muy amplio las actividades propias de representación.

La STS. 402/2025¹⁵ analiza el despido de un trabajador por utilización indebida y abusiva del crédito sindical, corroborada mediante la contratación de un detective privado, que verificó que el trabajador destinaba el mencionado crédito para fines estrictamente personales. El Tribunal Supremo declara lícita la investigación realizada por la empresa al entender que la “licitud o ilicitud tampoco depende del mero hecho de que se acuerde sobre la base de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes, sino que se basa en criterios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad”, por lo que a este respecto es indiferente que haya sospechas fundadas, ni de que haya un determinado número de indicios u otros y lo verdaderamente relevante a efectos de la determinación de esa licitud es la posible incidencia que la prueba a practicar pudiera llegar a tener sobre los derechos de intimidad y dignidad del trabajador investigado.

III. Seguimiento a exempleados

El seguimiento a exempleados está sometido a limitaciones adicionales puesto que no hay poder de dirección en el momento en que finaliza la relación laboral salvo que existan compromisos postcontractuales (específicamente de no competencia *ex art.* 21.2 Estatuto de los Trabajadores) puesto que este poder de dirección opera sobre la prestación de trabajo y no sobre la vida extra-laboral, no pudiendo ejercerse sobre ámbitos de privacidad y de vida personal¹⁶

La STSJ Madrid núm. 182/2025¹⁷ ha declarado la ilicitud de una prueba de detective realizada por una empresa respecto de un extrabajador a los efectos de verificar si esta había vulnerado el pacto de no competencia que en su momento otro

¹⁴ STS de 13 marzo 2012, Rec. 1498/2011.

¹⁵ STS 1994/2025 de 7 de mayo de 2025. (rec. 2124/2024).

¹⁶ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., “El informe del detective privado en el proceso laboral. Requisitos para su validez como medio de prueba”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N°. 34, 2017, pág. 51.

¹⁷ STSJ Madrid núm. 182/2025, de 10 de marzo (rec. 23/2025).

extrabajador había suscrito, ya finalizada la relación laboral. El TSJ concluye que “nos parece que el informe ordenado por la empresa vulnera de manera absoluta el derecho fundamental a la intimidad personal del actor al pretender legitimarse ante una sospecha suscitada por la empresa, en atención a un incumplimiento contractual que el actor no habría protagonizado”, pues el informe estaba orientado “al objeto de comprobar la vulneración de un mero pacto de no competencia, y ni siquiera por el actor sino por un empleado distinto que causo baja en la empresa, se sometiera a aquel a un sistema de vigilancia a través de una agencia de detectives”.

El seguimiento, por el contrario, resultará válido cuando el empleado tenga suscrito un pacto de no competencia postcontractual *ex art. 21 Estatuto de los Trabajadores*) y la investigación se limite a acreditar el posible incumplimiento del pacto.

El registro de enseres personales del trabajador. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 3062/2024 de 5 de junio de 2024 (rec. 5761/2022)

PILAR CHARRO BAENA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

PABLO BENLLOCH SANZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Siguiendo a MONTROYA MELGAR¹, mediante el ejercicio del poder de dirección “el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”. Con fundamento constitucional en el artículo 38 CE, su reconocimiento legal tiene su expresión básica en el ET: los trabajadores a los que se aplica el Estatuto son precisamente, los que prestan sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de (un) empresario (artículo 1.1ET).

Entre las funciones directivas que lo integran, el artículo 20.3 ET autoriza al empresario a adoptar “las medidas que estime que estime más oportunas de vigilancia y control” para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones.

Además, y por lo que aquí interesa, se añadió al contenido de dicho precepto artículo 20.3 ET consideró conveniente unir al contenido de este precepto un “plus excepcional” que se traduce en la posibilidad de realizar registros sobre la persona trabajadora, las taquillas y sus pertenencias personales. Regulación que puede

¹ *Derecho del Trabajo*, 46.ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2025, pág. 391.

calificarse de anómala, en el sentido de extraña ya que, por un lado, concede al empresario un poder extra que se otorga, pese a la existencia de un conjunto de sólidas facultades directivas que, en buena medida, harían el registro innecesario; por otro lado, porque no existen antecedentes normativos de esta facultad. Existe, además, una evidente divergencia entre la rúbrica de este precepto y su contenido. Con un título prometededor “inviolabilidad de la persona del trabajador” se concede al empresario una poderosísima facultad que puede chocar con el derecho a la dignidad e intimidad de la persona trabajadora².

Se ha hablado por la doctrina laboral³ de que esa facultad supone conceder al empresario un “poder de policía privada” o de “policía empresarial” del que no goza de ningún otro sujeto privado que la Ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores. El empresario actúa de forma exorbitante y excepcional fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del ET por lo que, vista esa excepcionalidad, se debe de aplicar lo previsto en el artículo 18 ET.

Efectuadas esas consideraciones generales sorprende que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2024 entre a resolver una cuestión que puede considerarse antigua, sobre la que ha recaído una consolidada jurisprudencia, en particular, respecto a cómo deben realizarse los registros sobre la persona trabajadora, sus taquillas o enseres personales.

II. LOS HECHOS

- La demandante prestaba servicios para el Corte Inglés S.A. y disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor.
- El día 7 de enero de 2020, cuando finalizaba su jornada laboral y se disponía a abandonar el centro comercial por la puerta de salida del personal, a su paso por las antenas antihurtos, sonó la alarma.
- Un vigilante de seguridad le requirió para la correspondiente verificación, que abriese el bolso después de haber sonado la alarma del arco de seguridad. a lo que voluntariamente accedió la actora, resultando del registro que llevaba cuatro artículos que no había abonado.
- La empresa despidió disciplinariamente a esta trabajadora. Esta última formuló demanda por despido, que fue desestimada en la instancia, por sentencia del Juzgado de lo Social de Huelva, de 20 de octubre de 2020, que declaró que el cese de la trabajadora debía ser calificado como despido procedente, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.
- La actora interpuso recurso de suplicación y el TSJ de Andalucía (sede en Sevilla) dictó sentencia número 2859/2022, de 26 de octubre (recurso

² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Registros sobre el trabajador, su taquilla y efectos personales”, en *Temas Laborales* núm.150/219, pág.188.

³ Por todos, véase CHARRO BAENA, P.: ¿Es lícito revisar diariamente los bolsos y mochilas de los empleados?, en *En opinión de María Pilar Charro*, ARINSA, 15 de febrero de 2022, <https://arinsa.es/2022/02/15/es-licito-revisar-diariamente-los-bolsos-y-mochilas-de-los-empleados/>

272/2021) en la que estimó el recurso de suplicación y declaró la nulidad del despido. El TSJ argumenta que el registro del bolso carece de valor probatorio, al haberse hecho sin presencia de otra persona trabajadora ni de un representante de los trabajadores. Además, tiene en cuenta la antigüedad de la trabajadora y sus condiciones personales, así como la ausencia de perjuicio económico para la empleadora.

- Frente a dicha sentencia, la empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina.

III. CUESTIONES PREVIAS OBJETO DE COMENTARIO

1. La externalización del sistema de seguridad de la empresa

La sentencia que se comenta precisa que el “registro del bolso” no se llevó a cabo por ningún empleado de la empresa demandada sino por un vigilante de seguridad. La empresa contrata a una empresa de seguridad, con lo que se produce una externalización impuesta por la Ley 5/2014 de junio de Seguridad Privada y por el Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.

Al margen, de que la externalización “deconstruye” el paradigma normativo del empresario y por derivación, de la propia organización de medios de la que es titular, la empresa y también causa estragos en el prototipo del trabajador, no solo como parte del contrato de trabajo sino también como miembro de un grupo que agrega intereses comunes⁴, no impide que como ha señalado el Tribunal Constitucional sea imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones su doctrina según la cual los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral (STC 250/2007, de 17 de diciembre), aunque en algunos casos dicha incidencia sea parcialmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, lo que no determina que en ciertos supuestos será necesario completar la misma⁵.

Sin duda esa es la razón por la que la Sala advierte que dicha externalización no evita que el empresario debió de cumplir, también en este caso las garantías exigidas por el artículo 18 ET.

2. Las condiciones en que se produce el registro

Son dos las cuestiones dignas de comentario sobre el tema:

A) La Voluntariedad De La Trabajadora

La sentencia de contraste, STSJ Cataluña 6486/2018, de 11 de diciembre (recurso 5552/2018). se manifiesta respecto a la voluntariedad de la trabajadora en los siguientes

⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, en *Revista Universitaria de la Facultad de Ciencias del Trabajo*, 2/2001, págs.46 y ss.

⁵ SAEZ DE LARA, C.: “Externalización productiva y tutela de los trabajadores” en *Doc. Laboral* núm. 107- Año 2016-Vol. II, págs. 11 a 28.

términos: “la actuación de la trabajadora se produce “voluntariamente”, de forma que la misma consiente realizar dicha exhibición ante los vigilantes de seguridad, sin presencia de representante legal de los trabajadores o de otro empleado de la empresa; la incidencia de dicha “voluntariedad” en la validez de la prueba y resultados obtenidos no debe ser pasada por alto, habida cuenta que, tal como señala la Sentencia nº 1131/2009, de la Sala Social del TSJ del País Vasco (RS 744/2009), y la Sentencia nº 371/2008, de 24 de abril de la Sala Social del TSJ de Cantabria (RS 311/2008), teniendo en cuenta que nos hallamos ante un registro con colaboración activa y voluntaria de la propia trabajadora, sin que exista dato alguno que permita siquiera sospechar la existencia de engaño o abuso alguno, constando exclusivamente que una vez que las alarmas del arco de seguridad se disparan, la trabajadora se presta voluntariamente a mostrar qué productos lleva encima”.

La Sentencia que se comenta no sigue la línea de la de contraste en cuanto al alcance que puede darse la voluntariedad o colaboración voluntaria de la trabajadora. Como se sabe, el requisito de la voluntariedad en el contrato de trabajo debe entenderse como un “modo jurídicamente voluntario de obligarse”⁶ condicionado en la mayoría de los casos por circunstancias extralaborales, fundamentalmente económicas. Si aplicamos esa forma de entender la voluntariedad, no puede sino colegirse que en este supuesto la causa directa de la supuesta “voluntariedad” esto es, el sonido de la alarma por el funcionamiento del arco de seguridad avoca psicológicamente a una colaboración forzada con los vigilantes de seguridad, lo que sin duda no puede calificarse como colaboración estrictamente voluntaria.

Sentado lo anterior, no pueda extraerse la consecuencia como hace la sentencia de contraste de que si no se cumple uno de los requisitos que se exigen por el artículo 18 ET -en este caso la presencia de un representante de los trabajadores o de algún trabajador- al existir el consentimiento de la interesada, en modo alguno se vicia la validez de la prueba obtenida por el registro, por lo que debe ser examinada la calificación de procedencia o improcedencia partiendo de tal constatación. Tampoco puede sostenerse que se trate de un supuesto de “colaboración activa” de la trabajadora o, lo que es menos defendible, que la empresa no realizó ningún registro, sino que al sonar la alarma el vigilante de seguridad, en uso de sus competencias solicitó a la trabajadora que abriese el bolso, a lo que accedió voluntariamente.

Llegados a este punto puede resultar oportuno plantearse la cuestión de si la voluntariedad de la trabajadora es indiferente en todos los supuestos.

No pareció así entenderlo la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009 (recurso número 7117/2009) que señala literalmente en su fundamento tercero que: “La exigencia legal de que en el registro de taquillas del trabajador en la empresa concurra un representante legal de los trabajadores viene exigido por el art. 18 ET en el caso de que se realice con carácter forzoso, unilateralmente por la empresa, pero no en el caso de que el trabajador voluntariamente acceda al mismo, mostrando su contenido [...] Ello resulta claramente de tenor de la norma que prevé la posibilidad de registros incluso sobre la persona y efectos del trabajador, y no solo sobre su taquilla, razón por

⁶ MONTOTOY MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, cit., pág.295.

la que se exige el respeto al máximo de la dignidad e intimidad del trabajador, y como garantía la presencia de un representante de los trabajadores”.

Significa esto que la incidencia de la voluntariedad de la persona trabajadora sí opera en el caso del registro de la taquilla, pero no cuando se realiza sobre la persona y efectos del trabajador, donde sí pueden aparecer como afectadas la dignidad e intimidad del trabajador y a *sensu contrario* la colaboración voluntaria de la persona trabajadora no supondría la exclusión de ninguno de los requisitos que establece el artículo 18 ET.

B) El Momento y el Lugar en que se Realiza el Registro

Otro de los requisitos que exige el artículo 18 ET es que el registro se realice “dentro del centro del trabajo y en horas de trabajo. Ha quedado probado en el presente supuesto el registro se realiza en el centro de trabajo. Más dudoso es que se efectuara durante la jornada de la trabajadora, ya que los hechos probados del presente supuesto acreditaron que el registro se realiza cuando la actora finalizó su jornada laboral y se disponía a abandonar el centro de trabajo.

Ello podría llevar a preguntarnos si incluso en el supuesto de que hubiera estado presente en el registro un representante legal de los trabajadores u otro trabajador de la empresa, la prueba obtenida sería igualmente inválida con el consecuente efecto en la calificación del despido como nulo, si el registro se hubiese producido fuera del horario de trabajo. Siguiendo el argumento utilizado en la sentencia ahora comentada, si la ausencia de uno de los requisitos exigidos por el art. 18 ET para la realización de registros no se cumple, la prueba es inválida, por lo que no cumpliéndose el requisito de que el registro se realice en «horas de trabajo», la prueba obtenida también lo sería.

Como se ha señalado⁷, la jurisprudencia ha prestado poca atención a este extremo, aunque reviste suficiente importancia, debiéndose quizá modificar el art. 18 ET para cambiar la conjunción «y» por la disyuntiva «o» -para permitir la realización de registros aunque los trabajadores hubieran terminado su jornada laboral-, o aclarando que éstos podrán realizarse mientras el trabajador se encuentre en el centro de trabajo aunque ya no esté en horas laborables, ya que en caso contrario ¿Cómo se garantizarían los poderes empresariales de vigilancia y control del art. 20.3 ET? La reflexión se deja en el aire, como se ha puesto de relieve, a la espera de si el legislador, o algún órgano jurisdiccional, acoge la propuesta realizada.

IV. Alcance del requisito de la presencia de un representante de los trabajadores o persona trabajadora de la empresa

Pese a que la Sala se podría haber referido a los tres requisitos que establece el artículo 18 del ET, centra la argumentación del fallo en el requisito de la presencia de un representante de los trabajadores o de una persona trabajadora.

Aunque la redacción del artículo 18 ha sido en algún caso aislado calificada de inconstitucional, puede afirmarse que “un registro efectuado respetando las

⁷ CANO GALÁN, Y.: “Sustracción de productos de la empresa y registro del bolso de la persona trabajadora: los límites impuestos por el artículo 18 ET” en *Diario La Ley* núm.10601, Sección Comentarios de jurisprudencia, 5 de noviembre, 2024, pág. 8.

exigencias del artículo 18 ET es constitucional porque es proporcional, mientras que la ausencia de cumplimiento a tales exigencias podría implicar una violación de derechos fundamentales”⁸.

Ello sentado, la Sentencia que se comenta considera sin dudar que el requisito de la presencia de un representante de los trabajadores o de una persona trabajadora no se relaciona con la intimidad de la persona trabajadora que ha sido objeto del registro. Lo califica, por el contrario, como un requisito «instrumental» que garantiza la objetividad y eficacia de la prueba, con “la importante consecuencia de que su incumplimiento no puede llevar anudada, *per se*, una violación de la misma”⁹. De esa manera garantiza en conjunto la proporcionalidad exigible de la decisión tomada por el empresario, a la que anteriormente se hacía referencia,

Ello no impide reconocer, como hace la Sala, que así calificada, el incumplimiento de esa obligación precipita la ilegalidad de la prueba practicada y, en consecuencia, carece de virtualidad para desplegar efectos probatorios en orden a la calificación del despido como procedente.

Al margen de ello, no hay que olvidar, por otro lado, que queda acreditado por la Sala dado que no había ningún impedimento, que no se hizo por el empresario, esfuerzo alguno para evitar el incumplimiento del requisito del artículo 18. Quiebra así la necesaria proporcionalidad de conjunto que es exigible a la hora de proceder por el empresario sancionando una conducta que podría haber sido calificada como transgresión de la buena fe contractual.

De haberse cumplido con los requisitos de forma y con las garantías de objetividad exigidas por la legislación laboral en la obtención de la prueba (art. 18 del ET), el despido podría haber sido calificado como procedente, ya que quedaría acreditado que el motivo del despido no estaba relacionado con el ejercicio del derecho a los permisos de conciliación. Sin embargo, la ineficacia de la prueba obtenida determinaría que el despido fuese calificado como improcedente. No obstante, lo anterior, al tratarse de una persona trabajadora con reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, por aplicación del artículo 55.5 b) ET el despido es calificado como objetivamente nulo.

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Registros sobre el trabajador, su taquilla y efectos personales”, cit., pág.193.

⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “El registro de los enseres personales sin la audiencia de un tercero describe una prueba ilícita que precipita la improcedencia del despido (STS 5/6/24)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 17 de junio de 2024, <https://ignasibeltran.com/2024/06/17/el-registro-de-los-enseres-personales-sin-la-audiencia-de-un-tercero-describe-una-prueba-ilicita-que-precipita-la-improcedencia-del-despido-sts-5-6-24/>

Poder de dirección, videovigilancia y derecho a la protección de datos

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

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

Hablar del poder de dirección en la relación laboral lleva implícito hablar de D. Alfredo Montoya Melgar, pues nadie como él ha sabido, en palabras de D. Manuel Alonso Olea, abordar sin vacilaciones, una estructura unitaria “para una institución de tan difícil encuadre y configuración jurídica como la del poder de dirección del empresario”¹.

Mediante el ejercicio del poder de dirección, “el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”². El poder de dirección del empresario, “aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible”³.

El poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales). Dentro del poder dirección que el Prof. Montoya Melgar denomina singular se incluyen las órdenes e instrucciones que el empresario o sus delegados imparten a cada trabajador para que de cumplimiento

¹ Prólogo a la obra de MONTTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. XI.

² MONTTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 45ª edición, Madrid, 2024, pág. 402.

³ MONTTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, 2004.

a su contrato. De este modo, el trabajador, como señala el art. 1.1 ET queda integrado en el “ámbito de dirección y organización” del empresario; y, consecuencia de esa integración, debe “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” (art. 5 c) ET).

Como señala el art. 20.1 ET, “El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”. En cumplimiento de esta obligación, el trabajador “debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres” (art. 20.2 ET) y, por su parte, el empresario puede adoptar las medidas de vigilancia y control que estime oportunas “para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales” (art. 20.3 ET). Como afirma el Prof. Montoya, “el poder de dirección se integra no sólo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación, sino que comprende también funciones de control y vigilancia”⁴. Las funciones de control y vigilancia no forman parte del poder disciplinario, sino que se integran dentro del contenido del poder de dirección, pues “el control o vigilancia del trabajo constituye una función absolutamente necesaria para el ejercicio del poder directivo, en cuanto a través de ella el empresario conoce las incidencias del trabajo y la situación de la organización laboral”⁵. Cuestión distinta es que fruto del ejercicio de esas facultades de control el empresario tenga conocimiento de incumplimientos por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, en cuyo caso, podrá imponer las sanciones que considere oportunas.

Esta facultad de control de la actividad laboral por parte del empresario, que puede ejercerse tanto por medios personales como por sistemas mecánicos y tecnológicos⁶, cuenta con una serie de límites; en efecto, debe llevarse a cabo respetando la dignidad y la intimidad del trabajador (arts. 20.3 y 18 ET).

Las medidas de vigilancia y control que puede ejercer el empresario para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones, y que es una consecuencia lógica del ejercicio del poder de dirección por parte del empresario, viene planteando en la práctica muchos problemas desde el punto de vista del derecho a la protección de datos. Aunque tradicionalmente nuestros tribunales han venido enfocando los problemas derivados del control empresarial a través de las nuevas tecnologías como una cuestión que afecta al derecho a la intimidad, hay que tener en cuenta que existe una clara diferencia entre las nuevas tecnologías y los anteriores medios de control.

⁴ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág. 152.

⁵ MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág.153.

⁶ MONTAYA MELGAR, A.: “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, en *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, coordinadores E. Monreal Bringsvaerd, X. Thibault Aranda, A. Jurado Segovia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 191.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD/2018) ha tratado de dar respuesta a algunos de esos problemas, pues la aplicación al ámbito laboral de una normativa que estaba pensada para otras cuestiones ha provocado una situación de gran inseguridad jurídica. En efecto, la LOPD/1999 no contenía ninguna referencia específica al ámbito laboral, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha ido interpretando la normativa en materia de protección de datos tratándola de ajustar a las peculiaridades laborales.

El Título X de la LOPD de 2018 ha recogido un elenco de derechos digitales de los ciudadanos entre los que cobran una gran importancia los relativos al ámbito de la empresa y la relación de trabajo. Dentro del elenco de derechos digitales enumerados en el Título X de la LOPD de 2018, los específicamente laborales son los siguientes: el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90). De estos derechos, sólo respecto de los dos últimos contiene la norma referencias expresas a la protección de datos, pues en los dos primeros se garantizan otros derechos fundamentales, principalmente, la intimidad.

Centrándonos en la videovigilancia, utilizada como medio de control por parte del empresario, hay que tener en cuenta que la imagen de una persona constituye un dato personal y la captación de imágenes con fines de vigilancia y control se encuentra sometida a la LOPD en la medida en que dicha imagen sea objeto de tratamiento.

Los problemas que desde el punto de vista del control empresarial se han planteado en materia de videovigilancia fueron resueltos inicialmente desde la perspectiva únicamente del derecho a la intimidad, pero sin analizar la posible vulneración del derecho a la protección de datos, art. 18.4 CE, quizás porque este derecho se concibió inicialmente como una función de garantía del derecho a la intimidad y no como un derecho fundamental propio. Esto sucedió, por ejemplo, en la conocida STC 98/2000, de 10 de abril, sobre la instalación de micrófonos en determinadas dependencias del Casino de La Toja, en la que el derecho fundamental alegado por el recurrente y, por tanto, el único analizado por el TC, fue el derecho a la intimidad; o en la STC 186/2000, en la que se alega vulneración del art. 18.1 CE por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa.

Sin embargo, poco a poco los problemas que provoca el control empresarial a través de sistemas de videovigilancia han sido abordados por los órganos judiciales y por el Tribunal Constitucional no sólo desde la perspectiva del derecho a la intimidad sino también a la protección de datos.

El art. 89 LOPD/2018 señala que “los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y

con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”.

El precepto admite, por tanto, el control empresarial a través de sistemas de videovigilancia, siempre y cuando el empresario informe de esta medida a sus trabajadores. No basta, en principio, con una información genérica acerca de la existencia de cámaras de videovigilancia, sino que es precisa una información específica sobre la posibilidad de que dichas cámaras sean utilizadas para el control laboral. La información será previa, expresa, clara y concisa.

Ahora bien, el precepto establece una excepción a esta regla general para el supuesto de que las cámaras de videovigilancia hayan captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores. En este caso, se entenderá cumplido el deber de información cuando exista al menos un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión u oposición previstos legalmente.

En efecto, el párrafo segundo del apartado 1 señala que : “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores ... se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”. Por su parte, el art. 22 del mismo texto legal, atinente a los tratamientos con fines de videovigilancia, prevé en su punto 4 que: “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”.

Se trata así de salvar la situación a la que se puede llegar si por falta de una información específica al trabajador sobre la posibilidad de control de su actividad laboral no pudiera utilizarse como medio de prueba válido la grabación en la que el trabajador es captado cometiendo un acto ilícito. De este modo, en el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, en el que una trabajadora es captada por las cámaras de seguridad apropiándose de dinero de la caja, la solución a la que se llega con la normativa actual es la misma a la que llegó el Tribunal Constitucional: basta en este caso con una información general sobre la existencia de cámaras, información que se entiende cumplida cuando existe un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. Parece así existir una clara sintonía entre el art. 89 LOPD/2018 y la STC 39/2016.

El precepto no establece ninguna excepción al deber de información en los supuestos de cámaras ocultas. El art. 89 LOPD/2018 da así respuesta al problema que se plantea *a posteriori*, es decir, cuando el acto ilícito se ha cometido y es captado por

las cámaras de videovigilancia instaladas con una finalidad genérica de seguridad en la empresa, y no para el control específico de los trabajadores. Pero el precepto no da ninguna solución para el supuesto de que el empresario tenga claras sospechas de que se ha cometido una infracción y quiera llevar a cabo un control, que podemos denominar, sorpresivo. Aunque una aplicación literal del precepto pudiera llevarnos a entender que el deber de información debe existir siempre y, por tanto, no cabe la instalación de cámaras ocultas, la doctrina sentada por el TEDH (STEDH de 17 de octubre de 2019 López Ribalda II, que rectificó y corrigió la previa sentencia del TEDH de 9 de enero de 2018, López Ribalda I), que coincide con la que ya venían aplicando nuestros tribunales, debe llevarnos a la conclusión de que cabe la instalación de un sistema de videovigilancia encubierto por parte del empresario, cuando existan sospechas razonables de que se están cometiendo graves irregularidades. Qué se entienda por sospechas razonables o por graves irregularidades es algo que los tribunales irán fijando según las circunstancias de cada caso.

En este sentido, la STS IV de 22 de julio de 2022 (Pleno), rcud. 701/2021, reiterando la doctrina del asunto Barbulescu, examina la compatibilidad de la vigilancia encubierta con el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, alcanzando la conclusión de que “si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria”.

La STS de 14 de enero de 2025, Sentencia 23/2025, rec. 5248/2023. se pronuncia de nuevo sobre los requisitos que han de concurrir para entender cumplido el deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar de trabajo previsto en el art. 89 LOPD/2018. Se trata de determinar la licitud o ilicitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido de una trabajadora que compró varias prendas en la tienda en la que trabajaba, abonándolas mediante tarjeta bancaria y posteriormente, sin retornarlas, reintegró el importe en su tarjeta bancaria. Con el visionado de las cámaras de la caja se corroboró ese proceder. Las cámaras estaban ubicadas en lugar visible, en zona de trabajo -las cajas- y no en zonas de descanso.

El sistema de vigilancia era conocido por los trabajadores y también por sus representantes. En este sentido, hay que recordar lo dispuesto en la STC 119/2022, de 29 de septiembre, en lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral: “el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos

derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo”.

En el supuesto resuelto por la sentencia comentada, las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó constitutivo de un ilícito proceder, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, siendo en consecuencia, afirma el Tribunal Supremo, válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por la trabajadora.

Conviene recordar que junto a la protección de datos de carácter personal, el art. 89 LOPD/2018 protege también la intimidad de los trabajadores en los supuestos de uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. El art. 89.2 señala que “en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”. Se recoge, de este modo, una doctrina constitucional y jurisprudencial clara sobre la vulneración del derecho a la intimidad en estos casos. Como afirmó la STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6, la instalación de medios de vigilancia y control “en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias”.

Por lo que se refiere a los sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, señala el art. 89.3 LOPD/2018 que, “se admitirán únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores”. En estos casos, además del deber de información hay que respetar el principio de proporcionalidad y de intervención mínima. De este modo, el empresario, antes de instalar sistemas de grabación de sonidos, deberá no sólo informar a sus trabajadores, sino valorar si la finalidad que se persigue con esa medida resulta proporcionada a la limitación del derecho a la intimidad de los trabajadores, teniendo en cuenta que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación.

En todo caso, no parece que sea admisible, como regla general, una videovigilancia y grabación de sonidos genérica y permanente con finalidad de control laboral, aunque se haga la oportuna advertencia a los trabajadores. En este sentido, ya señaló la reiterada STC 98/2000 que, “el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente

las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE”.

Por último, hay que tener en cuenta que según señala el art. 89.3 LOPD/2018, “la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del art 22 de esta ley”: los sonidos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones.

Una síntesis sobre el control del trabajador vía TIC en 2025

M.^a ELISA CUADROS GARRIDO

*Profesora permanente laboral
Universidad de Murcia*

I. Alcance

MONTOYA MELGAR estudió profundamente cómo las nuevas tecnologías planteaban tensiones entre el poder de dirección del empresario dentro de su capacidad de control y los derechos fundamentales del trabajador, focalizando en el derecho a la intimidad. Consideraba que para que el empleador pudiera ejercer controles (por ejemplo, del uso del ordenador, del correo electrónico, de Internet) debía existir un marco normativo interno (reglas de uso, políticas de acceso, comunicación fehaciente a los trabajadores) que legitimara esos controles. Este tipo de fiscalizaciones, si no estaban reguladas y comunicadas, podrían vulnerar la buena fe contractual¹. En definitiva, vislumbró lo que una casi década más tarde vendría a decir el art. 87.3² de la LO 3/2018³.

Este breve estudio trata de dar una pincelada al estado de la cuestión en 2025 partiendo de los hitos que supusieron las STEDH Gran Sala 5 de septiembre 2017 *Barbulescu* y de 17 de octubre de 2019 *López Ribalda II*, cuya doctrina sigue vigente.

¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2009.

² “3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.”

³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 06/12/2018.

II. Videovigilancia

Las mayores vueltas de tuerca las ha dado este medio de control, basta aludir a las SSTC 29/2013 de 11 de febrero⁴ y 39/2026, de 3 de marzo⁵. No obstante, lo anterior, en los últimos años la jurisprudencia mantiene en un sentido lineal y consolidado desde la doctrina del TS: SSTS IFEMA 21 julio 2021 y de 25 enero 2022, y la STS 22 de julio 2022 sobre la empleada de hogar⁶ y del TC: STC 112/2022 de 29 septiembre⁷ en el sentido de atenuar el rigor de las exigencias de los derechos protegidos por el art. 18 CE en sus apartados 1 y 4.

La barrera que no se ha traspasado nunca es la marca la STC 98/200, de 10 de abril⁸ que no permite la grabación de la voz con carácter general, por lo que el aviso de uso de cámaras de videovigilancia en el trabajo debe advertir si graba sonido, sino no se permite y depende de las circunstancias del caso⁹.

En esa continuidad merece destacarse la STS 14 enero 2025¹⁰ que, con previo informe favorable del Ministerio Fiscal, ratifica un despido disciplinario basado en prueba obtenida por videovigilancia, aun cuando no se había informado individualmente a la trabajadora. Por tanto, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por *Stradivarius*, se casa y anula la STSJ País Vasco 18 julio 2023. El supuesto que se resuelve es el hurto de una empleada captada mientras procedía a la devolución por tarjeta bancaria de una prenda que había comprado previamente, pero sin retornarla realmente¹¹. Se recoge que la videovigilancia era permanente no oculta, pues *las cámaras de video vigilancia son visibles y los empleados conocen su instalación, habiendo sido informados los representantes de los trabajadores*. Con referencia expresa a la doctrina de la STC 112/2022 de 29 septiembre se considera aplicable el principio de

⁴ STC 29/2013 de 11 de febrero ECLI:ES:TC: 2013:29.

⁵ STC 39/2026, de 3 de marzo Rec. 7222/2013.

⁶ SSTS de 22 de julio de 2022, rec. 701/2021, (ECLI: ES:TS:2022:3160).

⁷ STC 29 septiembre 2022, rec. 7211/2021 (ECLI: ES:TC: 2022:119). El TC si bien considera el deber informativo de la videovigilancia ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema. El TC retuerce la interpretación constitucional, lo que consideramos una serie de suposiciones; afirmando que el fundamento de esta excepción reside en que no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa que pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas por las personas trabajadoras. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier empleado ha de ser consciente de lo mismo.

⁸ STC 98/200, de 10 de abril, rec. 4.015/96.

⁹ STSJ Castilla y León 2 mayo 2024, rec.246/2024 (ECLI: ES: TSJCL:2024:1974).

¹⁰ STS 14 enero 2025 Rec. 5248/2023 (ECLI: ES:TS: 2025:149).

¹¹ Los hechos declarados probados son que una dependienta con antigüedad de 2011 procedió a la compra de varias prendas por un valor de 39,98 euros abonándolas mediante tarjeta bancaria y posteriormente el día siguiente sin retornar dichas prendas a la tienda se reintegró el importe de estas a su tarjeta bancaria. Las cámaras de video vigilancia están visibles y los empleados conocen su instalación. Así como han sido informados los representantes de los trabajadores.

proporcionalidad y superado en los mismos términos que el caso del TC. En la misma línea se pronuncian las STSJ Cataluña 7 mayo 2025¹² y Navarra 15 mayo 2025¹³.

Como análisis crítico, de esta doctrina cabe recordar que el art. 89 de la LOPD requiere específicamente que el empleador proporcione información previa sobre la existencia de un sistema de videovigilancia con fines de control del cumplimiento de las obligaciones laborales. Pero de los relatos fácticos mencionados se infiere que el sistema era conocido por los trabajadores y también por sus representantes. Ese *mero conocimiento* y las previsiones del art 89 LOPD entendemos no son de igual calibre, pues las de la normativa son mayores, y los tribunales vienen interpretando en un sentido laxo el mandato legal.

III. Ordenador

La doctrina judicial está asentada y sigue lo regulado en el art 87 LO 3/2018. Cabe destacar dos ejemplos representativos:

STSJ Andalucía 12 de mayo 2025¹⁴, confirma la sentencia de instancia que declara que se había producido una trasgresión de la buena fe contractual al haber utilizado para fines propios los medios informáticos puestos a su disposición, llevando a cabo una competencia desleal, debido la información dada a los trabajadores sobre el uso de los medios informático y el acceso regular del técnico informático a los dispositivos, Por lo que el hallazgo rutinario de unos archivos conteniendo la actividad desarrollada por la trabajadora a espaldas de la empresa denota que se está ante un uso regular del poder de dirección y excluye cualquier intromisión en la intimidad de la trabajadora.

STSJ País Vasco 22 julio 2025¹⁵, resuelve en sentido igual al anterior, se declara procedente el despido debido a que el recurrente, directo de grupos de agencia de viajes, no tenía expectativa de privacidad sobre su correo electrónico ni sobre su ordenador y llevó a cabo irregularidades en más de una veintena de operaciones.

IV. Redes sociales

Pese al gran éxito de redes como *Instagram* o *TikTok* no cabe desconocer, la servidumbre que comportan, al exigir como condición de acceso a las mismas el deber de facilitar datos personales que pueden revelar información del entorno, la familia, sobre los hábitos, estilos de vida ola salud. Y estos datos, en ocasiones son utilizados por la empresa para proceder a un despido disciplinario. No existe un debate en esta materia pues la cuestión consiste en resolver sobre legalidad sobre la gravedad de la sanción del empresario y no como un conflicto con los derechos fundamentales del

¹² STSJ Valencia 6 mayo 2025, rec. 5729/2024. (ECLI: ES: TSJCV: 2025:791). Se recoge en el HP7": La farmacia dispone desde hace años de cartel amarillo en la entrada advirtiendo de que se trata de una zona videovigilada".

¹³ STSJ Navarra 15 mayo 2025, rec. 72/2025 (ECLI: ES: TSJNA: 2025:316). Se recoge en el HP6" que el personal del centro de trabajo es conocedor de la existencia de cámaras de vigilancia."

¹⁴ STSJ Andalucía 12 de mayo de 2025, rec. 600/2025 (ECLI: ES: TSJAND: 2025:9837).

¹⁵ STSJ País Vasco 22 julio 2025, rec. 1001/2025 (ECLI: ES: TSJPV: 2025:2886).

trabajador. Sirvan de ejemplo las SSTSJ Cataluña 18 de marzo de 2025¹⁶ y Galicia 13 junio 2025¹⁷ que avalan el uso de las imágenes obtenidas en redes sociales públicas de los empleados como prueba válida en el despido disciplinario, ya que razonan, el principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo y su transgresión un despido procedente.

V. GPS

La LO 3/2018, recoge de manera expresa que existe un derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización, en el ámbito laboral en el art. 89 a) exigiendo información expresa y previa, clara e inequívoca, a las personas trabajadoras o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. A sensu contrario, el despido basado en el GPS no vulnera la intimidad del trabajador si conoce su existencia como recoge la STS 15 septiembre 2020¹⁸.

Esta exigencia de cumplimiento es la que comprueban los tribunales, por ello, la STSJ de Cataluña 15 mayo 2025¹⁹ estima el recurso de un trabajador conductor fiscalizado por GPS y lo declara nulo el despido porque la prueba (comisión de infracciones por exceso de velocidad) estaba basada en los datos se obtuvo sin consentimiento del trabajador. Así mismo se condena al abono del daño moral por 7.501 euros En sentido contrario, pero en base al mismo argumento la STSJ Madrid 18 marzo 2025²⁰ declara que el técnico recaudador que es informado de la existencia de GPS en el vehículo y de su uso estricto para fines profesionales es justa causa de despido disciplinario.

Por lo que podemos concluir que el derecho a la protección de los derechos fundamentales del trabajador ante la utilización de GPS en la actual legislación de la LO 3/2018, sin duda, supone una continuidad respecto a la doctrina judicial anterior a dicha normativa y en esa línea se sigue en 2025.

VI. Algoritmos

Muchas empresas usan herramientas digitales (*apps*, distintos algoritmos, IA de productividad) para vigilar constantemente a las personas trabajadoras. Esto puede

¹⁶ SSTSJ Cataluña 18 de marzo de 2025, rec. 6488/2024 (ECLI: ES: TSJCAT: 2025:1308). No es nulo el despido al no haberse vulnerado el derecho a la propia imagen en su versión de difusión y reproducción ni el derecho a la intimidad personal, la obtención de imágenes de un viaje estando de baja en una red social. La trabajadora etiquetada no se opuso frente a la persona que las colgó y una vez que se hacen públicas, se entiende que dio su consentimiento para su exhibición y que puedan ser captadas por terceros de la red social.

¹⁷ STSJ Galicia 13 junio 2025, rec. 969/2025 (ECLI:ES:TSJGAL:2025:4639) La recurrente realizó una publicación en redes sociales sobre la comida en centros educativos con referencia al centro donde trabaja y que adolece de cierta indeterminación en cuanto a los hechos en ella contenidos, al no constar hecho alguno en relación con el centro demandado, por lo que no ha de ser objeto de valoración, pero los restantes hechos que en los mismos se detallan, si concretan de forma clara los hechos en los que se funda la decisión extintiva.

¹⁸ STS 15 septiembre 2020, rec. 528/2018 (ECLI: ES:TS: 2020:3017).

¹⁹ STSJ de Cataluña 15 mayo 2025, rec. 7177/2024 (ECLI:ES:TSJCAT: 2025:2654).

²⁰ STSJ Madrid 18 marzo 2025, rec. 61/2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:4059).

suponer intromisión ilegítima en la vida privada, por supervisión desproporcionada y falta de información previa al trabajador.

Los riesgos para los derechos de las personas trabajadoras, para su libertad de elección, ante las posibilidades de discriminación y exclusión de los algoritmos, o ante las consecuencias de sus predicciones erróneas o inexactas, se tratan de regular en el Reglamento General sobre Protección de Datos (RGPD)²¹ a través de la específica previsión de la elaboración de perfiles y el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en tratamiento automatizados en su artículo 22²². Por su parte, el Reglamento de Inteligencia Artificial²³, establece una clasificación basada en el riesgo de los sistemas de Inteligencia Artificial, con cuatro niveles: riesgo inaceptable (prohibición), alto riesgo: (sujetos a estrictas obligaciones), riesgo limitado (obligaciones principalmente de transparencia). y riesgo mínimo: (no tienen obligaciones específicas).

Por último, el art. 64. 4 d) ET reconoce a la representación legal de los trabajadores el derecho a ser informada por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afecten a la toma de decisiones que pueden incidir en condiciones de trabajo, mantenimiento del empleo o elaboración de perfiles de los trabajadores.

En el contexto mencionado, la SAN 4 julio 2025²⁴ se pronunció sobre la obligación de las empresas de informar a los delegados sindicales acerca del uso de algoritmos que inciden en las condiciones laborales. El caso involucraba a una empresa de *contact center* que utilizaba una herramienta algorítmica para asignar los días de descanso del personal, basándose en cálculos automáticos según la previsión de carga

²¹ 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/CE (Reglamento general de protección de datos, DOUE 4 mayo 2016).

²² “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles 1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. 3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. 4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

²³ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)

²⁴ SAN 4 julio 2025, rec. 182/2025 (ECLI: ES:AN: 2025:2867).

de trabajo. Aunque la empleadora sostenía que no empleaba algoritmos que afectaran directamente las condiciones laborales, la prueba practicada demostró lo contrario. Por lo que se procede a la condena a la demandada a abonar al sindicato CGT la cantidad de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por la vulneración de la libertad sindical, así como se condenó a informar de manera inmediata, de forma clara y accesible a los delegados/as de las secciones sindicales de CGT de sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla.

Cabe cerrar este subapartado, afirmando con carácter general que los algoritmos utilizados por empresas para tomar decisiones sobre trabajadores pueden afectar a los derechos fundamentales cuando se usen sin transparencia o supervisión humana.

VII. Reflexiones

En 2025 la doctrina judicial que recogió la LO 3/2018 está muy interiorizada en nuestros tribunales y consolidada manteniendo una trayectoria sin vaivenes.

Respecto a los algoritmos, los casos son incipientes. Pero como estas nuevas herramientas digitales están *in crescendo* en el seno de la empresa para la fiscalización de la persona trabajadora, cabe pronosticar conflictividad judicial en años venideros. Los resultados de las sentencias puede que sean favorables para los empleados por ser los datos con lo que trabaja la empresa de riesgo inaceptable en su caso, de alto riesgo o riesgo limitado que no observe las obligaciones de transparencia. En definitiva, por la vulneración de la buena fe contractual de la que nos hablaba MONTROYA MELGAR.



7

INSTRUMENTOS, DATOS Y REDES SOCIALES

Aportación a la relación laboral de datos personales vinculados a la conectividad: límites

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

<https://orcid.org/0000-0002-2910-2153>

I. Introducción

Existe consenso en que el poder de dirección empresarial se ciñe a la ejecución de la relación laboral. En la medida en que su reconocimiento es instrumental a ella, su ejercicio únicamente es admisible, como regla general, en los límites de tiempo y lugar que tradicionalmente han determinado el desarrollo del contrato de trabajo. Llevarlo más allá de ellos, como ya señalara el maestro Alfredo Montoya en su capital trabajo sobre *El poder de dirección* (1965, pp. 192 y 193), abre un problema de “superlativa delicadeza, en cuanto que se encuentra en juego la íntegra libertad personal del trabajador”. Por ello, su “solución más adecuada, como más respetuosa de la dignidad de la persona humana, y al mismo tiempo, la más generalizada, es la de reducir el alcance del poder de dirección al aspecto laboral de la conducta del trabajador”.

La idea contaba entonces con un específico fundamento positivo (cfr. art. 81.III LCT-1931, cuya literalidad pasó luego al art. 69.II LCT-1944), si bien su desaparición a partir de la reforma de 1994 (eliminación de la DF 4ª ET-1980 por la disp. derogatoria Ley 11/1994) no ha impedido que se haya seguido afirmando, con base tanto en la reconstrucción del poder de dirección en el Estatuto de los Trabajadores como en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. En el primer sentido, el propio Montoya argumentó las referencias al “trabajo” y el ejercicio “regular” que delimitan el poder directivo en el art. 20 (sub art. 20 ET en los *Comentarios a las Leyes laborales*, tomo V, EDESA, 1985, pp. 134 ss. y núm. 100 REDT[2000], pp. 585 y 586). En cuanto al segundo, se ha referido, en su trabajo sobre “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario” (2005, p. 153), a la condición de los derechos fundamentales

de los trabajadores como “límites sociales” de la facultad de dirección. Por cualquiera de ambas vías no es difícil alcanzar la conclusión, parafraseando el citado art. 81.III LCT-1931, de que “la conducta del trabajador fuera del trabajo” es completamente libre, con las raras excepciones en que lo que pase más allá de sus límites ello pueda “afectar a este”.

Por supuesto, el explícito reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (arts. 20 bis ET y, sobre todo, 88 LO 3/2018) implica una actualización de esta reconstrucción, que va más allá del planteamiento tradicional. No se trata ya solo, como postulaba la vieja LCT, de que las advertencias empresariales “acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad”. Persiguiendo “garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” (art. 88.1 LO 3/2018), el reconocimiento de este derecho implica que este tipo de “advertencias” ni siquiera deben existir: con los matices que el propio precepto permite introducir atendiendo “a la naturaleza y objeto de la relación laboral”, el nuevo derecho pretende impedir, en pocas palabras, que la empresa pueda aprovechar las posibilidades derivadas de la creciente conectividad para interferir en la vida privada de los trabajadores.

En este contexto más amplio, pasa a primer plano la cuestión del control de los datos clave para la conectividad, el número de teléfono, fundamentalmente el móvil, el correo electrónico o los perfiles privados de redes que incluyen herramientas de comunicación. A través de ellos, las personas estamos permanente conectados con el resto del mundo y, por tanto, pueden ser utilizados por la empresa para inmiscuirse más allá del lugar y tiempo de trabajo. No es de extrañar, en este sentido, que, en los últimos tiempos, se haya planteado ante los Tribunales con cierta frecuencia si el empresario puede o no imponer la aportación de estos datos a quienes trabajan para él; y, en su caso, en qué condiciones.

La cuestión se ha suscitado desde la perspectiva de la protección de datos personales. Los amplísimos conceptos vigentes de “datos personales” y de su “tratamiento” permiten llegar fácilmente a la conclusión de que la información que nos ocupa queda incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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 (RGPD). El domicilio, teléfono, fijo o móvil, o dirección electrónica particular son, sin duda, “datos personales”, pues estos incluyen “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, siendo “persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (art. 4.1] RGPD). Por lo que se refiere al tratamiento de estos datos aparece ante “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no”, lo que incluye, entre otras muchas actuaciones, su “recogida” y “registro” así como su posterior “utilización” (art. 4.2]

RGPD). De este modo, la empresa que aspira a recoger información de contacto para poder comunicarse con quienes trabajan para ella, protagoniza un “tratamiento” y se convierte en “responsable del tratamiento” (art. 4.7] RGPD) y, por tanto, en sujeto de las obligaciones establecidas en el Reglamento.

No es necesario un gran esfuerzo argumental para alcanzar esta conclusión. Las diferentes sentencias que se han ocupado de la cuestión a la que se refiere esta breve aportación la han sostenido sin fisura. Una de las más recientes, la STS 255/2025, 27 marzo, ha señalado en este sentido que “el número de teléfono (móvil o fijo) o la dirección de correo electrónico, como ocurre con la dirección del domicilio, cuando corresponde a una persona física identificada o identificable, constituye un dato personal. Así resulta de la definición de dato personal contenida en el punto 1 del artículo 4 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 (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD). Por tanto, cualquier operación realizada con esos datos personales, desde la recogida hasta su destrucción, pasando por su conservación, consulta o utilización, constituye un tratamiento en el sentido del punto 2 del mismo artículo 4 RGPD”.

Por supuesto, ello condiciona las posibilidades empresariales de recabar estos datos del personal y para su posterior utilización. De hecho, la jurisprudencia de la última década viene discutiendo la legitimidad, a la vista de las reglas de los arts. 5 ss. RGPD, de la recopilación y uso de estos datos por las empresas. Uno de los “principios relativos al tratamiento” es, según el art. 5.1.a) RGPD, el de “limitación de la finalidad”, que implica que los datos personales han de ser “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos”, y no pueden ser “tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”. El posterior art. 6.1 establece las condiciones dentro de las que cabe considerar que un tratamiento es lícito. Se trata en definitiva de saber si el supuesto que nos ocupa puede ser reconducido a alguno de los títulos que lo legitiman conforme al precepto.

II. La evolución de la jurisprudencia

Varios de los supuestos resueltos afrontan la cuestión desde la perspectiva del consentimiento. Se trata de valorar cláusulas contractuales incluidas en el contrato de trabajo o en pactos específicos, en cuya virtud el trabajador se obliga a suministrar estos datos a la empresa. Con ello, se busca legitimar su tratamiento con base en el consentimiento (art. 6.1.a] RGPD). Sin embargo, buscar el fundamento de la exigencia de los datos particulares de contacto en el consentimiento del trabajador resulta problemático. El art. 7 RGPD, al regular las “condiciones del consentimiento” como título que legitima el tratamiento, impone que, “al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”. De este modo, el consentimiento dado en el marco de un contrato de trabajo ha de ser tratado con desconfianza como se advierte desde los primeros pronunciamientos que se han ocupado de la cuestión.

Es el caso de la STS 21 septiembre 2015 (rec. 259/2014), dictada cuando las cautelas del Reglamento aún no estaban en vigor. Se trataba de “determinar la validez de una cláusula/tipo que la empresa demandada... incluye en los contratos de trabajo... (en cuya virtud) las «partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico ... según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto»”. La sentencia entendió que era contraria a derecho puesto que no es admisible “en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales..., siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”. En consecuencia, en “ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento”, hay que considerar “que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo”.

Se hace, en definitiva, preciso justificar la exigencia de este tipo de datos sobre la base de la necesidad, que podría relacionarse, tanto las exigencias de la ejecución del contrato (art. 6.1.b] RGPD) o como las derivadas del cumplimiento por parte de la empresa de alguna obligación legal (art. 6.1.c] RGPD). El debate judicial se ha focalizado en el primer aspecto, seguramente sobre la base de que no existe ninguna obligación legal de la que se desprenda la necesidad de que la empresa recabe datos de contacto (Guía *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021, pp. 15 y 16). De hecho, entre los datos que la Agencia Española de Protección de Datos asocia al cumplimiento de las normas de Seguridad Social no se incluye este tipo de información, aunque, como mínimo el domicilio personal sí que resulta obligatorio para atenderlas (cfr. arts. 21.3 y 30.2.a] Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por RD 84/1996).

De este modo, el único título que puede justificar la recopilación y utilización de los datos que nos ocupan sería la ejecución del contrato de trabajo. En este terreno, se ha asistido a una clara evolución en la jurisprudencia. El punto de partida, representado por la citada STS 21 septiembre 2015 (rec. 259/2014), ha sido muy restrictivo, sobre la base de un argumento que, a mi entender, es excesivamente simplista. La sentencia, una vez descartado el fundamento de la voluntariedad, analiza si el tratamiento de los datos de contacto en cuestión, teléfono móvil y correo electrónico, son necesarios -adjetivo usado tanto por el entonces vigente art. 6.2 LO 15/1999 como por el actual art. 6.1.b] RGPD- para la ejecución del contrato; y concluye que no puesto que “la cualidad de «necesario» se predica -conforme al DRAE- de aquello que «es menester indispensablemente, o hace falta para un fin», el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse -lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes- sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general (del requisito del consentimiento)”. Esta doctrina, por otro lado, parece presupuesta por otras dos sentencias posteriores,

163/2021, 8 febrero, y 1304/2024, 27 noviembre. Aunque en los respectivos supuestos las cuestiones planteadas eran más amplias -puesto que implicaban también, en la primera, la aportación del propio *smarthpone* con su conexión a internet y, en la segunda, la utilización del correo particular como herramienta normal del trabajo-, en ambas se parte de la ilegitimidad de recabar los datos personales de contacto. La segunda, por ejemplo, confirma la sentencia de instancia en la que se había declarado ilegal “la práctica empresarial de incluir en los contratos de teletrabajo una cláusula en la que se imponía a los trabajadores que pusieran a disposición de la empresa su correo electrónico particular”.

La conclusión que se desprende de lo anterior es la de que no cabe solicitar los datos de contacto personal ni, en concreto, teléfono móvil y correo electrónico particular porque en el pasado no ha sido preciso utilizarlos para la ejecución del contrato laboral. Se trata de un argumento excesivamente simplista, como hemos visto en la más reciente evolución jurisprudencial. Dos sentencias de 2025 permiten alcanzar la conclusión de que, al menos en ciertos supuestos, la ejecución del contrato es título suficiente para recabar datos personales de contacto, con independencia del consentimiento de la persona interesada.

La primera es la STS 255/2025, 27 marzo, en la que se discute sobre la posibilidad de establecer en el convenio colectivo que, en la contratación fija-discontinua, los llamamientos sean notificados “a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma”. Para dar respuesta a la cuestión, el pronunciamiento remarca los aspectos diferenciales con los precedentes. Esto es fácil hacerlo en relación con la STS 163/2021, 8 febrero, pues en el caso que esta resolvió, aparte el tratamiento de un dato de contacto, el número particular, se requería además la aportación de elementos materiales, el móvil con conexión a internet. Pero no lo es tanto en relación con la de 21 septiembre 2015 (rec. 259/2014). Para hacerlo, hay que reinterpretarla. Para ello se afirma que se excluyó la legitimidad del tratamiento por considerar “que en aquel supuesto no eran datos necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, ni imprescindibles a tal efecto, puesto que la relación laboral en aquel caso se dijo que podía desenvolverse y de hecho lo había venido haciendo hasta fechas recientes sin tales instrumentos”. De esta manera, puede afirmar que es necesario “un análisis casuístico” en relación con la posible concurrencia de base suficiente para el tratamiento conforme al art. 6.1.b) RGPD y, en atención a ello, alcanzar la conclusión de que en “el supuesto de los llamamientos de trabajadores fijos discontinuos consideramos ... no existe una desproporción en la exigencia de un medio de comunicación electrónico para recibir los mismos, puesto que la comunicación en el domicilio físico de la persona trabajadora convertiría el sistema de llamamientos en lento e inseguro, inapropiado para esta finalidad”.

La inmediata STS 267/2025, 2 abril, abunda en esta línea menos restrictiva. Se ocupa de una cláusula tipo que se incluía en los acuerdos vinculados a la prestación de trabajo a distancia que obligaba al trabajador a comunicar número de teléfono y dirección de correo particulares para poder comunicar con él en caso de urgencia. El pronunciamiento, aunque parte de las “prevenciones frente a la realidad de un

consentimiento libremente prestado en una relación contractual con claro desequilibrio entre las partes” en la línea de la sentencia de 2015, da cuenta también “de la enorme velocidad de los cambios en los modernos medios de comunicación que pasan a utilizarse de forma absolutamente generalizada”. Sobre la base de esta normalización del uso de estos datos personales, el art. 6.1.b) RGPD pasa a ser considerado título bastante para justificar el tratamiento de este tipo de datos, al menos en los casos en los que razonablemente pueda valorarse la necesidad de su aportación para garantizar el desarrollo del contrato. En este contexto, se excluye la declaración de nulidad de “la cláusula 3.4 del contrato tipo de trabajo a distancia (que) ciñe la facilitación a la empresa por parte del trabajador de su correo electrónico y número de teléfono personal a la necesidad («si fuera necesario») empresarial de contactar con él, «por urgencias del servicio»”.

III. Reflexión final

Como conclusión, diría que las sentencias de 2025 implican la normalización de la posibilidad de recabar por la empresa los datos que posibiliten un inmediato contacto con su personal. Diría que, a pesar de las reticencias inicialmente expresadas por el TS, el signo de los tiempos impone aceptarlo. Es verdad que los dos pronunciamientos que dan pie a esta conclusión parecen constreñir la admisión de la justificación con base en el art. 6.1.b) RGPD a determinadas modalidades contractuales de presencialidad limitada, bien en el espacio -teletrabajo- bien en el tiempo -contrato fijo-discontinuo-, en la necesidad de un inmediato contacto entre ambas partes del contrato resulta particularmente evidente. Pero no es menos cierto que incluso en los contratos ordinarios pueden aparecer exigencias de este tipo, vinculadas a exigencias organizativas normales -por ejemplo, en las situaciones de localización- o extraordinarias. Existe, por ejemplo, un nutrido grupo de pronunciamientos de TSJ Asturias en relación con el uso de una aplicación de mensajería para notificar la designación de servicios mínimos (cfr., entre otras, sentencias 636/2022, 22 marzo, y 666/2022, 685/2022, 697/2022 y 700/2022, 29 marzo).

Diría que la cuestión no es tanto la de admitir el tratamiento cuanto la de delimitar los límites de la utilización empresarial de los datos tratados. Los “principios relativos al tratamiento” incluyen el fundamental de la “minimización de datos” (art. 5.1.b) RGPD) que impone que el tratamiento se ciña a los datos que sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”. No basta, en definitiva, detectar un fin legítimo, sino que se establece además un vínculo riguroso entre aquél y los datos que se pretenden recopilar y utilizar. Sobre la base de este principio, la necesidad para la ejecución a la que alude el art. 6.1.b) RGPD no puede justificar que la empresa exceda ciertos límites. En este terreno, creo que hay dos aspectos a considerar. Por una parte, el título que habilita el tratamiento lo limita a las relaciones entre las partes del contrato. En consecuencia, no es posible aceptar que estos datos puedan traspasar sus fronteras. Ello implica que no pueden ser objeto de cesión a terceros, ni siquiera con base la presunción del interés legítimo de la empresa que contiene el art. 19.1 LO 3/2018, en relación con el art. 6.1.f) RGPD. Parece razonable entender que la cesión de los datos de contacto a terceros que posibilita el precepto se refiere únicamente a los de carácter profesional (cfr. STS 21 septiembre 2015, rec. 259/2014; en esta misma línea, STSJ Galicia 1158/2024, 4 marzo, aunque

argumentando con base en el derecho a la desconexión). Y seguramente ello vale también para las organizaciones representativas del personal, de carácter unitario o sindical. Téngase en cuenta al respecto la regulación de la copia básica que elimina los datos de contacto, en concreto, el domicilio de aquella (art. 8.4 ET).

Por otra, no parece que puedan ser utilizados para una gestión más confortable para la empresa del contrato de trabajo. Seguramente, esta es la idea que está detrás de las consideraciones que la STS 267/2025, 2 abril, hace respecto a lo “deseable” que sería “una mayor concreción y especificación de esas necesidad y urgencia” a las que aludía la cláusula cuestionada para justificar el tratamiento de datos. Comoquiera que son concebibles muchas situaciones y no siempre será claro el límite entre necesidad y comodidad, cabe pensar que el tema no está cerrado y que se darán nuevos conflictos. Hay que esperar que, poco a poco, tengamos claro a qué atenernos.

Vídeos de *TikTok* y poder disciplinario empresarial: los límites a la libertad de expresión y a la privacidad del trabajador

ALEJANDRO MUROS POLO

*Profesor Ayudante Doctor en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria
Universidad de Granada*

I. Introducción: derechos en conflicto por el uso de redes sociales en el contexto laboral

En los tiempos actuales la utilización de redes sociales, especialmente por las personas más jóvenes y la generación *millennial*, abarca y se expande por todas las facetas de nuestra vida. Y, como no podía ser de otro modo, su uso también confluye con la relación laboral, ya sea por el manejo de las redes sociales en horario de trabajo o bien fuera de este pero con una incidencia relevante en el desempeño de las obligaciones laborales.

En este panorama, el empleo de redes sociales fuera y dentro del trabajo, como manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución Española, puede verse limitado si se producen injerencias o fricciones con otros derechos o bienes susceptibles de protección constitucional.

La libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE, aunque no legitima limitaciones injustificadas en el ejercicio de los derechos fundamentales por el mero hecho de existir una subordinación laboral, sí que permite que el contrato de trabajo module la libertad de expresión de la persona trabajadora si la modulación es la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, al igual que si es proporcional y adecuada a la consecución de tal fin¹.

¹ SSTC 170/2013, de 7 de octubre y 146/2019, de 25 de noviembre.

Como ha determinado el Tribunal Constitucional la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, pese a que la misma sea “desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”². Pero lo que no incluye, en cambio, son expresiones “ultrajantes u ofensivas”, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, dado que la libertad de expresión no comprende el “derecho al insulto”³.

La libertad de expresión ejercida en redes sociales, ya sea mediante la publicación de mensajes, imágenes o vídeos que tengan relación directa o indirecta con la empresa, deben de valorarse en el plano de la “modulación laboral” de los derechos fundamentales inespecíficos, defendida por el Tribunal Constitucional⁴. En este sentido, se sitúa en contra de la libertad de empresa difundir publicaciones por redes sociales que afecten a la buena fe contractual y al deber de lealtad recíproco que debe de presidir la relación laboral, al igual que tampoco puede utilizarse dicho derecho fundamental para vulnerar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que posee la empresa (art. 20.4 CE)⁵. Ahora bien, debe de producirse una ponderación adecuada y proporcional entre los derechos fundamentales de la persona trabajadora y los intereses legítimos empresariales, debiendo de primar los primeros, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, por lo que la modulación de los derechos solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado funcionamiento de la actividad productiva, valorando el contexto y sin que se exija un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo al trabajador⁶.

En el polo opuesto, de lo que no puede valerse la empresa es del acceso a publicaciones en redes sociales, con mecanismos más o menos torticeros, para invadir el derecho a la privacidad de la persona trabajadora (art. 18 CE) y así justificar, en algunos supuestos, despidos disciplinarios por motivos discriminatorios, ya sea por

² SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 23/2010, de 27 de abril, FJ 3; 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3.

³ Por todas, SSTC 203/2015, de 5 de octubre, FJ 6; 181/2016, de 19 de junio, FJ 5, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3 a).

⁴ Véase el exhaustivo estudio específico en MONEREO PÉREZ, J.L.; VILA TIerno, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020.

⁵ El debate en torno al derecho al honor de las personas jurídicas se zanjó con la STC 139/1995, de 26 de septiembre, que extendió tal protección con base en la aplicación del art. 18.1 CE y de la LO 1/1982 a las personas jurídicas. GARCÍA SILVA, M.: “La protección del derecho al honor de las personas jurídicas en redes sociales. La vía civil y la responsabilidad de las plataformas digitales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 8, 2022, *passim*.

⁶ STC 151/2004, de 20 septiembre.

razón de orientación sexual⁷ o por razón de ideología⁸ o libertad religiosa⁹. El principio de no discriminación y, por supuesto, el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE, ejercido en redes sociales y en cuestiones ajenas a la relación laboral, debe de quedar salvaguardado frente a cualquier injerencia empresarial, por mucho que algunos tribunales en determinados supuestos hayan avalado el despido ante daños causados por campañas virales en contra de las publicaciones de la persona trabajadora en su cuenta particular¹⁰.

Dicho lo anterior, habida cuenta de la complejidad del tema y de la reducida extensión del presente escrito, a lo largo de las siguientes páginas nos centraremos en abordar el estudio desde la perspectiva de la incidencia que puede tener la grabación y subida de vídeos vinculados directa o indirectamente con la relación laboral a redes sociales como *TikTok* o *Instagram*. Con ello no solo se conseguirá cumplir con las reglas de espacio, sino que, aún más importante, se dará cuenta de la acogida que está teniendo un tema plenamente actual en la doctrina judicial existente hasta el momento, que es buena muestra la controvertida y compleja confluencia de derechos e intereses que se produce en estos supuestos.

II. Los tribunales ante los despidos disciplinarios por la subida de vídeos a redes sociales

1. Sentencia del TSJ de Asturias (Social) de 18 de octubre de 2022, rec. 1821/2022

En el presente asunto se discute el despido disciplinario de un trabajador de un supermercado que, desempeñando sus funciones en la sección de carnicería, graba un vídeo de *TikTok* donde, ataviado con el polo verde de la empresa, espera a los clientes que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda, para referirse a ellos como “hijos de puta”, en un estribillo que se reitera en distintas ocasiones, aludiendo a las palabras de un *streamer*, que tiene vídeos del mismo estilo. En virtud de esta infracción muy grave, la empresa despide al trabajador con base en el art. 54 ET y en el convenio colectivo aplicable por transgresión de la buena fe contractual, por fraude, deslealtad

⁷ Véase la STEDH de 7 de mayo de 2024, A.K. c. Rusia, donde se declara contrario al derecho a la vida privada y al principio de igualdad el despido de una profesora por las fotos privadas tomadas de su perfil de redes sociales expresivas de su orientación sexual homosexual. Un análisis más detallado en MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: “Derecho a la vida privada dentro y fuera de las redes sociales, protección de la «moral» y despido discriminatorio por razón de orientación sexual. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2024, A.K. c. Rusia”, *La Ley Unión Europea*, N.º 127, 2024, pp. 1-29.

⁸ LÓPEZ BEDMAR, R.J.: “Nulidad de un despido disciplinario ante la vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica -Comentario a la STC de 3 de julio de 2023-”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N.º 10, 2024, pp. 231-245.

⁹ En el extremo contrario existe la posibilidad de despedir a un trabajador de una diócesis por publicaciones en Facebook en contra de la Iglesia y de algunas personas trabajadoras, habida cuenta de las circunstancias particulares del trabajo en un entorno religioso (STSJ de Galicia 7412/2014, con número de rec. 2941/2014). Sentencia obtenida de ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Libertad de expresión vs. redes sociales: la actividad en redes de la persona trabajadora como causa de despido disciplinario en la doctrina judicial”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N.º 15, 2025, pp. 159-185.

¹⁰ Para consultar los distintos casos y sus especialidades, véase LÓPEZ BALAGUER, M.: “Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?”, *Temas Laborales*, N.º 146, 2019, pp. 95-120.

o abuso de confianza, así como por malos tratos de palabra y obra, falta de respeto y desconsideración hacia los clientes, lo cual repercute negativamente en la imagen de la empresa.

El trabajador afectado decide demandar a la empresa por despido nulo por vulneración de derechos fundamentales y en la sentencia del Juzgado de lo social se le da la razón, reconociéndose, además de la readmisión y los salarios dejados de percibir, una indemnización por daños morales. En contra, la empresa interpone recurso de suplicación, donde se solicita que se desestime la demanda y se declare la procedencia del despido por los motivos aducidos.

El TSJ asturiano para responder a la cuestión conflictiva acude a diversa jurisprudencia constitucional¹¹ y del Tribunal Supremo¹², donde se aborda la delimitación de la libertad de expresión en el ámbito del contrato de trabajo. En este sentido, la Sala, a raíz de los hechos constatados y de la jurisprudencia comentada, rechaza la tesis de la sentencia de instancia. Para ello, el Tribunal encuadra los hechos en el ámbito de la libertad de expresión, pero dentro de la relación laboral con base en los siguientes argumentos: el trabajador despedido viste en el vídeo un polo que es el distintivo de la empresa; actúa como cliente y como trabajador y, por último, escenifica la espera como trabajador a los clientes que llegan a primera hora de la mañana al supermercado, a los que se refiere en distintas ocasiones como “hijos de puta”.

Para el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el vídeo colgado en *Tiktok* no expresa una crítica ni una opinión, sino tan solo “un insulto reiterado del demandante a los clientes de la empresa para la que presta servicios, y a los que deja singularizados”, pues se refiere a aquellos que llegan a la inmediata hora de apertura de la tienda. Es más, que el trabajador afectado parafrasee las expresiones de un *streamer* para descalificar a determinados clientes, que por los datos pueden ser individualizados y se pueden sentir aludidos, “en nada mitiga lo sancionable de un comportamiento que resulta ilegítimo en la medida en que rebasa los límites del derecho a la libertad de expresión”. En este supuesto, la Sala no aprecia que se trate de opiniones o críticas, ya que la actitud del trabajador tan solo recae en el insulto, sin que concurra circunstancia alguna, más allá de la voluntad de descalificar, que permita matizar las palabras insultantes, como por ejemplo cuando el Tribunal Supremo ha analizado en el contexto de una disputa o controversia el exabrupto realizado.

Con base en todo lo anterior, el TSJ determina la procedencia del despido disciplinario, habida cuenta de la existencia de un incumplimiento grave y culpable, como es la falta de respeto y consideración hacia los clientes, que asimismo se encuentra tipificado como una infracción muy grave en el convenio colectivo de aplicación. Para el Tribunal “la respuesta de la empresa resulta proporcionada, pues el trabajador atentó contra el honor de los clientes que deciden acudir al establecimiento tan pronto abre al público, al tiempo que comprometió la imagen de la empresa ante el público en general y ante los aludidos en particular, con la consiguiente repercusión que ello tiene en la propia actividad empresarial de venta al por menor de alimentos y otros productos”.

¹¹ SSTC 146/19 de 25 de noviembre y 151/2004 de 20 de septiembre.

¹² SSTS 1058/2016 de 15 de diciembre, rec. 27/2015 y 172/2017 de 28 de febrero, rec. 103/2016.

2. Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha (Social) de 17 de octubre de 2023, rec. 585/2023

Esta sentencia aborda un recurso de suplicación presentado por el trabajador afectado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara, que declaró la procedencia de su despido disciplinario. El caso se centra significativamente en el uso de la red social *TikTok* por parte del trabajador.

Según los hechos probados, el actor y recurrente, quien trabajaba como conductor mecánico para la empleadora desde marzo de 2019, publicó múltiples vídeos en la citada red social. Algunos vídeos fueron tomados mientras el camión estaba estacionado. Sin embargo, lo más relevante para el despido fue que, en numerosas fechas entre septiembre y diciembre de 2021, el actor publicó vídeos en *TikTok* tomados desde el interior del camión de la empresa mientras este se encontraba circulando. Con vista en lo anterior, la empresa despidió disciplinariamente al trabajador el 12 de enero de 2022 tras la realización de un expediente contradictorio, imputándole estos hechos como una transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) E.T. y II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera).

El trabajador afectado alegó que el despido era una reacción a un mensaje de *WhatsApp* enviado el 21 de diciembre de 2021 al responsable de la empresa, en el que se informaba de su fecha de incorporación al trabajo tras un proceso de baja por incapacidad temporal y tras disfrutar de las vacaciones pendientes, a lo que se añadía una advertencia: “una vez vuelva de dichas vacaciones, prestaré mis servicios de 8 hora días, 40 semanales, tal y como pone en el contrato que la empresa se leyó al dedillo”. Además, el actor argumentó que los hechos imputados habían sido tolerados por el empresario, ya que el trabajador había subido vídeos similares con anterioridad a *TikTok*.

La Sala de lo Social rechazó la revisión de los hechos probados propuesta por el recurrente y, en su fundamentación jurídica, el Tribunal se centra en examinar si ha habido o no vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su versión de la garantía de indemnidad. Tras repasar la jurisprudencia constitucional existente en la materia¹³, si bien determina que existen indicios de vulneración ya que el despido se produjo al poco tiempo de una reclamación interna relacionada con el tiempo de trabajo, el Tribunal acaba por reconocer la procedencia del despido disciplinario a la luz de la gravedad de la conducta del trabajador. Consideró que el hecho de subir vídeos a *TikTok* mientras conducía el camión de la empresa suponía una conducta negligente que podía causar perjuicios a la empresa. La Sala coincidió con el juzgado de instancia en que estas grabaciones carecían de sentido o utilidad, y que su realización necesariamente desviaba la atención del conductor, lo cual es crítico para la seguridad vial, los demás usuarios de la carretera y la propia vida del conductor. Por todo ello, la Sala concluyó que el despido fue procedente, al haberse acreditado una transgresión grave y culpable de la buena fe contractual y sin que haya quedado probado que se trataba de una actuación tolerada por el empresario.

¹³ Entre otras, SSTC 55/2004 de 19 de abril; 326/2005 de 12 de diciembre y 183/2015 de 10 de septiembre.

3. Sentencia del TSJ de Castilla y León en Valladolid (Social) de 25 de julio de 2024, rec. 960/2024

En este pronunciamiento se analiza el despido disciplinario de una trabajadora de un asadero de pollos que, especialmente por el uso de *TikTok*, fue despedida de forma disciplinaria. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente y, ante el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, la Sala del TSJ castellanoleonés confirmó la decisión del juzgado de lo Social.

En este caso, la trabajadora fue despedida con base en los siguientes motivos: por faltas de asistencia reiteradas e injustificadas; por utilización de su móvil durante la jornada laboral para fines particulares, así como para la grabación de vídeos cantando, etc., que posteriormente publicaba en redes sociales, concretamente *TikTok*, donde se podía reconocer el centro de trabajo con su nombre comercial, lo que, a juicio de la empresa, suponía un grave perjuicio para el prestigio del negocio; por una actitud desconsiderada con clientes y compañeros; y, por último, por maltrato o uso inadecuado de utensilios y productos del negocio.

El Tribunal Superior de Justicia, tras rechazar las revisiones fácticas solicitadas por el recurrente, siguiendo la tesis de instancia, argumenta que ninguno de los hechos imputados a la persona despedida se había acreditado debidamente. La Sala coincide en que el empresario no ha desplegado prueba alguna tendente a acreditar la falta de consideración y respeto con clientes y compañeros, los daños a utensilios o la realidad de las faltas de asistencia, pues se aportó un registro horario “a todas luces alterado”.

Respecto a los vídeos de *TikTok*, se aportan una serie de pantallazos de los vídeos, de los cuales no puede concluirse que los vídeos se realizaran en horario de trabajo. Además, se utilizan una serie de filtros que alteran la imagen y no permiten su adecuada identificación, al igual que del contenido de los vídeos no puede concluirse que implique un grave perjuicio para la imagen del negocio, el cual ni siquiera es reconocible en los videos para quien no forma parte de este.

Por todo ello, dado que corresponde a la empresa acreditar la veracidad de los hechos imputados como justificativos del despido disciplinario, el TSJ concluye que el despido es improcedente y desestima el recurso de suplicación interpuesto.

4. Sentencia del TSJ de Madrid (Social) de 13 de septiembre de 2024, rec. 47/2024

En esta sentencia igualmente se aborda al recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia del Juzgado de lo social que declaró el despido disciplinario improcedente. En este caso se despidió a la trabajadora por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, principalmente por el uso de la red social *TikTok* en el centro de trabajo.

Según la empresa, la trabajadora utilizaba su teléfono móvil para grabar y compartir de forma continua vídeos en su perfil público de *TikTok*, grabados en el interior del centro de trabajo, donde vestía el uniforme de la empresa sin el oportuno permiso ni autorización, bailaba durante su jornada laboral, se desprendía de la mascarilla obligatoria y, lo que consideraba más grave, se grababa incluso mientras

utilizaba maquinaria de conducción, como una transpaleta. La empresa argumentó que estas publicaciones trascendían del ámbito personal al profesional al asociarse con la compañía, perjudicando la imagen de la empresa.

Al analizar el recurso de suplicación, el TSJ de Madrid confirmó la decisión de instancia. Aunque la Sala reconoce la importancia de la buena fe contractual, los hechos imputados a la trabajadora no reúnen la condición de ser graves, lo cual es una condición indispensable para justificar la sanción máxima de despido. Las tres conductas que se le atribuyen a la actora son hechos aislados en el tiempo, de los que tampoco se puede deducir que la trabajadora no llevara puesta la mascarilla durante su jornada laboral, por mucho que en los vídeos no la llevara. Para el Tribunal tampoco estos vídeos denotan falta de laboriosidad en sus quehaceres diarios, ya que se trata de manifestaciones espontáneas. A esta conclusión se llega pese a que la trabajadora se haya grabado conduciendo una máquina que acomete tareas de limpieza, puesto que la velocidad de esta maquinaria es “extremadamente reducida”. Además, para el TSJ madrileño no se ha comprometido la imagen de la empresa, pues la identidad de esta no figura en los vídeos ni dentro del centro de trabajo se ha grabado a personas o bien se han proyectado zonas sensibles del centro empresarial. Por último, la Sala interpreta que el contenido de las imágenes y audios se considera “inocuo” y ajustado a la “normalidad social”, como un mero baile o cuando se indica que por fin es viernes.

En consecuencia, se rechaza el recurso de suplicación y el Tribunal concluye que el reproche empresarial debió ser mínimo y que la conducta de la trabajadora no transgredió la confianza depositada en ella ni infringió los deberes de lealtad, probidad y confianza implícitos en la relación laboral.

5. Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Social) de 11 de octubre de 2024, rec. 1347/2024

En este pronunciamiento se estudia el recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la sentencia de instancia que declara el despido disciplinario improcedente. La cuestión litigiosa versa de nuevo sobre el despido de un camionero que aparentemente cuelga vídeos mientras conduce en *TikTok*, aunque en este sentido los aspectos fácticos del caso son distintos. Así, mientras en la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2023 (rec. 585/2023) se trata de un clip de vídeo convencional, en esta sentencia se discute la utilización de un vídeo estático o, en otras palabras, de una secuencia audiovisual compuesta por distintas fotografías.

En efecto, se despidió a la persona trabajadora por indisciplina y desobediencia en el trabajo, además de por imprudencia o negligencia en acto de servicio con implicación de riesgo de accidente o de avería, a la vista de que subió a su perfil de *WhatsApp* “unas imágenes tomadas desde la cabina del camión desde una posición estática del teléfono móvil, consistente en un paisaje marino” y, en términos análogos, también constaban vídeos semejantes de diversos paisajes en *TikTok*.

La sentencia en suplicación rechaza la revisión de los hechos probados y determina que, si bien es cierto que el Reglamento General de Circulación prohíbe la utilización durante la conducción de dispositivos de telefonía móvil o similares,

también es cierto que permite tales medios cuando la comunicación tenga lugar sin emplear las manos ni usar cascos, auriculares u otros instrumentos semejantes¹⁴.

De este modo, el Tribunal concluye que no ha habido infracción de la normativa de circulación ya que, siguiendo los elementos probatorios, las imágenes subidas a redes sociales por el actor fueron tomadas desde un dispositivo fijo, anclado al cristal o al salpicadero del vehículo, sin que se haya apreciado que tales grabaciones se hubieran realizado directamente por el trabajador despedido mientras estaba conduciendo. Además, el TSJ tampoco reconoció que existiera instrucción particular por parte de la empresa respecto al uso del teléfono móvil en el interior del vehículo, más allá del marco legal de referencia. Ante la falta de acreditación de los hechos imputados en la carta de despido por la empresa, el recurso de suplicación queda desestimado en este aspecto y se confirma la sentencia de instancia en cuanto a la declaración como despido improcedente.

6. Sentencia del TSJ de Cataluña (Social) de 18 de marzo de 2025, rec. 6488/2024

En esta sentencia, diferente de las anteriores, se aborda la problemática de qué valor ha de aportarse a los vídeos subidos a *TikTok* y grabados fuera del contexto laboral, pero que suponen la prueba de un incumplimiento laboral.

Se trata del despido de una trabajadora que comienza su relación de trabajo en enero de 2023 y en marzo de 2023 inicia un proceso de incapacidad temporal. El motivo del despido disciplinario reside en que la empresa, tras consultar evidencias en el perfil *TikTok* de una antigua compañera, entiende que viajar durante un periodo de IT resulta contrario a la recuperación y tiene como consecuencia la prolongación de la situación de baja. El juzgado de lo Social declaró el despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, puesto que las imágenes habían sido tomadas ilícitamente por la empresa. La sentencia es impugnada de contrario.

El pronunciamiento dictado en suplicación no aprecia la nulidad del despido. El Tribunal Superior de Justicia catalán entiende que la empresa tuvo conocimiento fortuito de los viajes de la actora a través de imágenes y vídeos publicados en una red social de acceso público, en los cuales la trabajadora se encontraba etiquetada. Además, no se aporta prueba de la falta de consentimiento de la trabajadora despedida en cuanto a la difusión de sus imágenes ni, asimismo, consta denuncia de la publicación en la red social (que tiene los mecanismos habilitados para ello), al igual que tampoco se ejercitó acción legal alguna contra la compañera de viaje y antigua empleada de la empresa que fue quien subió las fotos a redes sociales. Por ello, la utilización del contenido subido a *TikTok* por la empresa para justificar el despido, sin que medie la oposición a la difusión de su imagen por parte de la actora, no puede considerarse una actuación ilícita que busque dañar la imagen de la persona trabajadora afectada. Este acceso fue un medio necesario y proporcionado con el fin de que la empresa pudiera justificar una decisión disciplinaria y controlar el cumplimiento de los deberes laborales, especialmente en relación con la situación de IT

¹⁴ Art. 18 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

No obstante, para el TSJ de Cataluña el incumplimiento laboral supuestamente alegado no es tal. Según los hechos probados, la trabajadora fue diagnosticada con un trastorno de ansiedad en contexto de situación personal, crisis de pánico y depresión, para lo que le fue prescrito salir, viajar y actividades que la hicieran salir de su rutina habitual. Al no haber la empresa impugnado este extremo, en tanto que los viajes se enmarcaban dentro del tratamiento médico previsto para su recuperación y su complicada situación personal, el TSJ de Cataluña califica finalmente el despido como improcedente.

III. CONCLUSIONES CRÍTICAS ANTE LA DOCTRINA JUDICIAL ANALIZADA

A la vista de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina judicial estudiada respecto al conflicto que existe entre los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad de la persona trabajadora y entre el poder de dirección empresarial, teniendo en cuenta la especial incidencia que sobre esta problemática despliega la utilización de redes sociales y la publicación de vídeos en dichas plataformas digitales, se recogen las siguientes conclusiones:

- Resulta ineludible valorar la situación fáctica y contextual del supuesto de hecho a la hora de ponderar la limitación del derecho a la libertad de expresión en redes sociales y, en concreto, a la hora de justificar el despido disciplinario de una persona trabajadora por subir un vídeo a *TikTok* o red social análoga. En primer lugar, es absolutamente imprescindible que el vídeo esté relacionado con la prestación laboral: ya sea porque la persona trabajadora porte el uniforme de la empresa, se pueda ver claramente que la grabación se produce en su puesto (y horario) de trabajo o bien se puedan apreciar de algún modo los distintivos de la imagen del negocio o su marca. En segundo lugar, es igualmente necesario que la persona trabajadora realice algún comportamiento que trasgreda la buena fe contractual en sentido amplio, ya sea porque insulte a sus compañeros, jefes o clientes, o por ejemplo porque cometa algún tipo de comportamiento ilícito como hurtar productos de la empresa o conducir mientras maneja el teléfono móvil. La realización de “bailes virales” o la emisión de cualquier opinión, incluso crítica, aunque se produzca en el entorno empresarial, no produciría de por sí la sanción máxima del despido disciplinario, a menos que haya habido avisos o requerimientos previos en cuanto a la cesación del comportamiento.
- Para evitar estas situaciones, que muchas veces son difíciles de delimitar, se requiere que la empresa elabore un protocolo de utilización de redes sociales en el entorno de la relación laboral. Sería realmente útil un protocolo que delimite, de forma ciertamente detallada, qué puede o no puede realizar el empleado respecto a las redes sociales, determinando a su vez qué sanciones irían aparejadas frente a posibles incumplimientos.
- La cuestión de la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen en cuanto a las publicaciones del trabajador en redes sociales utilizadas por la empresa en su ejercicio del poder de dirección debería de ser un tema mayormente tratado por la doctrina y los tribunales. Queda

claro, en principio, que una foto o vídeo tomado de un perfil público, en el que no existe expectativa de privacidad, no debería de vulnerar el citado derecho fundamental. No obstante, cabe reflexionar críticamente sobre si la empresa, utilizando mecanismos más o menos torticeros, puede acceder al contenido publicado de forma privada en redes sociales. Y, por ende, en qué medida dicho contenido puede ser tomado en consideración en sede judicial.

Breve nota sobre la obligación de la persona trabajadora de facilitar su teléfono y correo electrónico personal, ¿excede de las facultades empresariales de organización y gestión?¹

CARLOS DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA

*Profesor Permanente Laboral
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

El tema objeto de comentario se resume de manera sencilla: ¿tiene derecho el empleador a conocer el número de teléfono móvil y la dirección de correo electrónico personal de la persona trabajadora para la ejecución del contrato de trabajo?

El asunto llegó a revisión judicial en una conocida sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en 2015², y, de manera reciente, ha vuelto a ser objeto en dos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal³. En esta nota trataremos de conocer las razones que han llevado a nuestro TS a modificar su opinión sobre

¹ Queremos agradecer la posibilidad de poder participar en este sentido y merecido homenaje al profesor Montoya. Para nosotros fue una persona muy importante en nuestra carrera académica. Era el Director del Departamento cuando nos incorporamos al mismo como becario de colaboración durante los estudios de quinto año de la licenciatura y cuando estuvimos tratando de buscar becas de investigación. Siempre apoyó, junto con nuestra Directora de Tesis, la profesora Sánchez-Urán, nuestra andadura universitaria. De forma constante se interesaba por nuestros avances en este campo. Tuvo su culminación cuando nos propuso para sucederle como profesor en un centro adscrito de nuestra Universidad, cuestión que siempre le agradeceremos. Don Alfredo fue un ejemplo en lo personal y en lo profesional. Gracias por todo. Siempre le recordaremos.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (número de resolución 4086/2015), ponente: De Castro Fernández.

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2025 (número de resolución 1514/2025), ponente: García-Perrote Escartín y de 27 de marzo de 2025 (número de resolución 255/2025), ponente: López Parada.

este tema y haremos una primera y breve valoración sobre el particular. Para ello, haremos una inicial revisión de la sentencia de 2015 para, a continuación, abordar las dos resoluciones de este año 2025 y su valoración, partiendo de las enseñanzas que nos hiciera, desde su tesis, el profesor Montoya. Éste será el esquema de nuestra aportación.

I. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2015

El 21 de septiembre de 2015, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resolvió un recurso de casación interpuesto por una importante empresa del sector de Contact Center frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014 que había estimado la demanda interpuesta por un sindicato declarando la nulidad de una cláusula de un contrato de trabajo que literalmente decía: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”.

Para su resolución, el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico (FJ) segundo, parte de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, que atesora autonomía respecto al de la intimidad. El TS recuerda que, como es sabido, este derecho constitucional supone la capacidad de “controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona” y que “no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto es más amplio, refiriéndose a cualquier tipo de dato de personal”. Como todos los derechos, no tiene carácter omnímodo y puede limitarse bien por otros derechos fundamentales, bien por otros bienes constitucionalmente protegidos como exige el principio de unidad de la norma fundamental. Ahora bien, como derecho fundamental, la protección de datos es prevalente y constituye un “límite infranqueable” tanto frente a las facultades sancionadoras del empresario, como a las facultades de organización y gestión.

A partir de aquí, el TS estima que no puede admitirse que los datos que están en cuestión - teléfono móvil y correo electrónico personal - estén exentos de consentimiento del trabajador y que, por tanto, no podrían ser recabados por el empresario sin necesidad de aprobación expresa de la persona trabajadora (art. 6.2 de la entonces vigente Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, Ley 15/1999). Asimismo, establece que dichos datos no son “en absoluto” necesarios, ni tampoco imprescindibles para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo. No se trata de datos que correspondan a la vida ordinaria (aunque tampoco a la íntima), por lo que se debe proteger no ya la indebida utilización por la empresa, sino su mera adquisición que exige, en todo caso, la correspondiente y necesaria autorización. De no recabarse ésta expresamente de manera libre y voluntaria, tal actuación sería una conducta abusiva por parte del empleador. Por tanto, nuestro Alto Tribunal dio la razón al sindicato reclamante y evitó que los datos del teléfono móvil y la dirección email personal tuvieran que ser facilitadas por el trabajador a la hora de la firma del contrato de trabajo.

La doctrina de esta resolución es mantenida en posteriores pronunciamientos del TS. Sobre todo, para sostener que las personas trabajadoras no debían poner a disposición de la empresa su correo electrónico particular para realizar cualquier actividad de la prestación de servicios de trabajo a distancia (teletrabajo en Global Sales Solutions), o aportar su teléfono móvil personal para instalar aplicaciones corporativas (caso Track Telepizza) [SSTS 27/11/2024, número de resolución 1304/2024 y 8/02/2021, número de resolución 163/2021, respectivamente]. La doctrina ha valorado positivamente estos pronunciamientos⁴.

II. Dos recientes Resoluciones del Tribunal Supremo de 2025

En los meses de marzo y abril de 2025 el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de enfrentarse nuevamente a este asunto. Lo ha hecho al albur de dos asuntos diversos.

De un lado, en la STS de 27 de marzo de 2025⁵, se trata de un recurso de casación en el que se revisa la reclamación sindical por la cual se pone en tela de juicio una cláusula contractual de trabajadores con contrato fijo discontinuo de una empresa de consultoría de RRHH en la que se establecía, para lo que ahora a nosotros nos importa (FJ segundo, apartado decimoquinto), que el llamamiento se realizaría mediante WhatsApp o correo electrónico para lo cual los datos de contacto (teléfono, e-mail) se comunicarían a la empresa al inicio de la prestación de servicios, debiéndose informar de cualquier modificación posterior que acaeciera al respecto.

De otro, la STS de 2 de abril de 2025⁶, en la que resuelve un recurso de casación interpuesto por una empresa importante del sector de contact center y servicios de outsourcing, frente a una sentencia que da la razón a una reclamación sindical de considerar ilegales ciertas cláusulas de un contrato tipo de trabajo a distancia. En lo que a nosotros nos interesa se trata de la cláusula 3.4 del citado Acuerdo de “Home Office y trabajo a distancia” que indica que el trabajador facilitará a la empresa su correo electrónico y su número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar por urgencias del servicio.

Como se observa, son dos temas diferenciados que tienen en común la necesidad empresarial de ponerse en relación con el empleado, bien para comunicarle el llamamiento de un nuevo periodo de actividad de un contrato fijo discontinuo, bien para informarle de alguna urgencia en el servicio a una persona teletrabajadora.

En ambas sentencias, el Tribunal aboga por diferenciar el hecho de facilitar los datos de carácter personal por la persona trabajadora de las consecuencias que puede

⁴ TODOLÍ, A., “No se puede pactar la obligación del trabajador de poner a disposición de la empresa el correo personal (STS27/11/2024)”, en su blog *Argumentos en derecho laboral*, 27/02/2025, accesible en: <https://adriantodoli.com/2025/02/27/no-se-puede-pactar-la-obligacion-del-trabajador-de-poner-a-disposicion-de-la-empresa-el-correo-personal-sts27-11-2024/> [último acceso 15/09/2025]. También, CREMADES CHUECA, O., “Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF*, núm. 423, junio 2018, pp. 103-122, especialmente pp. 111-112.

⁵ Número de resolución 255/2025, ponente: López Parada.

⁶ Número de resolución 267/2025, ponente: García-Perrote Escartín.

tener esa comunicación de datos por el tratamiento de los mismos que lleve a cabo el empleador. En efecto, en el contexto de una relación laboral fija discontinua o de teletrabajo el que la empresa solicite el correo electrónico o el teléfono personal del trabajador puede ser lógico para la ejecución del contrato de trabajo y, por tanto, tal demanda estaría legitimada en virtud del art. 6.1 b) del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁷. Como dice el TS en su sentencia de 27/03/2025, “pueden existir situaciones muy diversas en las que el desarrollo del contrato puede exigir contactar con el trabajador fuera del centro u horario de trabajo”. La forma de contactar puede ser muy variada (“el domicilio físico personal del trabajador, un apartado de correos, un teléfono fijo o móvil o medios de comunicación electrónicos como aplicaciones de mensajería o el correo electrónico”), pero lo que está claro es que el hecho de que la empresa pretenda recabar los datos personales del teléfono y dirección de email personales no es, por sí mismo, ilícito puesto que sería un tratamiento de datos que podría tener base en la necesidad de la propia ejecución del contrato.

Además, a diferencia de la tesis mantenida en su sentencia de 21 de septiembre de 2015, antes analizada, el Tribunal mantiene en las dos resoluciones de 2025 que estamos estudiando que “[l]a realidad social actual hace que la facilitación de esos datos, como medios de comunicación socialmente prototípicos de nuestro tiempo, pueda ser necesaria, en efecto, para el desenvolvimiento del contrato de trabajo” (FJ 4.2 de la STS de 02 de abril de 2025) o “[q]ue [la cláusula del convenio] permita al trabajador proporcionar como dato de contacto uno de naturaleza electrónica nos parece adecuado a nuestra realidad social actual y consideramos que la base de legitimación del artículo 6.1.b RGPD es suficiente” (FJ 2.15 de la STS de 27 de marzo de 2025).

Ahora bien, que la empresa pueda recabar estos datos de carácter personal no le exime de respetar los principios de proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad. La transmisión de datos personales y el tratamiento de estos deben cumplir con los principios de “limitación a la finalidad” y de “minimización de datos” [art. 5.1, apartados b) y c) RGPD].

En el caso de la sentencia de 2 de abril de 2025, en el marco de una prestación de servicios de teletrabajo, el uso empresarial del correo electrónico y número de teléfono personal es, exclusivamente, por razones de urgencia del servicio, como pudiera ser avisos que fueran necesarios en casos de dificultades técnicas (supuesto al que se refiere el art. 11.2 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia). Con todo, que pueda utilizar estos datos de carácter personal para las comunicaciones con el trabajador no le exime de tener que proveer de todos los medios necesarios para el desarrollo de su actividad (art. 11.1 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia), por lo que se podrán impugnar los usos que de dichos datos personales haga el empleador.

Por su parte, en la sentencia de 27 de marzo de 2025 se establece que el llamamiento en las relaciones de trabajo con contrato fijo discontinuo no es desproporcionado que se exija que se haga en un medio de comunicación electrónico, “puesto que la comunicación en el domicilio físico de la persona trabajadora convertiría el sistema

⁷ Reglamento (UE) 2016/679 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, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

de llamamiento en lento e inseguro, inapropiado para esta finalidad”. El art. 16.3 del Estatuto de los Trabajadores exige que el llamamiento debe realizarse en todo caso por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada, indicando de forma precisa las condiciones de su incorporación. Como bien recuerda el TS, “no debe confundirse la forma escrita con el soporte de la misma, que puede ser de naturaleza electrónica y no solamente el papel”. Otra cosa será la constancia de la debida notificación a la persona interesada para lo cual se requiere guardar recibo fidedigno de la misma, tanto mediante la firma de recibo en papel o por medios técnicos informáticos habilitados al efecto que permitan acreditar haber realizado el llamamiento notificado correctamente con todas las indicaciones que debe contener.

III. Comentario breve

El profesor Montoya ya nos enseñó algunas claves en su Tesis doctoral sobre “El poder de dirección del empresario”⁸ que nos pueden servir para poder hacer una primera valoración de estas recientes sentencias del Tribunal Supremo a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior. En efecto, debemos partir que “[t]odos los derechos - reconocidos legal o convencionalmente - del trabajador suponen otras tantas fronteras al especio del poder directivo del empresario”⁹. Aunque en su tesis no hablara de la protección de datos, este derecho fundamental, autónomo respecto al de la intimidad, supone una limitación a las facultades de organización y gestión del empresario, si bien no es un derecho absoluto (RGPD considerando 4).

No obstante, como sabemos, por mor del contrato de trabajo, “[e]l trabajador se obliga a prestar un trabajo, poniéndose a disposición del empresario; esta puesta a disposición se traduce en obligaciones concretas, y en singulares y sucesivas prestaciones, a través de las decisiones directivas del empresario. El amplio e indeterminado “deber de servicio” del trabajador va desdoblándose en prestaciones individualizadas de acuerdo con las instrucciones del empresario”¹⁰.

Asimismo, “[a] diferencia de lo que ocurre en los puros contratos de cambio (...) en la relación de trabajo la condición personal de una de las partes - el trabajador - es elemento absolutamente esencial. Efectivamente, al empresario no le es indiferente que la realización del trabajo contratado sea llevada a cabo por el propio trabajador contratante o por cualquier otro (...). Al ser la prestación de trabajo una prestación de actividad, y al ser inseparable esa actividad del sujeto que la produce, resulta que el interés que el empresario tiene sobre los frutos del trabajo, traslativamente, se convierte en interés sobre la actividad, y, consiguientemente, sobre la propia persona del trabajador”¹¹.

⁸ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

⁹ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, citado, p. 234.

¹⁰ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, citado, p. 51.

¹¹ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, citado, pp. 62-63.

Aplicando al caso de los autos que estamos valorando, no es descartable que el empresario pueda solicitar al trabajador que le indique algunos datos personales y que éste tenga la obligación de facilitarlos, todo ello para la ejecución del contrato de trabajo que es un negocio personalísimo. Las facultades de organización y gestión de la relación laboral que atesora el empresario, pueden exigir ponerse en contacto con el trabajador fuera de las horas y del lugar de trabajo y, por ello, pueden ser una excepción o límite al derecho a la protección de datos que detenta la persona trabajadora. Desde esta perspectiva, entendemos que acierta el Tribunal Supremo al considerar que facilitar el número de teléfono o dirección de correo electrónico personal al empleador está a la orden día y es un ejemplo de interpretar las normas adaptándolas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 del Código civil), siendo, además, ya jurisprudencia al haber dos sentencias recientes que mantienen la misma doctrina (art. 1.6 Código civil). Hasta ahora, el trabajador aportaba, entre otros datos, su DNI, número de la seguridad social y domicilio para el alta en Seguridad Social y la confección de los trámites previos al inicio de la relación laboral. Ahora, además, el convenio colectivo, el contrato de trabajo o el Acuerdo de Trabajo a Distancia podrán requerir el teléfono (móvil o fijo) y el email personal del trabajador.

Sin embargo, el tener a disposición estos datos, no exime de tener que hacer un uso responsable del tratamiento de los mismos. Sólo deben tratarse estos datos si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios (minimización de los datos, RGPD considerando 39). Como se exige en la STS de 2 de abril de 2025, se podrá limitar su uso para contactos necesarios por urgencias del servicio en casos de teletrabajo (limitación de propósito).

Asimismo, es claro que el empresario sigue teniendo que facilitar los medios para el cumplimiento del contrato de trabajo por lo que no podrá exigir aportar su terminar móvil o la dirección de email personal para la ejecución de la prestación laboral. Por consiguiente, la técnica empresarial conocida como BYOD (“bring your own device”, o utilizar las herramientas informáticas del trabajador para realizar la prestación de trabajo), entendemos que sigue vedada con la nueva doctrina que sostienen estas recientes sentencias.

Por lo que respecta al llamamiento de los contratos fijos discontinuos no nos parece que pueda hacerse, de primeras y exclusivamente, al teléfono o correo electrónicos personales del trabajador. Si la empresa quiere comunicar el llamamiento por email, entendemos que debería proveer una dirección corporativa de correo electrónico. La relación laboral de los trabajadores fijos discontinuos sigue vive durante los tiempos en los que no hay actividad o prestación efectiva de servicios. Al igual que el TS ha considerado que es lógico que la persona trabajadora facilite estos datos personales (teléfono y el email) porque son prototípicos de las comunicaciones actuales, igualmente debería exigir suministrar una dirección de correo electrónico profesional a todos los empleados (su coste se ha reducido en gran medida). Ahora bien, el envío de este correo electrónico con las indicaciones y detalles del llamamiento sí podría verse acompañado de una llamada por teléfono anunciando que se le ha remitido esta importante comunicación, o de un mensaje de texto SMS al teléfono personal, para que el trabajador entrara en su correo corporativo o, en fin, una nota por cualquier

aplicación de mensajes en los smartphones (WhatsApp, Telegram, Facebook Messenger u otras posibles). Todo ello, se podría organizar y detallar en el convenio colectivo.

En definitiva, como acertadamente interpreta el TS, una cosa es tener que facilitar los datos de los empleados al empresario y otra el uso y tratamiento de ellos que haga el empleador. No pudiendo ser utilizados para el ahorro de costes en los medios de producción (a costa de recurrir al teléfono móvil o email personal del trabajador para llevar a cabo la relación laboral), o para exigir al trabajador que esté permanente conectado a las herramientas informáticas por si hubiere alguna comunicación importante del empresario, ateniéndose a las consecuencias de no haber visto tal información.

La proyección de la ley de secretos empresariales sobre el deber de sigilo y la dispensa informativa (art. 65 ET)

EVA GARRIDO PÉREZ

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

De los muchas cuestiones e instituciones que pueden situarse en la zona de confluencia del poder del empresario-empileador (conforme a los márgenes de actuación delineados por la norma) y del poder del empresario-titular de una organización (sobre el sustrato del interés específico y particular derivado de la libertad de empresa), y que tan magníficamente abordó el maestro Montoya Melgar, podría apuntarse aquí, en estas líneas dedicadas a su recuerdo y consideración, la relativa a la divergencia entre los deberes de información de la empresa (correlativos a las facultades dispensadas a los representantes del personal) y la protección otorgada a informaciones o datos de origen empresarial que pueden resultar confidenciales, reservados o secretos. Una cierta confrontación entre deberes normativos e interés particulares que se localiza y se ordena en el art.65 del Estatuto de los Trabajadores (RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

La redacción que presenta en la actualidad dicho precepto es fruto de la reforma operada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre¹, y que en este punto prácticamente se ciñó a reproducir las referencias a la información confidencial contenidas en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por el que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Con anterioridad, el precepto del ET se

¹ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

limitaba a prever la obligación de los representantes unitarios del personal de guardar sigilo profesional sobre informaciones que hubieran recibido de la empresa, tanto de las que específicamente y de manera expresa la norma ya consideraba protegidas bajo esa obligación², como de todas aquellas señaladas también expresamente por la empresa con el carácter reservado.

Consiguientemente, la reforma de 2007 trajo dos importantes novedades que son las que constan en el vigente art.65 ET: por un lado, una más concreta delimitación del deber de sigilo de los representantes (eliminado ya ese calificativo anómalo de “profesional”) y, por otro lado, una dispensa informativa a favor de la empresa que se opone al derecho de información de aquellos. Ambas previsiones, el deber de unos (el sigilo) y el poder de otro (la dispensa), tienen en común su configuración como mecanismos de protección jurídica del interés empresarial a la confidencialidad de cierta información o documentación que es o debe ser trasladada a los representantes de los trabajadores en ejercicio de sus competencias; la nota distintiva se encuentra en el alcance de ese interés y en la propia naturaleza de aquel contenido informativo que se quiere preservar. En el primer caso, la empresa está en posesión de un conocimiento que no puede negarse a trasladar en cumplimiento de sus deberes informativos, pero que ha de preservar en interés propio e incluso ajeno, exigiendo un deber de reserva o sigilo por su poseedor para evitar que aquel sea divulgado a terceros no autorizados. En el segundo caso, el valor comercial, económico, industrial o estratégico de la información es de tal naturaleza que refuerza el interés empresarial a la protección de ese conocimiento, salvaguardando su divulgación incluso frente a quienes por norma tienen atribuidos derechos de información sobre datos y documentación de origen empresarial.

Con estos iniciales elementos de diferenciación entre ambas actuaciones empresariales, la cuestión de fondo en la operatividad del art.65 del ET se encuentra en cómo dilucidar cuándo debe operar una u otra, es decir, cuándo se está ante una información reservada que se transmite a los representantes y de la que nace un deber de sigilo para estos, y cuándo la empresa puede recurrir al mecanismo de la dispensa informativa no comunicando a dichos representantes unos datos que deben mantenerse confidenciales por su especial carácter reservado o confidencial. Aparentemente, con la redacción que presenta el art.65 ET tras esa reforma en 2007, la respuesta parece situarse en una distinción de adjetivos, de manera que en un caso se está ante información considerada como reservada cualquiera que fuera su origen, y en el otro ante un conocimiento secreto estrictamente empresarial. Podrá aducirse ciertamente que se trata de una base argumentativa de escasa solidez jurídica, pues en definitiva cualquiera que fuera el calificativo, el significado es el mismo: preservar un dato o información del conocimiento ajeno. Pero debe tenerse en cuenta que a tales calificativos se asocia un concreto interés empresarial a la confidencialidad de perfil o alcance distinto y cuyo alegato y justificación determinará la respuesta en el

² En un alarde de extraña previsión y presunción de lo que era reservado (sin consideración a criterio o decisión alguna) el inicial art.65 del ET sometía a reserva prácticamente la totalidad de las cuestiones, temas o datos que recibían los representantes como contenido de sus competencias informativas indicadas en el art.64 (también en redacción anterior a 2007).

cumplimiento de los deberes informativos de la empresa hacia los representantes del personal.

En concreto, del contenido del art.65 ET se deduce que la dispensa informativa recae sobre datos o conocimientos especialmente valiosos para la empresa, presentando tal valor y entidad para su posición, funcionamiento y estrategia que su divulgación obstaculizaría o incluso pondría en peligro la propia continuidad de la empresa. Esta relación de causa-efecto creada sobre un determinado ámbito material (el secreto empresarial) no se encuentra en la delimitación que hace el art.65 ET de la facultad de la empresa de trasladar a la representación del personal una información reservada sobre la que se impone un deber de sigilo y por ende de no divulgación a terceros ajenos. Consiguientemente, si la información o documentación que la empresa está normativamente obligada a suministrar a las instancias representativas no reviste ese carácter secreto, no podrá acogerse a la dispensa y deberá pues cumplir con su obligación informativa con la única matización, en su caso, de que pueda exigir de sus nuevos poseedores un deber de sigilo que les impediría su divulgación a terceros, siempre y cuando la empresa ostente un “legítimo y objetivo interés” a que así se proteja y preserve la información suministrada. Tal como se indicó anteriormente, este deber de sigilo se contempla como instrumento de protección de un interés empresarial que la norma de hecho no delimita en su aspecto material y finalista. ¿Qué es un legítimo y objetivo interés? ¿Qué es lo que puede protegerse con el deber de sigilo? ¿Bastaría que así se alegara ese interés para hacer nacer tal deber? Las incógnitas, en última instancia, recaen en cómo concretar tal interés, cómo justificarlo y con qué alcance. Similares interrogantes surgen también y de manera especial en relación con la dispensa informativa. La norma alude a “secretos industriales, financieros o comerciales” como si al momento de su expresión y acogida en el precepto se contara con un concepto claro e inequívoco de qué se entiende como tal secreto y al que se pueda recurrir para justificar que la información o documentación en cuestión que la empresa desea no divulgar encaja perfectamente en dicho concepto³.

Desde la contemplación del deber de sigilo y de la dispensa informativa como mecanismos de protección del interés empresarial podría explicarse la amplia concepción y el alcance general que les atribuye la norma, con la práctica ausencia de notas condicionantes o limitativas en la ejecución de una u otra previsión. Sin embargo, en tanto que estas también son, en correspondencia, circunstancias limitativas del ejercicio de derechos de información por los representantes del personal, se hace preciso contar con mecanismos que garanticen la correcta utilización de ambas facultades empresariales, esto es, con la existencia de criterios justificativos que permitan admitir su excepcionalidad. La falta de adecuados y sólidos referentes normativos sobre los que sustentar tales criterios, al menos hasta la llegada de la Ley 1/2019, de 20 de febrero,

³ De hecho, a tal fecha (2007) solo se contaba con las referencias a secretos empresariales en nomas que dispensaban cierta tutela a los mismo, aun cuando no conceptuaban o definían el objeto de la protección. Así sucede con el Código Penal, castigando las conductas de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa (arts. 278 a 280 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), y con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo art.13 se limitaba inicialmente a calificar como desleal la “divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales”.

de Secretos Empresariales (en adelante, LSE)⁴, justificaba en cierto modo el recurso a la intervención judicial en busca de pautas generales o básicas por las que debieran canalizarse la exigencia del deber de sigilo y la práctica de la dispensa informativa, si bien tampoco las aportaciones efectuadas desde esta particular sede han gozado de especial valor e incidencia interpretativa y aplicativa. En efecto, a la vista de la escasa práctica judicial sobre conflictos operativos del art.65 ET, y en particular cuando se debate sobre la exigencia o debido cumplimiento de un deber de sigilo por los representantes del personal, el foco de atención se ha centrado por lo general en analizar la naturaleza reservada o no de la información (en atención a lo dispuesto en la Ley de protección de datos), o la utilización adecuada y exigible de la información para la tutela de intereses colectivos que presentan un mayor valor jurídico (protección de riesgos laborales y de salud del personal o del público en general)⁵. Consiguientemente, no se ha evidenciado una especial atención o preocupación en sede judicial por concretar y acreditar ese interés legítimo y objetivo de la empresa a la confidencialidad a efectos de hacer nacer el deber de sigilo, presuponiendo precisamente su existencia en tanto se revelara que los datos o informaciones fueran objetiva o legalmente reservadas.

Asimismo, y más allá de los conflictos suscitados en sede de procesos negociales o consultivos respecto de datos reclamados a tal efecto por los representantes y negados por la empresa aludiendo un supuesto carácter secreto o confidencial, tampoco la práctica judicial ha ofrecido particulares ejemplos de conexión entre el deber de sigilo de los representantes del personal y una información o documentación que pudiera calificarse como secreto empresarial, cuyo titular preserva incluso ante las propias instancias representantes del personal, y de los que extraer pautas claras en cuanto a la delimitación de un secreto empresarial en el contexto del art.65 ET. Las escasas resoluciones judiciales acogiendo alegaciones a información o documentación de carácter secreto, particularmente en debates sobre cláusulas de confidencialidad para proteger secretos de la empresa conocidos por las personas trabajadoras en ejercicio de su actividad laboral, han venido reflejando esa ausencia de pautas legales con la consecuencia de asumir una delimitación amplia de lo que es o puede ser un secreto empresarial, apuntando al conjunto de informaciones o conocimientos que no resultan ser de dominio público, necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio, o para la organización y financiación de una empresa; en definitiva, datos de significativo valor por cuanto revelan de una manera u otra la estrategia comercial y competitiva de la empresa y que ésta protege especialmente evitando su conocimiento por terceros⁶. Una orientación interpretativa que, por lo general, y con el tiempo, ha quedado confirmada.

⁴ En transposición de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos empresariales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

⁵ Véase a título de ejemplo STSJ Cataluña 23.9.2022 (rec. 744/2022); STSJ Madrid 29.1.2021 (rec. 749/2020); STSJ País Vasco 9.3.2021 (rec. 160/2021).

⁶ Véase, por ejemplo, la Sentencia del TS, sala de lo penal, 12 mayo 2008 (rec. 146/2007), o la Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo civil, 10 enero 2014 (rec. 536/2012).

Ciertamente, la aparición de la LSE va a proyectar un significativo cambio en el contexto jurídico en el que se ha sustentado y operado tanto el deber de sigilo impuesto a los representantes de los trabajadores como la dispensa informativa a favor de la empresa, a pesar de que dicha ley ha pasado un tanto desapercibida en sede jurídicolaboral. Su principal novedad al efecto consiste en la delimitación conceptual de un secreto empresarial que actúa como obligado referente para cualquier ámbito jurídico de afectación o interés. Tal delimitación se sustenta sobre un más que amplio ámbito material de lo que pueda ser secreto, pero al que acompaña una serie de condiciones que van a cumplir una función de especificación y, lo más importante, de justificación del concepto mismo.

La primera nota configuradora es pues de orden material: el art.1.1 de la LSE opta claramente por no identificar la base, contenidos o elementos concretos de un conocimiento secreto. No aporta ninguna aproximación apriorística o presuntiva de lo que materialmente es secreto y por consiguiente parte de una eventualidad, cual es que toda información de origen o titularidad empresarial puede llegar a considerarse como secreto, entendiéndose por lo demás que cabe cualquiera que sea su base o raíz de entre los distintos perfiles de expresión de la actividad empresarial, aunque la norma apunta, a modo ejemplificativo, el perfil tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero del conocimiento en cuestión. A partir de este amplísimo e incluso ilimitado ámbito material de lo que eventualmente podría ser un secreto empresarial, la norma procede a eludir el riesgo de su concreción subjetiva desde el mero posicionamiento o interés del titular de la información, y a tal fin requiere la debida concurrencia de elementos ya sí objetivos de delimitación y justificación de la naturaleza secreta de una información que así se presente por la empresa.

La exigencia de que la información o conocimiento sea objetivamente secreto aparece como el segundo de sus caracteres configuradores, y tal nota de objetividad no deriva por el dato de que no se conozca públicamente (lo que podría resultar de hecho difícil de acreditar), sino más específicamente por el desconocimiento de quienes forman el concreto o limitado círculo en el que se origina o se gestiona la información en cuestión, no siendo ésta por lo demás de fácil acceso para aquellos. En caso contrario, resultaría de extrema dificultad mantener el carácter confidencial de la información o conocimiento, y su accesibilidad le restaría valor significativo para el posicionamiento o estrategia de la empresa.

De hecho, la tercera de las notas identificativas de un secreto empresarial es de orden funcional al requerir que la información o conocimiento que quiere preservarse en un entorno de confidencialidad tenga “un valor empresarial, ya sea real o potencial”. Lógicamente este concepto depende de ciertas métricas y de particulares métodos de evaluación, pero lo que aquí interesa es que tal valor debe acreditarse en un contexto de cumplimiento de derechos y deberes jurídicos, y hacerlo pues constatando el significado y transcendencia de la información en relación con factores, ya sean presentes o de proyección estratégica, de orden comercial, financiero, industrial, técnico, etc. En suma, se exigiría confirmar una particular relación de funcionalidad entre la información pretendidamente secreta por estar alineada a tales factores, y un objetivo interés empresarial en mantener la información confidencial, acompañada de

una expectativa razonable de que se preserve dicho carácter en atención a los riesgos y perjuicios, reales o potenciales, que para la situación y mantenimiento de la empresa pudiera acarrear la obtención, utilización o divulgación ilícita de tal información o conocimiento.

Y finalmente, a modo de evidencia de dicho interés objetivo, la norma dispone también como nota configuradora del concepto la exigencia de que la información o conocimiento sea objeto de “medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo secreto”. La ley sin duda se ofrece como mecanismo de protección de los secretos empresariales, pero previamente debe constatarse un claro proceder de la empresa en proteger aquello que ella misma define y delimita como secreto empresarial que deba preservarse del conocimiento o utilización ajena no autorizada. De este modo, la norma trata de articular medidas de protección que se complementen con aquellas que ya pudieran estar operando por disposición de la empresa. Se exige pues un concreto deber de diligencia de ésta en lo que respecta a mantener la confidencialidad de un valioso secreto empresarial como elemento que hace nacer la protección jurídica ante su descubrimiento, revelación o utilización. De ahí que el titular del secreto deba acreditar que existían esas medidas de protección en el seno de la empresa y que, a pesar de estas, el secreto empresarial ha sido revelado y utilizado, poniendo en marcha las medidas y mecanismos protectores previstos en la LSE. Ni esta norma ni la Directiva que le sirve de base aportan pista alguna sobre el tipo o contenido de tales medidas, quedando lógicamente a decisión y diseño de la empresa, si bien debe reclamarse que tengan un tenor y un alcance que permitan cumplir de forma adecuada, objetiva y proporcional su función de proteger el conocimiento secreto de su divulgación y utilización por terceros no autorizados.

Todos estos elementos de configuración han de actuar conjuntamente a los fines de considerar una información o documentación como de secreto empresarial a efectos de su debida protección, de modo que se exige de la empresa acreditar la concurrencia de esta triple condición definitoria (ser secreta, con valor empresarial y objeto de medidas razonables de protección), evitando así que la de delimitación de lo que es o deba ser un secreto empresarial quede al albur de meras calificaciones subjetivas o de interesamiento personal. Como resultado de este referente delimitador, y considerando los elementos esenciales de identificación de un secreto empresarial conforme a la LSE, es posible extraer las consecuencias de su impacto interpretativo y aplicativo en las dos facultades empresariales dispuestas en el art.65 ET que tratan de preservar la confidencialidad de una determinada información o documentación, ya sea con carácter absoluto (eludiendo su transmisión mediante la dispensa informativa) o condicionada (transmitiendo la información con carácter reservado y protegida con el deber de sigilo).

Por un lado, tanto una como otra previsión únicamente pueden operar respecto de una documentación o información que esté claramente definida como reservada o secreta, de donde la empresa está obligada a especificar qué información es confidencial y hacerlo conforme a dos tipos de condicionamientos. Uno de orden negativo por cuanto no puede exigirse la confidencialidad sobre una información que sea accesible, de interés o conocimiento por quienes podrían tener cercanía directa o

indirecta con aquella, ni tampoco sobre una información que, aun surgida y gestionada en entornos limitados, debe ser no obstante transparente por requerimiento normativo laboral, como así sucede particularmente con las condiciones salariales⁷. El segundo condicionamiento es de orden positivo, pues solo puede conceptuarse objetivamente como secreta aquella información o documentación que se ajuste a los términos definitorios de carácter material marcados por la LSE. Si la información que la empresa quiere preservar del conocimiento ajeno presenta los elementos identificativos de un secreto empresarial tal como expresa la norma, podrá recurrir a la dispensa y siempre que además cumpla con el resto de los condicionamientos. Si no se trata de un conocimiento calificado como secreto la empresa no podrá acogerse a la dispensa informativa de modo que, de tener un contenido que obligue legalmente a cumplir con un derecho de información de los representantes, deberá ser trasladado a estos y a lo sumo podrá indicar el carácter reservado del dato en cuestión, para hacer nacer el deber de sigilo de aquellos, siempre que pudiera justificar tal carácter y su funcionalidad para satisfacer un específico interés legítimo de orden empresarial.

Por otro lado, en la medida en que la naturaleza secreta (para la dispensa informativa) o su carácter reservado (para la exigencia del deber de sigilo) deben responder a un específico y acreditado interés empresarial de preservar ese conocimiento por su afectación al entorno de actividad de la empresa, ya sea económico, tecnológico, comercial o estratégico, esa relación funcional debe someterse a parámetros temporales acreditados para eludir una ilimitada dispensa informativa o un permanente deber de sigilo respecto de unos determinados datos que bien impiden o bien condicionan el ejercicio de un derecho de información de los representantes. La exigencia de un tiempo de funcionalidad del secreto empresarial o de la información reservada se asocia por lo demás con esas medidas de protección que la empresa hubiera dispuesto para evitar la divulgación o utilización no autorizada de los datos en cuestión, de donde la inexistencia de las mismas o su decaimiento sin duda debe evidenciar la ausencia o pérdida del valor secreto o confidencial del conocimiento que se pretendiera proteger frente a los representantes del personal y el adecuado ejercicio de sus funciones.

Finalmente, acreditado un determinado conocimiento como secreto empresarial por cumplir material y funcionalmente sus elementos de identificación conforme al diseño de la LSE, queda protegido desde ésta ante cualquier divulgación, utilización o revelación no autorizada por su titular, creándose un muro de blindaje alrededor del mismo que elude cualquier intromisión en el mismo, salvo que esta conducta quedara respaldada para cumplir un derecho o un interés de mayor valor que el que ostenta la empresa en preservar el secreto empresarial del conocimiento ajeno. Contempla así la LSE ciertas circunstancias en las que la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales son consideradas lícitas en consideración a intereses dignos de una mayor tutela y, por tanto, frente a las que no procederán las medidas de protección previstas en esta ley. Y particularmente incluye entre esas circunstancias, y por tanto admitiendo el conocimiento lícito de un secreto empresarial, cuando medie el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los interlocutores sociales (art.1.3) o cuando

⁷ Art. 4.2.k) de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones transparentes y previsibles en la Unión Europea.

la revelación de un secreto empresarial pudiera resulta necesario para el ejercicio legítimo por los representantes del personal de las funciones que tengan legalmente atribuidas por el Derecho europeo o español (art.2.2.c) .Se expresan así los derechos de defensa y representación de los interés de las personas trabajadores, con específica mención de la negociación colectiva, como obligados elementos de ponderación, y sin duda limitación de las decisiones empresariales de preservar determinada información o documentación como secreto empresarial; elementos que deben ser debidamente valorados y aplicados en supuestos de confrontación de tales derechos e intereses.

En definitiva, la LSE ofrece una delimitación del secreto empresarial y de su ámbito de protección o de su conocimiento autorizado y justificado, que sin duda debe servir como idóneo referente interpretativo para solventar algún confusiónismo sobre las notas de confidencialidad, reserva y secreto que se percibe en cierta doctrina judicial, y con ello una más sólida resolución de los conflictos suscitados con relación al alcance del deber de sigilo y de la dispensa informativa que se contemplan en el art.65 ET⁸.

⁸ Tal y como ya se asume en algunas resoluciones judiciales, como la STSJ Baleares, 16 diciembre 2024 (rec. 422/2024); STSJ La Rioja, 14 septiembre 2023 (rec. 98/2023); STSJ Madrid, 21 febrero 2020 (rec. 822/2019); STSJ Galicia, de 30 noviembre 2020 (rec. 44/2020) y STS 28 octubre 2021 (rec. 54/2021).

Limitaciones en el poder de dirección: las comunicaciones por Whatsapp

ISABEL MARÍN MORAL

*Profesora titular acreditada ANECA
Universidad Francisco de Vitoria*

I. Introducción

Decía Montoya Melgar que “todo el Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial”¹. Una de las manifestaciones más recientes y con mayor impacto en la empresa de dicha afirmación es la comunicación con los empleados a través de WhatsApp.

WhatsApp se ha convertido en un canal omnipresente e híbrido, a caballo entre lo personal y lo laboral, cuya inmediatez y ubicuidad tensionan los límites del poder de dirección empresarial. Ese poder no es absoluto ni tecnológicamente neutro ya que encuentra límites específicos en el Derecho del Trabajo (intimidad, dignidad, tiempo de trabajo y desconexión digital) y en el Derecho de Protección de Datos (principios de necesidad y minimización, base jurídica y seguridad).

En consecuencia, afirmar que la empresa puede comunicar por WhatsApp exige demostrar que ese medio es necesario, idóneo y proporcionado para fines organizativos legítimos y que respeta los derechos fundamentales del trabajador, algo que rara vez sucede cuando se impone el uso del teléfono personal del empleado o se utilizan grupos no corporativos.

A continuación, se va a analizar cómo afecta al poder de dirección y qué consecuencias tiene la toma de decisiones en materia de utilización de WhatsApp cuando

¹ MONTAYA MELGAR, A.: “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales” en CARMEN SÁNCHEZ-TRIGUEROS y FRANCISCO A. GONZÁLEZ DÍAZ: *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.33.

se impone como canal obligatorio en las comunicaciones laborales, especialmente cuando deben utilizarse dispositivos personales (BYOD) y estos se utilizan como medio de comunicación con clientes de la empresa o utilizando datos de estos.

Se toma como caso de referencia para el análisis la Resolución AEPD PS/00505/2023² que sanciona el envío reiterado de datos de clientes al WhatsApp personal de una trabajadora pese a su oposición expresa, ilustrando la confluencia entre protección de datos y organización del trabajo (deber de proporcionar medios, elección de canales adecuados y respeto a la desconexión) y su afectación al poder de dirección.

II. La doble limitación legal del poder de dirección

Antes de analizar la resolución de la AEPD es preciso hacer una pequeña reflexión sobre el poder de dirección y cómo se ve afectado con la normativa actual cuando entran en juego herramientas tecnológicas.

Decía MONTOYA MELGAR³ remitiéndose a su maestro ALONSO OLEA que “el poder de dirección se atribuye al empresario porque naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa como institución para el cumplimiento de las actividades -producción de bienes y servicios para un mercado- que le son propias”⁴. Y añade que “muchos años más tarde, las sentencias del TC 98/2000, de 10 de abril, 186/2000, de 10 de julio de 2000, y 39/2016, de 3 de marzo de 2016, proclaman, en el mismo sentido y con rotundidad, que el poder de dirección empresarial es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva”.

Durante décadas, el control del poder de dirección, que se regula en los arts. 20 y 20 bis ET, se ha entendido esencialmente desde el Derecho del Trabajo, de modo que el empleador organiza y controla ejerciendo su poder, pero debiendo respetar la intimidad y dignidad, el tiempo de trabajo y la salud laboral de la persona trabajadora. En esta línea el Tribunal Constitucional⁵ ha vinculado los controles empresariales a un juicio de información, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, subrayando que el ámbito laboral no es un espacio inmune de derechos fundamentales, sino que el control puede operar, pero bajo estrictas garantías informativas y de proporcionalidad, so pena de nulidad probatoria o vulneración de derechos.

En el ámbito social, el Tribunal Supremo ha consolidado, tras *Bărbulescu v. Rumanía* (STEDH, Gran Sala, 5 de septiembre 2017), un estándar para el control de herramientas digitales corporativas, exigiendo información previa suficiente y

² Puede consultarse el texto íntegro en: <https://www.aepd.es/documento/reposicion-ps-00505-2023.pdf>.

³ MONTOYA MELGAR, A.: “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, J., JURADO SEGOVIA, Á. (coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*, 2020, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 190-208.

⁴ ALONSO OLEA, M.: “Prólogo al libro de A. MONTOYA MELGAR”, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. XIII.

⁵ STC 39/2016 y, más recientemente, STC 119/2022.

proporcionalidad en el control⁶. El mensaje central es que el poder empresarial no es absoluto, sino que su ejercicio descansa en la razonabilidad del medio y el fin, así como en el respeto a la esfera privada del trabajador.

Ahora bien, el poder empresarial viene también afectado y limitado por la normativa administrativa. En al ámbito de este estudio interesa el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE) regulado en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD)⁷. A través de esta vía no se limita a reforzar la intimidad laboral, sino que protege un bien distinto que es la autodeterminación informativa del trabajador (y de terceros afectados como clientes, pacientes, compañeros), imponiendo al empleador deberes de licitud (art. 6 RGPD), minimización de datos y limitación de finalidad (art. 5 RGPD), seguridad (art. 32 RGPD), transparencia e información, y, cuando procede, evaluación de impacto. Su garante es la autoridad de control (AEPD), con potestades sancionadoras y correctivas (arts. 58 y 83 RGPD).

La diferencia no es retórica, sino de objeto y consecuencias. En la vía laboral, el exceso del poder de dirección se traduce en nulidad de instrucciones (p. ej., imponer WhatsApp en el móvil personal), tutela de derechos fundamentales, eventuales indemnizaciones por daño moral, e incluso nulidad de sanciones o despidos conectados a la negativa del trabajador. En la vía administrativa, el foco se desplaza al tratamiento de datos, de modo que puede haber multas y órdenes de cese del canal (prohibir WhatsApp para ciertos flujos, suprimir datos e implantar medidas técnicas), incluso aunque no haya sanción laboral.

Esta autonomía se aprecia con nitidez en la Resolución AEPD PS/00505/2023 de la Agencia de Protección de Datos que sanciona a la empresa que enviaba datos de clientes al WhatsApp personal de una trabajadora, a pesar de su oposición, por infracción de los arts. 6 (licitud) y 32 (seguridad) RGPD, resaltando que la supuesta costumbre o el consentimiento del trabajador no legitiman el uso de su número personal como canal de tratamiento. Además, destaca que el contacto tras extinguirse la relación carece de base jurídica. La legalidad del poder de dirección en este caso queda claramente cuestionada, sin que tenga que haber habido una consecuencia estrictamente laboral con el trabajador, como pudiera ser un despido o una sanción.

⁶ Entre otras: la STS (Sala Social) 119/2018, de 8 febrero 2018 donde puede leerse: "... para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]" [STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3] (FJ 5)."

⁷ En el ordenamiento español, las sanciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) son administrativas y se imponen al amparo del RGPD y la LOPDGDD con una finalidad primordial: restaurar el cumplimiento y disuadir infracciones que afecten a los derechos de las personas sobre sus datos. Pueden consistir en multas, apercibimientos y medidas correctivas (cesar tratamientos, limitar accesos, implantar políticas, etc.). Son independientes de las eventuales consecuencias en la jurisdicción social.

Dada la existencia de esos dos ámbitos que afectan a las decisiones que puede tomar el empresario en el marco de su poder empresarial, puede decirse que WhatsApp pone a dialogar ambos órdenes administrativo⁸ y laboral⁹, pudiendo considerarse que la transversalidad del Derecho de protección de datos se aplica en la empresa además del derecho puramente laboral, con finalidades y remedios distintos.

Finalmente, el *no bis in idem* no se vulnera si coexisten ambas vías, porque no protegen exactamente lo mismo. Por un lado, lo social tutela condiciones de trabajo y derechos del trabajador frente al poder de dirección; por otro, lo administrativo protege datos personales (del propio trabajador y de terceros) frente a tratamientos ilícitos. Por eso una empresa puede verse condenada a restablecer canales y abstenerse de imponer WhatsApp (sentencia social) y, además, ser sancionada por la AEPD si el canal implicó tratamientos contrarios al RGPD.

El empresario debe aplicar simultáneamente la normativa de protección de datos y la laboral al ejercer su poder de dirección. Un mismo hecho (por ejemplo, monitorización desproporcionada) puede generar respuestas en planos distintos sin infringir el principio *non bis in idem*, porque se protegen bienes jurídicos distintos y tienen finalidades diferentes. En consecuencia, la gestión empresarial desde el poder de dirección exige un enfoque de cumplimiento integral que incluye políticas internas, evaluación de riesgos y evidencia documental que resista tanto el escrutinio de la AEPD como el control judicial laboral.

III. La Resolución AEPD PS/00505/2023

La Resolución PS/00505/2023 de la AEPD es la elegida para explicar por qué el uso del WhatsApp personal de la persona trabajadora no puede convertirse, por simple comodidad, en un canal habitual de trabajo y cuáles son los efectos en la empresa que utiliza ese medio como forma de poder de dirección.

El expediente afecta a la empresa ASYMECO, S.A. que enviaba documentos con datos de clientes al número privado de una empleada a través de WhatsApp. Esta persona trabajadora había reiterado su oposición expresa y proponía alternativas (correo corporativo o facilitar un móvil de empresa). Pese a ello, los envíos continuaron y, ya extinguida la relación laboral (baja voluntaria el 10/10/2023), la compañía volvió a contactar por WhatsApp el 7/11/2023 para plantear una consulta sobre un cliente.

⁸ Desde lo administrativo-sancionador, la AEPD ha construido una doctrina casuística sobre WhatsApp en el trabajo:

- a) Archivo cuando el uso se limita a datos mínimos, finalidad organizativa clara e información previa suficiente (por ejemplo, la inclusión en grupo con datos estrictamente necesarios).
- b) Sanción cuando se usa el número personal sin base válida, se tratan datos de terceros sin garantías, o se mantiene el canal contra la oposición del afectado (incluso sin relación laboral vigente). Esta línea puede verse en AI-00050-2022 (archivo con condiciones estrictas) frente a la PS/00505/2023 (sanción), y en resoluciones posteriores donde se penaliza la inclusión no consentida en grupos o el uso de WhatsApp para notificaciones formalmente sensibles.

⁹ Desde lo laboral, imponer el uso del WhatsApp en el dispositivo personal del empleado desdibuja fronteras entre tiempo de trabajo y descanso, erosiona el derecho a la desconexión digital y puede configurar una modificación sustancial o una injerencia ilegítima en derechos fundamentales si se convierte en canal obligatorio o permanente.

Las capturas del chat incorporadas al expediente reflejan, además, mensajes de la trabajadora en los que manifestaba claramente que no quería recibir comunicaciones a través de ese canal. Además, la Agencia da por acreditado que se remitieron PDFs con datos de un cliente al WhatsApp personal de la trabajadora.

Con esa base fáctica, la AEPD aprecia dos infracciones del RGPD.

1. Ilícitud del tratamiento (art. 6.1)

Se basa en dos razones encadenadas: la primera, el contacto post-contrato carecía de toda base jurídica ya que no hay contrato en vigor que ejecutar, ni consentimiento válido ni otra condición del art. 6.1; y la segunda, durante la relación, frente a la oposición explícita de la afectada y existiendo canales menos intrusivos, la empresa no puede refugiarse en argumentos de costumbre, agilidad o eficacia. La resolución lo dice sin rodeos: las razones de economía, costumbre o agilidad deben rechazarse cuando se trata de adaptar la actividad al RGPD.

En paralelo, la Agencia descarta que la supuesta aquiescencia del resto de la plantilla salve la licitud ya que no se acreditó consentimiento informado ni previo y, en todo caso, la trabajadora afectada se opuso de forma inequívoca.

2. Seguridad (art. 32)

Aquí la clave no es si hubo o no consentimiento, ni siquiera el horario de los envíos, sino que la empresa envió datos de clientes a un dispositivo privado cuyos controles de seguridad desconoce y no puede garantizar (política corporativa, autenticación, antivirus, cortafuegos, bloqueo remoto, etc.). Para la AEPD, el teléfono personal no cumple desde la perspectiva de seguridad corporativa ya que puede estar accesible a terceros, puede haber copias de seguridad no controladas y, en suma, no asegura confidencialidad e integridad como exige el art. 32 RGPD. Por eso, la ilicitud por seguridad concurre con independencia de horarios o hipotéticos consentimientos.

Las alegaciones de la empresa (costumbre inveterada del despacho, práctica habitual, agilidad y quejas inexistentes del resto de trabajadores) son desestimadas. También lo es la invocación de un precedente de archivo sobre inclusión en grupos de WhatsApp, porque no es el mismo supuesto. La AEPD subraya, además, que el expediente no reprocha una difusión pública de datos, sino que se ciñe a licitud (seguir usando el número tras la baja) y seguridad (usar un terminal privado fuera del perímetro de control). La AEPD no resuelve ni valora temas estrictamente laborales, debiendo ser la competente la jurisdicción social.

En consecuencia, la resolución impone dos multas de 2.500 € cada una (total 5.000 €): una por el art. 6.1 (art. 83.5 RGPD) y otra por el art. 32 (art. 83.4 RGPD). Y, además, ordena a ASYMECO adoptar las siguientes medidas en tres meses: evitar contactar a ex-trabajadores sin cumplir el art. 6.1 RGPD e implantar medidas técnicas y organizativas que impidan el envío de datos de clientes a dispositivos privados del personal sin cumplir las exigencias del RGPD/LOPDGDD. Finalmente hace una advertencia diciendo que el incumplimiento de la orden correctiva puede abrir un nuevo procedimiento sancionador.

IV. Como afecta esta resolución al poder de dirección

Las conclusiones que pueden adoptarse tras la resolución de la AEPD que afectan directamente al poder de dirección son las siguientes:

1. No se puede convertir el WhatsApp personal en herramienta de trabajo por defecto ni justificarlo por comodidad, inercia o rapidez. El poder de dirección se detiene ante la licitud y la seguridad. Si la organización necesita mensajería instantánea, debe proveer medios corporativos (línea y terminal de empresa, cuentas gestionadas, gestión de dispositivos móviles, cifrado, registro y control de copias) y canalizar su uso mediante políticas internas y base jurídica idónea, sin cargar el riesgo sobre el trabajador.
2. El fin del contrato es la base de tratamiento, de modo que contactar por WhatsApp al *ex*-empleado para cuestiones del negocio carece de cobertura. Por tanto, una vez está extinguido el contrato, no puede mantenerse el WhatsApp personal como vía para resolver asuntos del negocio. Sólo cabrían contactos puntuales y justificados por una base del art. 6, con contenido mínimo, por canales formales y seguros. En otro caso, el contacto es ilícito (como declaró la AEPD en PS/00505/2023).
3. El estándar de seguridad no se puede delegar en el terminal privado de la persona trabajadora. La empresa, en el marco de su poder de dirección, debe determinar, implantar y poder demostrar (principio de *accountability*, art. 5.2) las medidas técnicas y organizativas adecuadas al riesgo, como son el control de accesos, cifrado, registro de actividad, gobierno de copias y *backups*, borrado/retención, inventario de dispositivos, respuesta a incidentes, etc. Si esos controles no pueden aplicarse ni auditarse en el terminal privado del empleado, la organización no puede delegar en la buena voluntad del usuario el cumplimiento del art. 32 RGPD. Por ello, seguir tratando datos en los móviles privados de las personas trabajadoras no es conforme a la LOPDGDD¹⁰.
4. Hay una convivencia entre el orden social y el administrativo.

Para usar el WhatsApp en las comunicaciones en la empresa, no basta con pasar el test laboral o el de protección de datos, sino que hay que pasar ambos. De ahí la regla práctica de que hay dos bienes protegidos (derechos laborales de la persona y derechos de protección de datos de todas las personas afectadas), dos vías de reacción (social y administrativa) y, en su caso, dos tipos de consecuencias (reordenación/indemnización frente a multas/órdenes de cumplimiento). El poder de dirección debe velar por que exista una integración de estas dos miradas en una política única de comunicaciones digitales, que es la clave para evitar que la práctica termine, por una vía u otra, en nulidad y sanción.

¹⁰ A mayor abundamiento, el criterio europeo en el ámbito laboral (WP29/EDPB, Opinion 2/2017) pide, además, un test reforzado de necesidad y proporcionalidad en el empleo de tecnologías en el trabajo, privilegiando opciones menos intrusivas y bajo control del empleador. <https://www.aepd.es/guias/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>.

V. Reflexiones finales

La resolución de la AEPD PS/00505/2023 establece un principio operativo sencillo que debe tener en cuenta el empresario en su poder de dirección, consistente en utilizar canales corporativos menos intrusivos y seguros que el envío de comunicaciones a través del WhatsApp de la persona trabajadora.

La invocación por la dirección de la costumbre o que siempre se ha hecho así, no legitima el uso de WhatsApp como canal de comunicación con las personas trabajadoras ni suple las exigencias legales aplicables. La comodidad, gratuidad o la accesibilidad de la aplicación, tampoco legitiman dicho uso.

Al ejercer el poder de dirección se ha de tener en cuenta que la costumbre solo rige en defecto de ley y convenio (no solo en materia de protección de datos), y nunca puede restringir derechos (art. 3.1 ET), de modo que la costumbre por sí sola no autoriza a imponer comunicaciones a través del teléfono personal del trabajador ni a erosionar su intimidad, jornada o desconexión.

Por ello puede considerarse que la práctica habitual o la costumbre no exime del test de necesidad y proporcionalidad ni del deber de *accountability*, que debe hacerse desde la perspectiva laboral, pero también de protección de datos en casos con el expuesto de comunicación a través de WhatsApp. Esto implica que el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, debe tomar las decisiones de manera informada y reflexionada, con el fin de evitar sanciones y órdenes correctivas de la autoridad de control y, en su caso, otro tipo de consecuencias laborales.

A su vez, la exclusiva aceptación por la persona trabajadora del uso de su WhatsApp personal para asuntos relacionados con su relación laboral tampoco exime al empresario de los test ya mencionados, ni siquiera si el consentimiento se ha dado de forma expresa por escrito ya que se podría cuestionar que es totalmente libre, precisamente por la relación de dependencia y por el temor a represalias que pudiera percibir la persona trabajadora si se negara. A ello se suma que esa firma implica un traslado de responsabilidad sobre los datos y seguridad del dispositivo privado a la persona trabajadora, que ambas partes deben conocer de forma clara. Con esta delegación la empresa no controla ni puede auditar el terminal (políticas de actualización, cifrado, copias en nubes personales, acceso por terceros del entorno familiar, bloqueo remoto, la prevención de pérdida de datos, registros de acceso, retención y borrado), por lo que no puede cumplir ni acreditar las medidas del art. 32 RGPD ni el principio de *accountability*.

Por ello, una decisión adoptada en el marco del poder de dirección de uso del WhatsApp personal basado en el consentimiento y la buena praxis del empleado se ha de considerar que no supera el test de licitud, necesidad y seguridad.

El poder de dirección del empresario sobre el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores

MANUELA ABELEIRA COLAO

*Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
CEU Universidad San Pablo*

<https://orcid.org/0000-0001-9164-1142>

I. Estado de la cuestión

La libertad de expresión como derecho fundamental, ha sufrido y sufre limitaciones significativas en su ejecución en el marco del contrato de trabajo. Las consecuencias que el ejercicio del poder empresarial tiene sobre la libertad de expresión de los trabajadores en el marco de la relación de trabajo ha sido objeto de innumerables sentencias y estudios por parte de la doctrina laboralista, pero ha cobrado un nuevo cariz con la aparición de los medios tecnológicos que el empresario pone a disposición de los trabajadores. El problema principal se suscita sobre todo por el alcance del mensaje que se consigue a través de las nuevas formas de comunicación (mensajería instantánea, redes sociales) que sobredimensiona el impacto de la comunicación llegando en ocasiones a una expansión inimaginable incluso para el propio emisor¹. Como en cualquier otra cuestión atinente al derecho del trabajo lo nuclear, apunta Montoya Melgar sigue siendo “equilibrar los intereses del trabajador y el empresario”², Se “enfrentan” en este equilibrio de intereses, el derecho al honor de la empresa, su reputación, y el derecho a la libertad de expresión del trabajador.

¹ La importancia del uso adecuado del lenguaje en las relaciones de trabajo ha sido también objeto de estudio por el Profesor MONTTOYA MELGAR en una monografía de referencia MONTTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1992.

² MONTTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 44ª edición, Madrid, 2023, pág. 329.

II. Regulación del poder de dirección y de la libertad de expresión

La Constitución Española incluye como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de derechos básicos, inherentes a la persona, “unos derechos cuyo común denominador reside en la idea de la dignidad de la persona. Es esa dignidad la que exige que el trabajador sea titular de un conjunto de derechos fundamentales que reciben, por cierto, una protección privilegiada, sin duda para marcar la diferencia con el Derecho pre-constitucional, como derechos pero dotados de proyección laboral; derechos estos que no se detienen, como expresivamente se ha dicho, ante las puertas del centro de trabajo sino que acompañan al trabajador cuando se integran en él”³. Uno de estos derechos es la libertad de expresión que ostenta la máxima protección en el orden social, pues al tratarse de un derecho fundamental, goza de una especial tutela vía artículo 53 del meritado texto. Y ello, porque, “contemplar únicamente a la empresa *qua* organización como fuente del poder de dirección, significa olvidar, también consciente o inconscientemente, que el trabajo que en la Empresa se presta hoy es un trabajo libre”⁴. Sin embargo, al igual que ocurre con el resto derechos fundamentales, su ejercicio no dota de un poder omnímodo a su titular que encuentra límites a su libertad de expresión “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”⁵. Este último aparatado pone de nuevo el acento en la afección que sufre el derecho a la libertad de expresión cuando se enfrenta al derecho a la libertad de empresa recogido en el mismo título de la Carta Magna⁶. Lo cual nos remite de nuevo

³ MONTOTOYA MELGAR, A.: “Tendencias actuales del Derecho del Trabajo”, Lección magistral pronunciada por el en la Universidad CEU San Pablo, Facultad de Derecho, festividad de San Raimundo de Peñafort, 23 enero 2014, Fundación Universitaria San Pablo CEU, CEU Ediciones, Madrid, 2014, pág. 9.

⁴ Prólogo de Manuel Alonso Olea al libro de MONTOTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1965.

⁵ Artículo 20 Constitución Española.

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.[...] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

⁶ “Principio del formulario.

Final del formulario.

Artículo 38 de la Constitución Española.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

En relación con este artículo recuerda MONTOTOYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones Laborables”, en AAVV. (SANCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZALEZ DÍAZ, F. J.(Dir.): *Libertad de Empresa y Poder de dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*”, Aranzadi, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 28, que “en la actualidad el modelo productivo universal es el basado en la economía de mercado -que nuestra Constitución reconoce en su artículo 38- y en el contrato de trabajo”.

a la dificultad de aplicar ese equilibrio interpartes cuando esta oposición se produce en el marco de una relación de trabajo.

En el Estatuto de los Trabajadores también aparecen regulados derechos y obligaciones de los trabajadores en relación con el derecho a la libertad de expresión y el poder del empresario⁷. Debemos recordar que el poder de dirección implica “la organización general de la empresa y la ordenación de las singulares prestaciones laborales”⁸. Pero a su vez el Derecho del Trabajo también se ocupa de reconocer derechos a los trabajadores que limitan el ejercicio de este poder de dirección; es precisamente “el respeto de estos límites lo que determina la regularidad del ejercicio del poder del empresario”⁹. Por su parte, como ya adelantábamos, el trabajador en la relación laboral también puede ver limitado el ejercicio de ciertos derechos, como la libertad de expresión en el cumplimiento de sus deberes de buena fe¹⁰. En la actualidad, este deber de buena fe debe especificarse en el relación con el uso de los medios tecnológicos que se ponen a disposición de los empleados, Por este motivo, muchas empresas han creado protocolos y códigos de conducta, donde se incluyen normas específicas sobre aquellos comportamientos de sus trabajadores, que pudieran afectar a su fama u honor.

III. Límites a la libertad de expresión en la relación laboral

Una de las funciones más importantes que pueden llevar a cabo los Tribunales, y especialmente el Tribunal Constitucional es controlar que el poder de dirección respete

⁷ Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

4. El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 43ª edición, Madrid, 2022, pág. 389.

⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones Laborales”, *opus cit.* pág. 28, que “en la actualidad el modelo productivo universal es el basado en la economía de mercado -que nuestra Constitución reconoce en su artículo 38- y en el contrato de trabajo”.

¹⁰ Sobre la buena fe, como límite a los derechos fundamentales en la relación laboral se pronuncia extensamente el profesor Montoya Melgar en MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000.

los derechos de los trabajadores (es lo que el Profesor MONTTOYA MELGAR denomina “límites sociales (al meritado poder)”¹¹. A la luz de los pronunciamientos en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se observa que los jueces realizan importantes avances para resolver los conflictos derivados de las manifestación de opiniones de los trabajadores a través de medios electrónicos, especialmente redes sociales. Lo cierto es que con independencia de los medios que se usen la manera de operar no cambia, es decir, a la hora de valorar si una limitación de derechos fundamentales puede darse en el ámbito laboral, se debe someter la medida laboral al triple juicio de necesidad, proporcionalidad e idoneidad¹².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance y aplicación del contenido de este derecho cuyo ejercicio debe “gozar de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones, que ha de ser lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura”¹³. Pero a su vez el propio Tribunal también se encarga de aplicar las limitaciones que existen a su ejercicio: “Aunque «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (STC 88/1985), no es menos cierto que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada, de modo que manifestaciones de tal libertad que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo, necesariamente, dentro del ámbito de esa relación contractual (STC 120/1983)”¹⁴. En definitiva, precisa que: “[...] la Constitución no tutela ni alienta, a quienes invocando la libertad de expresión socavan la dignidad humana que es a la vez sustento y límite de dicha libertad y del resto del orden jurídico (art. 10.1 CE (RCL 1978, 2836)), ni tampoco a quienes con su ejercicio menoscaban el derecho al honor de los demás mediante una injerencia innecesaria o desproporcionada (arts. 18.1 y 20.4 CE). [...] Para valorar si se ha producido una injerencia en el derecho al honor, atendido que su contenido es inestable y lábil, debemos fijarnos en las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 170/1994 (RTC 1994, 170), FJ 4, y 28/2020, FJ 4)”¹⁵.

Una de las cuestiones más complicadas de la aplicación de la libertad de expresión en el ámbito laboral es la concreción de su alcance y contenido. Los Tribunales en muchas ocasiones han señalado la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, principalmente por la necesidad de probar la veracidad de las manifestaciones realizadas. Recientemente, en el caso de un enfermero que fue despedido por presentar quejas en un Ayuntamiento por la gestión de su empresa, una residencia de mayores en relación con la necesidad de probar la veracidad de los hechos

¹¹ MONTTOYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones Laborales”, *opus cit.* pág. 34.

¹² Así lo recoge el Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 93/2021 de 10 May. 2021, Rec. 3223/2019, (RTC\2021\93).

¹³ STC 112/2016, de 20 de junio.

¹⁴ FJ. 6 de la STC 6/1988, de 21 de enero de 1988, Sala Primera, BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1988, ECLI:ES:TC:1988:6.

¹⁵ STC 93/2021, de 10 de mayo (RTC 2021, 93).

manifestados ante el Ayuntamiento, el Tribunal Constitucional recuerda “mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información” (SSTC 181/2006, de 19 de junio, FJ 4; 56/2008, de 14 de abril, FJ 3; 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4; 38/2017, de 24 de abril, FJ 2, y 24/2019, de 25 de febrero, FJ 4)¹⁶.

También se han ocupado los Tribunales de señalar, como límite al ejercicio de la libertad de expresión de sus trabajadores, la necesidad de respetar los derechos del resto de trabajadores y clientes, no solo en el ejercicio de la buena fe, sino porque las ofensas verbales al empresario, los compañeros de trabajo y los clientes constituyen a su vez una causa de despido justificada (art. 54.2 c) ET). Por ello, en innumerables ocasiones han señalado que “con carácter general, «el ejercicio de la libertad de expresión -también el del derecho a la información- no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican» (STC 204/1997)”¹⁷.

Sin embargo, ello no impide que el trabajador pueda realizar críticas contra su empresa sin que esto suponga un daño a la reputación u honor de los empresarios. Recientemente, se resolvió el caso de la trabajadora de una residencia de mayores que había realizado críticas a una televisión sobre los medios materiales suministrados por su empresa durante la pandemia del Covid-19. Recuerda el Tribunal Supremo: “A este respecto, conviene destacar ya, desde el primer momento, que la libertad de expresión abarca dentro de su núcleo normativo la crítica de la conducta ajena, incluso cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues «[a]sí lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43). De modo que, como subrayan las SSTC 235/2007, de 7 de noviembre y 83/2023, de 4 de julio, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «[a] cogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población»”¹⁸.

Modula también el poder del empresario sobre el derecho a la libertad de expresión el hecho de que quien ejercite su libertad de expresión ostente algún cargo de representación de los trabajadores. Entienden los Tribunales que estos sujetos gozan

¹⁶ En este procedimiento se declaró en primera instancia la nulidad del despido por violación de la libertad de expresión de la trabajadora pero el TSJ del País Vasco considera que no existe tal vulneración de derecho puesto que las críticas fueron realizadas frente a un tercero, el Ayuntamiento y no a su empleadora) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 146/2019 de 25 Nov. 2019, Rec. 2436/2017 (RTC\2019\146).

¹⁷ Por todas Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 20 Abr. 2005, Rec. 6701/2003 (RJ\2005\3532).

¹⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 12/2025 de 7 Ene. 2025, Rec. 1560/2023 JUR\2025\1016.

de una especial protección “de manera que manifestaciones de los mismos que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan”¹⁹.

IV. Para concluir

El poder de dirección del empresario es fundamental en la relación de trabajo. En un mundo donde el término de dependencia laboral se ha transformado a gran velocidad, el contenido y manifestaciones de este poder adoptan por ello también nuevas formas y maneras de ejecución. Pero esto no pueden llevarnos a pensar que el poder de dirección ha desaparecido, todo lo contrario, es uno de los distintivos de las relaciones reguladas por el derecho del Trabajo, rama jurídica que se ocupa también, de manera intensa, de estipular sus límites. Uno de estos límites se encuentra en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, aunque como bien advertía el Profesor MONTROYA MELGAR y precisamente en pro de las facultades directivas del empresario, estos derechos se ven “modalizados” en la relación laboral²⁰.

El ejercicio de este derecho y sus límites han sido trabajados en muchas ocasiones por el Profesor Montoya Melgar, tanto como magistrado del Tribunal Constitucional como en su labor de profesor universitario. Con su magisterio manifestó, precisamente en uso de su libertad de expresión, unida a la de cátedra, planteamientos novedosos y distintivos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral que hemos tratado siquiera apuntar en los apartados previos²¹. Pero además, quien haya tenido la suerte de coincidir con el maestro, sabrá que también en su vida privada hacia manifiesta gala de su libertad de expresión, especialmente a través de su extraordinario sentido del humor; la risa, la perspicacia y el ingenio eran señas de identidad. Recuerdo su gracia o su ironía pero también sus valiosas enseñanzas en las charlas que mantuvimos cuando le recogía o le llevaba para impartir sus clases magistrales en el CEU. Siempre consideré un lujo aquellas conversaciones, a pesar de las horas intempestivas, ya que las clases eran muy temprano (nunca puso ni una pega a ello), pues me permitían escuchar un rato a más a Don Alfredo.

V. Bibliografía

MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1992.

MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000.

¹⁹ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 109/2018 de 15 Oct. 2018, Rec. 636/2018, RTC\2018\109. Y recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado que limita el ejercicio a la libertad de expresión en relación con la libertad sindical el hecho de que la empresa, exija al sindicato la retractación en su crítica pues de lo contrario los trabajadores se verían perjudicados Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 22/2023 de 27 Mar. 2023, Rec. 6005/2021 (RTC\2023\22), véase también STS Sala de lo Civil, (1227/2024 de 30 de Septiembre de 2024, Rec. 524/2024, (JUR\2024\377953).

²⁰ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 44ª edición, Madrid, 2023, pág. 329.

²¹ Reflejo de ello es el voto particular que formula respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2476-2017, sobre un caso de enaltecimiento del terrorismo en la STC (Pleno), núm. 35/2020 de 25 Feb. 2020, Rec. 2476/2017, (RTC\2020\35).

MONTROYA MELGAR, A.: “Tendencias actuales del Derecho del Trabajo”, Lección magistral pronunciada por el en la Universidad CEU San Pablo, Facultad de Derecho, festividad de San Raimundo de Peñafort, 23 enero 2014, Fundación Universitaria San Pablo CEU, CEU Ediciones, Madrid, 2014.

MONTROYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones Laborales”, en AAVV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.J.(dir.): “*Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*”, Aranzadi, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 44ª edición, Madrid, 2023.

El control del uso de los dispositivos tecnológicos y la expectativa de intimidad: una consolidada construcción sobre un castillo de naipes

JUAN GIL PLANA

Profesor Titular

Universidad Complutense de Madrid

I. La doble faceta del control empresarial

Escribía mi Maestro en su tesis doctoral, mediada la década de los 60 del siglo pasado, que “el poder de dirección se integra no solo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación sino que comprende también funciones de control y vigilancia”, para a continuación configurarlo como el poder empresarial que permite “la comprobación y vigilancia de la realización del trabajo por el empresario o sus delegados”¹. En aquellos momentos de construcción dogmática del poder de dirección empresarial, el poder de control se concebía y dirigía a la supervisión de la “actividad laboral”; deberán transcurrir bastantes décadas y una mudanza de siglo para que, de la mano de la aparición disruptiva de las nuevas tecnologías y su constante y acelerado proceso innovador, el contenido del poder de control se centrara también en el uso que las personas trabajadoras hacían y hacen de las herramientas o bienes empresariales que llevan incorporada alguna innovación tecnológica. Si bien la problemática se suscitó con el control empresarial del correo electrónico y del acceso a páginas web, actualmente se da respecto a instrumentos clásicos como el automóvil de empresa al que se instala un dispositivo de geolocalización.

Se abría el nuevo siglo, por tanto, con dos ámbitos donde el empresario podía ejercer su poder de control, a saber: la “actividad laboral” del trabajador y el “uso de los bienes” que ponía a disposición del trabajador para que éste desarrollara la prestación

¹ MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 152.

comprometida. Y nos adentrábamos en el nuevo siglo únicamente con una previsión jurídica a la que acudir para intentar dar una respuesta al ejercicio de la facultad empresarial de control, el artículo 20.3 del ET que contemplaba que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales»; referencia jurídica que debía ser cohonestada con los derechos fundamentales de los trabajadores, cuya vigencia en el seno de la relación de trabajo ya había consagrado nuestro Tribunal Constitucional².

Sería la dimensión del control empresarial centrado en la “actividad laboral” la primera que obtuvo una respuesta desde la óptica constitucional en el año 2000, en las conocidas STC 98/2000, de 10 de abril y STC 186/2000, de 12 de julio, que sentaron las pautas para la aplicación en la décadas venideras del control empresarial. Pautas que se concretaron en el conocido «test de proporcionalidad» en el uso de la facultad de vigilancia y control cuando tenía por objetivo la “actividad laboral”, de suerte que no habrá afectación de derechos fundamentales si dichos poderes empresariales superan dicho test. Siendo más concretos, el test de proporcionalidad, requería la existencia de una previa y concreta justificación de la adopción de la medida -normalmente la existencia de sospechas de actuaciones en perjuicio de los intereses empresariales, y el cumplimiento de tres condiciones, a saber: a) que la medida fuera susceptible de alcanzar el objetivo que se propone, el denominado «juicio de idoneidad»; b) que la medida fuera estrictamente imprescindible, no existiendo ninguna otra medida más moderada que permitiera conseguir el objetivo propuesto con igual eficacia, el calificado «juicio de necesidad»; y c) que la medida fuera equilibrada y ponderada por obtenerse con ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros posibles bienes o valores en conflicto, el denominado «juicio de proporcionalidad en sentido estricto»

¿Era esta solución trasladable sin ninguna objeción al control del uso de los bienes empresariales? O por el contrario, con carácter previo al sometimiento de la facultad de control del uso de bienes propiedad de la empresa al test de proporcionalidad, debía enjuiciarse si existía o no una esfera de privacidad en dicho uso, de manera que apreciada su existencia el control resultaba ser ilícito.

Al abordar esta cuestión, mi Maestro, con el rigor jurídico que le caracterizaba, iniciaba su análisis preguntándose si el trabajador tenía algún título jurídico para el uso particular de los bienes empresariales, afirmando que “el trabajador carece de título jurídico originario que le permita ese uso particular [...], no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita gozar y disponer para sí del instrumento (art. 348 CC), ni ningún otro título como podrían ser el arrendamiento de cosa (art. 1543 CC) o el comodato (art. 1740 CC). Tampoco tiene un derecho de posesión que le permita al aprovechamiento personal” de los bienes empresariales; resultando que “es el empresario quien tiene sus posibles títulos jurídicos -normalmente, el de propiedad- que le legitiman para que [... el bien empresarial] se utilice por los trabajadores exclusivamente para satisfacer el interés empresarial. Por tanto “el trabajador es pues

² Ver, entre otras muchas, STC 38/1981, de 23 de noviembre y STC 88/1985, de 19 de Julio.

un mero usuario” del bien empresarial, “frente al cual se sitúa en la misma posición de ajenidad que mantiene respecto a los demás bienes muebles e inmuebles de la empresa”; lo que le lleva a deducir -provisionalmente dice- “que el trabajador suele puede utilizar” los bienes empresariales “para dar cumplimiento a su contrato de trabajo y que consiguientemente no tiene derecho a usar el aparato con finalidades particulares”³

A continuación afirmaba que para que el trabajador tuviera un título jurídico para utilizar para uso privado los bienes empresariales éste debería ser sobrevenido, sosteniendo que “el título más claro sería desde luego la autorización expresa” que se podría obtener a través de varios instrumentos que mi Maestro identificaba y enumeraba: “convenio o acuerdo colectivo, pacto contractual, reglamento interno, protocolos, códigos de conducta o decisión del empresario”.

El problema se suscitaba, advertía mi maestro, cuando no existía un título jurídico sobrevenido que avalara el uso particular de los bienes empresariales; planteándose, entonces, si en el ámbito del trabajo y cuando el empresario pone a disposición del trabajador una serie de medios, en este caso tecnológicos -como el correo electrónico o el acceso a la navegación por internet- con la finalidad de que éste pueda cumplir la prestación debida, se puede hablar realmente de la existencia de una esfera de intimidad.

Tardaría más de una década en pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional y un poco menos nuestro Tribunal Supremo en la delimitación de los contornos del control del uso de los bienes empresariales por parte de los trabajadores, pero ya al inicio de la década se apreció en nuestra doctrina judicial una dualidad interpretativa. Por un lado, se dictaron pronunciamientos que negaban la posibilidad de un uso personal de las nuevas tecnologías de la empresa partiendo de la premisa de que las nuevas tecnologías eran instrumentos puestos por el empleador a disposición del trabajador para una concreta finalidad, poder desarrollar la prestación laboral contratada⁴; por otro lado, se construyó una interpretación permisiva que consideraba que la ausencia de autorización expresa debía considerarse como una admisión tácita de la posibilidad del uso particular de los medios tecnológicos empresariales por el trabajador, que no podía ser desautorizada al desplegar el poder disciplinario tras efectuar una acción empresarial de control del uso de dichas tecnologías⁵.

II. Los cimientos del castillo de naipes: la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Trascendiendo del ámbito interno al plano internacional, los cimientos de la posible solución a la admisibilidad del control empresarial del uso particular de los bienes empresariales nos vinieron dado por la interpretación que del artículo 8 del

³ MONTOYA MELGAR, A.: “Buenos y malos usos del ordenador en la empresa”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2009, nº 39, p. 303.

⁴ STSJ Castilla y León, Valladolid, 19 noviembre 2004 (AS 2004, 3110), STSJ Galicia 4 de octubre de 2001 (AS 2001, 3366) y STSJ Cataluña 5 de julio de 2000 (AS 2000, 3452) STSJ 15 de junio de 1999 (AS 1999, 2504); STSJ Andalucía/Sevilla 5 de junio de 2007 (AS 2007, 3132).

⁵ En esta interpretación la STSJ Cantabria 18 enero de 2007 (AS 2007, 1030), STSJ País Vasco 21 diciembre 2004 (AS 2004, 3242).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El citado artículo establece en su apartado 1º que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», y en su apartado 2º que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

La interpretación y primera conformación de los contornos del control empresarial del uso de los bienes empresariales se efectuó en la STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido (TEDH 2007, 23), al resolver un supuesto de control empresarial de las llamadas telefónicas, correo electrónico y uso de internet de una trabajadora de un organismo público, partiendo de la premisa, asentada en resoluciones anteriores, de que «las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del artículo 8.1» del CEDH, considera lógico llegar a idéntica conclusión respecto al correo electrónico, de suerte que «los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del artículo 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet». Con carácter previo, debemos tener presente, por cuanto resulta crucial para entender porque la solución dada en nuestro ordenamiento interno se construye sobre un castillo de naipes, es que en el momento en que suceden los hechos controvertidos no existía en el Reino Unido una norma legal que amparase dicho control, por cuanto la misma fue dictada con posterioridad, concretamente en el año 2000 y los hechos acaecen en el año 1999.

Sentada la protección del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral por parte de los trabajadores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiende que al no existir previsión legal que avale el control y al no advertirse a la trabajadora que la utilización de dichos medios de trabajo podrían ser objeto de control empresarial, ésta «podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo» e igualmente «podía esperar lo mismo en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet». Y ante esta expectativa de privacidad concluye que el control empresarial mediante «la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio».

Se consagró, de forma cuestionable, que sí hay una expectativa/esfera de intimidad que no puede quebrarse si no se ha advertido previamente al trabajador que el uso de las nuevas tecnologías va a ser objeto de control empresarial. Y es cuestionable porque no se da una explicación del porqué el trabajador «podía razonablemente esperar» un ámbito privado en la utilización de los medios empresariales durante el desarrollo de la prestación laboral debida, solo se dice que el mismo se deduce de la inexistencia

de advertencia empresarial previa sobre el posible uso de los medios empresariales, cuando, a lo mejor, lo que razonablemente se podría esperar es que el trabajador utilice los instrumentos puestos a su disposición por la empresa para desarrollar su trabajo pues no otro es el objeto del contrato de trabajo.

Debemos apuntar aquí que en el aquel momento y en el ámbito interno de la propia Unión Europea, en relación a un trabajador contratado laboralmente por ésta que es despedido por el uso para fines personales de los medios tecnológicos puestos a su disposición, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2001 (TJCE 2001, 288), afirmó que una regla que vincula exclusivamente la utilización de los medios tecnológicos a fines laborales «sólo constituye [...] la expresión del principio de que el material de trabajo que el empleador entrega al empleado debe utilizarse, en general y sin perjuicio de excepciones específicas, para la ejecución de las tareas profesionales del asalariado, [principio] que constituye, a su vez, la mera expresión del principio de que los contratos de trabajo deben cumplirse de buena fe [aplicándose] de forma evidente, incluso a falta de estipulación expresa».

III. La construcción del castillo de naipes por el Tribunal Supremo

La disparidad en la doctrina científica y la controversia judicial van a obtener respuesta por parte del Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514), confirmada posteriormente por la sentencia de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 932), y matizada de forma importante por la sentencia, dictada en Sala General, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699).

Nuestro Tribunal Supremo parte de la licitud del control empresarial de la utilización por el trabajador de los medios tecnológicos puestos a su disposición, al amparo de lo previsto en el artículo 20.3 del ET, procede a *repcionar parcialmente* la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en la sentencia Copland- y establece una garantía partiendo de la propia realidad social en la que se constata, en su opinión, «un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores», que genera en el trabajador una expectativa generalizada de confidencialidad en la utilización de los medios tecnológicos que da lugar a una esfera de intimidad y privacidad que debe ser respetada por el empleador; advirtiendo, no obstante, que esta expectativa de intimidad no puede ser utilizada de coartada para proceder a un uso contrario a las pautas establecidas por el empleador.

La inicial solución ofrecida por el Tribunal Supremo, calificada por mi Maestro de razonable⁶, al asumir parcialmente la doctrina del TEDH, supone, sin embargo, configurar una construcción jurídica sobre un débil cimiento que podría ser desmontado con un soplo de aire como si fuera un castillo de naipes y ello porque nuestro Tribunal Supremo obvió una parte del razonamiento contenido en la STEDH de 3 de abril de 2007. En efecto, en este pronunciamiento, tras afirmar la existencia de una expectativa razonable de privacidad del trabajador en el uso de los medios empresariales, entra a valorar la posible existencia de normativa interna que permita la

⁶ MONTÓYA MELGAR, A.: “Buenos y malos usos del ordenador en la empresa”, ob.cit., 307-308.

injerencia en la privacidad del trabajador y al constatar que en el derecho nacional -en el caso enjuiciado se trataba de Reino Unido- no «existiese a la sazón alguna disposición, en la legislación interna o las normas que regían [en la empresa], que regulase las circunstancias en las que se pudiese hacer un seguimiento del uso del teléfono, correo electrónico o Internet por parte de los trabajadores», concluye que «el seguimiento no tenía a la sazón fundamento en Derecho interno, la injerencia en el presente caso no estaba «prevista por la Ley» tal y como exige el artículo 8.2 del Convenio» y, por ello, estima que se ha lesionado la intimidad del trabajador. Es más, en esta sentencia el TEDH «no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo pueda considerarse «necesario en una sociedad democrática» en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo».

En definitiva, la esfera de privacidad fue mantenida por el TEDH porque en el derecho interno aplicable no había norma legal o normativa de la empresa que estableciese excepciones a dicha esfera de intimidad. Circunstancia que no se apreciaba en nuestro Derecho del Trabajo, en el que existía una previsión legal que excepcionaba la expectativa de privacidad del trabajador, el artículo 20.3 ET, al que el propio Tribunal Supremo se refiere expresamente, y que facultaba al empleador a adoptar las medidas que estimase más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. La solución debería haber sido afirmar esa esfera de privacidad y admitir simultáneamente su posible control al amparo de la excepción legal prevista en el artículo 20.3 ET, sometiendo la acción empresarial de control al test constitucional de proporcionalidad, y no afirmar la existencia de un ámbito de privacidad al tiempo que se niega la facultad empresarial de control si previamente no se han dictado por la empresa pautas de uso y control de las nuevas tecnologías puestas a disposición de los trabajadores. La previsión legal que actúa como excepción legal a ojos del artículo 8 del Convenio Europeo era suficiente para permitir el control empresarial, sin necesidad de exigir, como consagró el Tribunal Supremo, una excepción autónoma nacida de la voluntad de la empresa, ya que para el TEDH la excepción a la esfera de intimidad valía tanto si se recoge en una norma legal como en una norma interna de la empresa, no exigiendo una acumulación de las mismas como, en la práctica, acaba sucediendo en la solución ofrecida por el Tribunal Supremo.

Esta construcción jurisprudencial, a modo de castillo de naipes, se vio apuntalada constitucionalmente, con la STC 241/2012, de 17 de diciembre, en la que, sin mención alguna al test de proporcionalidad, en un supuesto de control del uso de los bienes empresariales, afirma que la posible lesión de un derecho fundamental al desplegarse la facultad empresarial de vigilancia y control de las herramientas tecnológicas vendrá condicionada por la existencia de pautas de uso de dichos instrumentos, y, en su caso, por el alcance y solución contemplados en ellas. La desaparición del castillo de naipes se confirma en la STC 170/2013, de 7 de octubre, en la que se asienta la doctrina de que cualquier análisis de la posible existencia de lesión de un derecho fundamental de un trabajador al desplegarse la facultad empresarial de vigilancia y control sobre el uso de las herramientas tecnológicas tiene como punto de partida el régimen de utilización de

las mismas establecido por el empresario, de suerte que aclarado cuales sean las pautas existentes en la empresa se debe abordar la posible lesión de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista constitucional, con indudable trascendencia en el plano legal, en el control del uso de los bienes empresariales, primero hay que despejar si existe o no expectativa de intimidad y, solo si se concluye que no existe, cabe en segundo lugar proceder a someter el concreto acto de control al test de proporcionalidad.

Finalmente esta interpretación ha tenido su respaldo legal en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, concretamente en su artículo 87, dedicado a al derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, al proclamarse, por un lado, que “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”, y por otro lado, que “los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”.

El uso personal de los ordenadores de la empresa y el alcance del control empresarial. Reflexiones a propósito de la STS 4ª de 6 de febrero de 2024

ELENA DESDENTADO DAROCA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

“...todo el Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial, que pone fin a la vieja figura del patrono “monarca absoluto” sujetándole a la ley (y al convenio colectivo) y haciendo además que su poder sea compartido en ciertos aspectos y fiscalizado en ciertos casos por los representantes de los trabajadores”.

Montoya Melgar, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en AAVV, Libertad de empresa y relaciones laborales en España (F. Pérez de los Cobos dir.), IEE, Madrid, 2005.

I. El poder de dirección del empresario, el derecho a la intimidad del trabajador y el principio de buena fe. Los “buenos y malos usos” del ordenador de la empresa

En el número 1 del año 2009 de la revista Relaciones Laborales, el profesor Montoya publicó un excelente trabajo sobre el alcance del control informático del empresario. El título resulta significativo: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”¹.

En este trabajo, el profesor Montoya aglutina los problemas jurídicos que plantea el uso del ordenador de la empresa en dos grandes cuestiones: las posibilidades del uso personal del ordenador por el trabajador y los medios que el empresario puede emplear para controlar tal uso; y señala que en la base de esta problemática está la existencia de dos derechos en posible conflicto: el poder de dirección del empresario (arts. 38

¹ MONTOLYA MELGAR, A., “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2009, pp. 185 a 200.

CE y 20 ET) y el derecho del trabajador a la intimidad (arts. 18 CE y 4.1.e ET, junto al que, eventualmente se debe incluir el secreto de las comunicaciones). Estos derechos, precisa el autor, tienen un límite esencial: deben ejercitarse con arreglo al principio de buena fe, que es “un principio indispensable para que el proyecto contractual alcance su cumplimiento (arts. 1258 CC, 57 CCom y 20.2 ET)”.

En relación con la primera cuestión (las posibilidades del uso personal), el profesor Montoya se pregunta si el trabajador tiene un título jurídico originario para el uso privado de los ordenadores de la empresa. Su respuesta es negativa: el trabajador no ostenta ningún derecho de propiedad que le permita “gozar y disponer” para sí del ordenador (art. 348 CC), ni tampoco tiene otros títulos como podría ser el arrendamiento de cosa (art. 1543 CC), el comodato (art. 1740 CC) o un derecho de posesión (art. 430 CC). El trabajador es “un mero usuario” del ordenador, cuya titularidad originaria ostenta el empresario, como sucede con el resto de los bienes de la empresa. Montoya precisa que el ordenador es un elemento de la organización de la empresa, de la que el trabajador, de acuerdo con el art. 1.1 ET, depende y en la que presta sus servicios “en utilidad patrimonial del empresario”. Ello nos lleva a la esfera del poder de dirección del empresario, que, eso sí, debe ejercitarse con respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y, en especial, con respeto a su derecho a la intimidad.

El trabajador necesita, pues, de un título sobrevenido que legitime el uso personal del ordenador de la empresa. Y el título más evidente es, claro está, la autorización de dicho uso a través del convenio colectivo, el acuerdo de empresa, el contrato de trabajo o el reconocimiento unilateral del empresario. En estos casos, el trabajador tendrá derecho al uso personal del ordenador, aunque ese uso esté condicionado.

Podría suceder que el uso personal, por el contrario, estuviera prohibido, en cuyo caso el trabajador no estaría legitimado para hacer un uso privado del ordenador de la empresa. El derecho a la intimidad del trabajador no es un derecho prestacional, que obligue al empresario a consentir y financiar el uso de un medio de producción para fines personales².

¿Pero qué sucede si el uso personal no se ha autorizado y tampoco se ha permitido expresamente? El profesor Montoya, en la línea de la STS de 26 de septiembre de 2007, entiende que, conforme a un “hábito social generalizado”, existe una “tolerancia” del uso personal del ordenador de la empresa siempre y cuando sea “moderado y razonable”. En estas condiciones, el uso personal no constituirá una infracción de la buena fe contractual.

Delimitadas las posibilidades del uso personal del ordenador de la empresa, Montoya aborda el alcance del control informático del empresario, distinguiendo los distintos supuestos que pueden darse en la práctica, que, como hemos visto, son tres: 1) el uso personal está prohibido expresamente; 2) el uso personal está autorizado expresamente; y 3) el uso personal está autorizado tácitamente.

² DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, vigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 174.

En caso de existir una prohibición expresa y absoluta del uso privado del ordenador, Montoya entiende que no puede apreciarse en el empleo del ordenador espacio alguno de intimidad del trabajador. Por ello, en estos supuestos el control empresarial no afectará el derecho fundamental a la intimidad del trabajador. Ahora bien, esto no significa que el control empresarial sea ilimitado, pues siempre tendrá que cumplir las exigencias de la buena fe contractual.

Si el uso personal está autorizado por convenio colectivo, acuerdo de empresa, contrato de trabajo o reconocimiento unilateral empresarial, la propia regla que establece la autorización fijará las condiciones de uso y de control; control que deberá ser, en todo caso, conforme al principio de proporcionalidad.

El caso más difícil, sin duda, es aquel en el que no existen reglas prohibitivas ni autorizantes. Es evidente que, en estos supuestos de autorización tácita, el uso personal del ordenador debe regirse por los criterios de buena fe y moderación. Pero el control empresarial resulta especialmente problemático, porque no hay aviso previo. El profesor Montoya propone aplicar, por analogía, en estos supuestos las garantías establecidas en el art. 18 ET. La cuestión es, sin embargo, dudosa, por lo que, en las conclusiones, este autor recomienda que la negociación colectiva, el contrato de trabajo, los códigos de conducta o las decisiones unilaterales del empresario concreten las condiciones de uso del ordenador de la empresa y las medidas de control de dicho uso.

II. El impacto de la doctrina Barbulescu: donde hay prohibición también hay espacio de intimidad susceptible de protección

El trabajo del profesor Montoya que se ha comentado en el epígrafe anterior constituye una aportación fundamental en el debate sobre el alcance del control informático del empresario. Sus líneas básicas, en lo esencial, coinciden con la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo que se inició en 2007³ y que fue confirmada por el Tribunal Constitucional⁴. Esta doctrina puede resumirse de la siguiente forma:

1. No existe un derecho del trabajador al uso personal del ordenador de la empresa derivado del art. 18 CE. Ese uso puede estar prohibido o permitido. Es esta la misma premisa de la que parte el profesor Montoya.
2. Si el uso personal del ordenador de la empresa no está prohibido de forma expresa, existirá una expectativa razonable de confidencialidad. En estas condiciones, el control del empresario lesiona el derecho a la intimidad. Los controles ordinarios no serán posibles. Tan sólo se admitirían controles extraordinarios, siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad. En este punto, las doctrinas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no coinciden con el criterio del profesor Montoya, que, como vimos, acepta, en estos casos, el control empresarial siempre y

³ SSTs de 26 de septiembre de 2007, rec. 4277/2005, (caso Etiquetas Galicia), 8 de marzo de 2011, rec. 1826/2010 (caso Font Salem) y 6 de octubre de 2011 rec. 4053/2010 (caso “Annaligia”), STS de 13 de septiembre de 2016, rec. 206/2015 (caso “Radio Televisión Gallega”).

⁴ SSTC 241/2012 (caso Global Sales) y 170/2013 (caso Alcaliber).

cuando se cumplan las garantías del art. 18 ET, que considera aplicable por analogía.

3. La expectativa razonable de confidencialidad desaparece si hay prohibición expresa del uso personal, prohibición que lleva implícita la advertencia del control, por lo que no se lesionará el derecho a la intimidad. El control en este supuesto es legítimo, incluso sobre el correo electrónico. Así lo entiende también el profesor Montoya, aunque esta conclusión resulta discutible y será revisada tras la sentencia del caso Barbulescu II.

El caso Barbulescu produjo, en efecto, un gran impacto en la doctrina nacional sobre esta materia. Como se sabe, este caso dio lugar a dos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la sentencia de 12 de enero de 2016 (Barbulescu II) y la sentencia de 5 de septiembre de 2017 (Barbulescu II)⁵.

Recordemos brevemente el caso: el señor Barbulescu era un ingeniero encargado de ventas en una empresa comercial rumana. Por orden de la empresa, abrió una cuenta de mensajería instantánea Yahoo Massanger para comunicarse con los clientes; en esta misma aplicación el trabajador tenía ya abierta una cuenta personal. El reglamento de la empresa prohibía la utilización de los ordenadores y otros medios empresariales para fines personales, pero no advertía de la existencia de medidas de control sobre las comunicaciones de los empleados. El día 3 de julio de 2007, la empresa distribuyó una nota informativa a los trabajadores, en la que se indicaba que el empleador se veía en la obligación de verificar, controlar y, en su caso, sancionar el uso de Internet, los teléfonos y las fotocopiadoras. Consta que el trabajador tuvo conocimiento de la nota de advertencia entre el 3 y el 13 de julio de 2007. También consta que entre el 5 y el 12 de julio la empresa registró las comunicaciones del Sr. Barbulescu en Yahoo Messenger. No queda claro, pues, si en el momento en que se realizó el control el trabajador era consciente de que existía. La empresa despidió al trabajador por el uso personal del ordenador y, como prueba, le presentó 45 páginas que contenían transcripciones de sus comunicaciones durante los días 5 y 12 de julio de 2007. Los mensajes transcritos eran conversaciones del trabajador con su novia y su hermano, algunas con un contenido íntimo; también se recogían cinco mensajes de la cuenta personal de carácter privado, aunque dichos mensajes no revelaban información íntima. El despido se produjo el 1 de agosto de ese año.

En Barbulescu I, el TEDH entendió que el control realizado por el empresario no había supuesto una infracción del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque la argumentación de la sentencia es bastante limitada⁶, parece claro que la resolución confirma, en líneas generales, la doctrina del Tribunal Constitucional español y de la Sala IV de Tribunal

⁵ Demanda nº 61496/2008.

⁶ La sentencia se limita a afirmar que el empleador había accedido a la cuenta Yahoo Messenger del trabajador pensando que contendría mensajes de carácter profesional, puesto que el propio trabajador, en una reunión previa, así lo había afirmado; el control se realizó, por tanto, partiendo “de que la información allí contenida estaba relacionada con actividades profesionales y que, por ende, acceder a ella era legítimo”. Por otra parte, se considera razonable que “un empleador quiera comprobar que sus empleados estén llevando a cabo tareas profesionales durante horarios laborales”, mientras se subraya

Supremo, pues justifica el control empresarial de las comunicaciones realizadas por los trabajadores en el ordenador de la empresa cuando existe una prohibición de uso con fines personales.

Pero esta doctrina se corrige en *Barbulescu II*, que aprecia la infracción del art. 8 del Convenio⁷. Para la Gran Sala, existen en este supuesto dos intereses contrapuestos: el trabajador tiene derecho al ejercicio de la vida privada social en el lugar de trabajo y el empresario tiene un interés legítimo en asegurar el buen funcionamiento de la empresa. Lo que deben hacer los tribunales en estos casos es valorar si el control empresarial fue una medida proporcionada y para ello han de tener en cuenta los siguientes criterios:

1. La existencia o no de información sobre las medidas de control. El Tribunal entiende que la advertencia debe ser, en principio, previa y clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión.
2. El alcance de la supervisión realizada. A estos efectos, se debe hacer una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados.
3. La justificación de la medida. La sentencia aclara que cuanto más invasivo es un método de control, más justificación requiere y, en este sentido, es evidente que el control de las comunicaciones resulta especialmente invasivo.
4. La posibilidad de aplicar medidas alternativas “menos intrusivas”. A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.
5. Las consecuencias del control. Los tribunales deben aquí valorar de qué modo utilizó el empresario los resultados del control, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida o para algo más.
6. Las garantías ofrecidas al trabajador. Estas garantías, con carácter general, deben impedir que el empleador tenga acceso al contenido de las comunicaciones sin que el empleado haya sido previamente notificado de tal eventualidad.

que “el demandante no ha explicado de manera convincente por qué usó la cuenta Yahoo Messenger con fines personales”.

⁷ La sentencia de la Gran Sala parte, además, de una valoración distinta de los hechos del caso, pues no se acepta que la empresa hubiera advertido al trabajador previamente sobre el control que iba a realizar, ni que el demandante, antes de llevarse a cabo ese control, manifestara que solo había realizado un uso profesional de los recursos tecnológicos de la empresa.

La solución que ofrece Barbulescu II supone una matización importante a la doctrina que venía aplicando la Sala IV del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y que también había defendido el profesor Montoya: la prohibición empresarial del uso personal no legitima, por sí misma, el control empresarial; incluso cuando esa prohibición existe es necesario analizar la medida para determinar si es o no proporcionada y para ello habrá que acudir a los criterios señalados (“test Barbulescu”)⁸.

III. El art. 87.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y la STS de 6 de febrero de 2024

Poco después de Barbulescu II, el legislador español aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (LOPD/2018), que desarrolla el Reglamento de la UE 2016/679.

El art. 87 de esta ley regula el control empresarial del uso que hace el trabajador de los dispositivos digitales de la empresa. Lo hace desde la perspectiva del derecho a la intimidad, conforme a la doctrina Barbulescu.

El precepto comienza reconociendo, en su primer apartado, que los trabajadores tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de estos dispositivos. Pero, en el apartado segundo, admite también que el empleador puede acceder a los contenidos derivados de este uso para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar la integridad de los dispositivos. Se acepta, así, la existencia de un conflicto de intereses entre la intimidad del trabajador y la facultad de control del empresario. Para solucionar este conflicto, el tercer apartado del precepto establece tres reglas:

- 1ª) Los empleadores han de establecer “criterios de utilización” de los dispositivos digitales de la empresa, respetando en todo caso “los estándares mínimos de protección de su intimidad” de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. La redacción de esta regla es especialmente confusa. Una interpretación lógica nos lleva a entender que los criterios se refieren tanto al uso en sentido estricto de los dispositivos por parte de los trabajadores, como al ejercicio de los medios de control por parte del empresario. En cuanto a la necesidad de respetar los “estándares mínimos de protección de la intimidad”, debe referirse a los controles empresariales y a la intimidad del trabajador, es decir, a los límites

⁸ La recepción de la doctrina Barbulescu II en la Sala IV del Tribunal Supremo se ha producido con su sentencia de 8 de febrero de 2018, rec. 1121/2018 (caso Inditex), en el que se plantea un supuesto de control empresarial del correo electrónico. El caso tiene poco interés, pues era evidente que había existido prohibición de uso personal del ordenador y advertencia previa del control, además de tratarse de un control limitado y claramente proporcionado. El test Barbulescu se supera sin problemas. Pero la sentencia resulta relevante por las reflexiones que hace en relación con la doctrina del TEDH. El Tribunal Supremo afirma en esta sentencia que los criterios de la doctrina Barbulescu II “se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad requeridos por el Tribunal Constitucional, por lo que nada sustancial añaden” a la doctrina tradicional del Tribunal Supremo y a la doctrina constitucional. Esta conclusión es, sin embargo, discutible, en la medida en que Barbulescu II claramente exige la ponderación aun cuando concurra prohibición absoluta de uso personal de los medios tecnológicos de la empresa.

que impone el art. 18 de la Constitución, a la doctrina Barbulescu y, en general, al principio de proporcionalidad.

La norma precisa, además, que en la elaboración de estos criterios “deberán participar los representantes de los trabajadores”. Volveremos después sobre este punto.

- 2ª) La segunda regla establece que el “acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados” requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”. De esta forma, el legislador admite que el empresario tiene dos opciones: permitir cierto uso personal de los dispositivos o prohibirlo; en el primer caso, tendrán que especificarse los términos del uso permitido. ¿Pero qué pasa si lo prohíbe? Recordemos la doctrina Barbulescu: incluso si lo prohíbe, el control empresarial deberá ser proporcionado y razonable.
- 3ª) La tercera regla dispone que los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización de los dispositivos digitales de la empresa, lo que, de nuevo, debe incluir la información sobre los medios de control.

Vemos así cómo ha ido evolucionando la problemática que en su día planteó, con brillantez, el profesor Montoya y su acierto al considerar que, en esta materia, la clave se encuentra en la negociación colectiva. Ello nos lleva a unas últimas reflexiones a propósito de la STS de 6 de febrero de 2024⁹. Se plantea en esta sentencia el caso de una empresa que tenía unos criterios de uso y control de los dispositivos digitales previos a la entrada en vigor de la LOPD/2018; después de la entrada en vigor de esta ley, la empresa envía a los trabajadores una comunicación “recordando” estos criterios, aunque en realidad, en esta comunicación lejos de “recordar” los antiguos criterios lo que hace la empresa es modificarlos y ello sin haber contado con la participación de los representantes de los trabajadores. La Sala IV confirma la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que declaró la nulidad de estas comunicaciones. La Sala IV advierte que el art. 87.3 LOPD/2018 tiene carácter imperativo: obliga al empresario a establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales e impone que tal establecimiento se realice con la participación de los representantes de los trabajadores. Este mandato no tiene efectos retroactivos, por lo que no era exigible a los criterios antiguos de la empresa, pero sí es aplicable a cualquier modificación posterior tras la entrada en vigor de la LOPD/2018. Se trata de una doctrina razonable, que viene a reforzar la obligación empresarial de establecer criterios de uso y control de los dispositivos informáticos con la participación de los representantes de los trabajadores. Como advirtió el maestro Montoya, en la negociación colectiva está la solución.

⁹ Rec. 263/2022.



8

ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS

El poder de dirección del empresario en estructuras empresariales complejas, según el maestro Alfredo Montoya Melgar. A propósito de una sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2007

ALBERTO ARUFE VARELA

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedráticos de Derecho del Trabajo

Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

I. Alfredo Montoya Melgar, un gran maestro

El catedrático Alfredo MONTOKA MELGAR, cuyo fallecimiento sentimos los tres en el alma (todos nosotros le debemos universitariamente mucho, como tendremos ocasión de poner de relieve un poco más adelante), fue uno de los veinticinco catedráticos detentadores de cátedras-órgano de nuestra disciplina¹, cabiendo imaginar el *shock* que le supuso tener que adaptarse y amoldarse -a partir de 1983-, como efectivamente hizo, a la nueva realidad actual de las cátedras-puesto de trabajo. Como maestro universitario, sólo cabe calificarle de gran maestro, pues dirigió sus tesis doctorales a nada más y nada menos que nueve catedráticos de Derecho del Trabajo (uno de ellos, también muy querido por nosotros tres, ya fallecido), que profesan actualmente como tales en las Universidades de Murcia, Rey Juan Carlos, Complutense de Madrid, de Extremadura y Nacional de Educación a Distancia, algunos de los cuales tienen sus propios discípulos catedráticos, lo que convierte a nuestro homenajeado en verdadero «maestro al cubo»

¹ Sobre ello y lo que inmediatamente sigue, véase ARUFE VARELA, A. y MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo (1917-2024). Una visión genealógica*, Laborum (Murcia, 2025), págs. 126 y ss., y 213 y ss.

(por cierto, expresión acuñada por don Manuel ALONSO OLEA, quien nos contó aquí, en A Coruña, que también lo era él), puesto que fue maestro de maestros de maestros. Puestos a contar esencias deslumbrantes sobre su ejemplar vida académica, resultaría injusto dejar de jalear que fue distinguido con tres doctorados *honoris causa* en Derecho, uno de ellos por su querida Universidad de Murcia, en la cual ingresó en el cuerpo de catedráticos (entonces llamado de «Catedráticos Numerarios de Universidad», con escalafón único), en 1969². Prosiguiendo con sus esencias curriculares, si tuviésemos que reconducirlas a solamente una, creemos que el hecho más trascendental en la vida universitaria del profesor MONTOYA MELGAR y el que más radicalmente le condicionó, incluso en su vida personal, fue la dirección de su tesis doctoral por don Manuel ALONSO OLEA, que dio lugar al nacimiento de la relación moral existente entre ambos de discípulo y maestro, carente siempre de soluciones de continuidad. Acerca de esta relación moral y el condicionamiento que supuso en la vida personal del primero, baste recordar lo que en su día escribió el propio profesor MONTOYA MERGAR, acerca de su traslado como catedrático a la Universidad Complutense (literalmente, «en 1989 fue mi maestro quien me formuló la propuesta de volver a la capital ..., para ocupar la cátedra que, inesperadamente, había dejado vacante la muerte prematura de Manuel Alonso García»; «yo estaba perfectamente acomodado en Murcia e integrado en la vida de la ciudad; y había, además, serios obstáculos para ese desplazamiento», pues «no tenía en Madrid vivienda disponible, y la fecha en que se planeaba el concurso apenas daba tiempo a gestionar el alquiler de un piso y la matriculación escolar de los niños»; en fin, «a pesar de todo, viniendo la propuesta de quien venía y siendo la cátedra la que era, ... decidimos dar el atrevido paso, del que por suerte siempre nos hemos alegrado»)³.

II. LA TESIS DOCTORAL DEL GRAN MAESTRO (Y SU INTERVENCIÓN EN NUESTRAS TRES TESIS DOCTORALES, COMO PRETEXTO PARA NUESTRO HOMENAJE CONJUNTO)

El profesor MONTOYA MELGAR leyó su tesis doctoral en la misma Universidad en que se había licenciado en Derecho, habiéndose publicado en forma de libro tres años después, en 1965, con el título *El poder de dirección del empresario*⁴. Hemos vuelto a releer ahora con cuidado el «prólogo» que le escribió su maestro, a calificar de fascinante, de indeciblemente erudito y de totalmente carente de condicionamientos de corrección política. En él, por ejemplo, cita don Manuel doctrina científica inglesa del siglo XVII, careciendo de pelos en la lengua cuando, a propósito de la traducción castellana del *Grundriß* de HUECK y NIPPERDEY, habla de «sus pobres resultados» (*sic*), al empeñarse en «configurar el Derecho colectivo del trabajo “como un gran todo unitario”»⁵. Concluía don Manuel afirmando que «en el más estricto de los sentidos,

² Véase Orden de 8 noviembre 1969 (*Boletín Oficial del Estado* de 1 diciembre).

³ Véase MONTOYA MELGAR, A., «Intervención del homenajeado, doctor *honoris causa*, D. Alfredo Montoya Melgar, magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Foro. Nueva época*, vol. 22, núm. 2 (2019), pág. 391.

⁴ Su cita completa es MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1965), 289 págs.

⁵ Véase ALONSO OLEA, M., «Prólogo» a MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. IX y nota 3.

el libro es una monografía, esto es, el estudio en profundidad de un tema con unidad interna, desde diversas perspectivas, para darnos una visión completa de su origen, naturaleza, contenido y efectos jurídicos»⁶, así como que «en el más estricto de los sentidos, el libro refleja una tesis, esto es, una proposición clara y terminantemente formulada sobre una realidad jurídica, que su autor ha sometido enérgicamente y sin contemplaciones a demostración y a prueba: la existencia y el carácter jurídico estricto del poder directivo»⁷. Su colofón era el de que «así lo entendió el Tribunal para la colación del grado de Doctor en Derecho, del que tuve el honor de formar parte [a título de “ponente”, como entonces era costumbre], constituido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, bajo la presidencia de su Decano, Profesor Gutiérrez-Alviz, y con mis colegas los Profesores Clavero Arévalo, Olivencia Ruiz y Rodríguez-Piñero, como miembros del mismo, que la calificó de sobresaliente *cum laude*»⁸. Cabe imaginar la emoción de nuestro homenajeado (luego duplicada, tras la obtención del premio extraordinario de doctorado, al igual que sólo nueve colegas suyos catedráticos titulares de cátedras-órgano) en aquel momento, que es la misma emoción (por cierto, luego igualmente duplicada) que sentimos nosotros tres, una vez que los tribunales juzgadores de nuestras respectivas tesis doctorales (presididos los tres por don Manuel ALONSO OLEA, acompañado en concepto de vocal *senior* por el propio profesor MONTOYA MELGAR, siempre en los tres casos) hicieron pública, al finalizar los actos de defensa respectivos, idéntica calificación (que ahora queremos volver a agradecerle al admirado gran maestro, homenajeándole conjuntamente los tres). Don Manuel ALONSO OLEA hacía en dicho «prólogo», además, un pronóstico (literalmente, «tras su libro, la tesis se convierte en conclusión y puede servir a la doctrina como premisa para inferencias e investigaciones ulteriores»)»⁹. Se trata de un pronóstico clarividente, al haber sido semillero este gran libro de desarrollos doctrinales subsiguientes, basados en él, habiéndonos interesado a nosotros los protagonizados por el propio maestro MONTOYA MELGAR, de los que pasamos a dar cuenta acto seguido.

III. LAS HIJUELAS DE LA TESIS DOCTORAL DEL GRAN MAESTRO

Tras acceder a su cátedra de Murcia, el profesor MONTOYA MELGAR continuó publicando repetidamente sobre el tema del poder de dirección del empresario, hasta en más de una docena de ocasiones (más en concreto, en los años 1982, 1985, 1989, 1993, 1994, 1995 [dos], 1997, 2000 [dos], 2003, 2004, 2005 y 2020), que es lo que nosotros consideramos «hijuelas» de su tesis doctoral. Dentro de este conjunto de publicaciones suyas, creemos que hay tres (una publicada en 1985, y las otras dos en 2000) que podrían calificarse de «hijuelas» especiales (o si se quiere, de especialmente queridas o especialmente valoradas por el gran maestro), pues aparecen expresa e individualmente mencionadas en la «Bibliografía» correspondiente al Capítulo XV de su monumental *Derecho del Trabajo* (un manual de récord no sólo por su autoría

⁶ *Ibidem*, pág. XVI.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

tenazmente individual¹⁰, sino también por protagonizar la hazaña imbatible de haber alcanzado una 45ª edición), que es la parte de dicho *magnum opus* suyo dedicada al tratamiento de «Los poderes del empresario» (incluido, por supuesto, el «Poder de dirección»)¹¹. A nosotros nos ha llamado la atención, sin embargo, una «hijuela» distinta de esas tres, más aparentemente «favoritas» del maestro, titulada «El poder de dirección del empresario en las estructurales empresariales complejas», la cual cuenta con dos ediciones sucesivas, publicadas en 2003 (en una sede muy prestigiosa, pero relativamente exótica para nosotros, los laboristas)¹² y en 2004 (ahora en una sede que el propio profesor MONTOYA MELGAR, quien dominaba a la perfección la lengua de MOLIÈRE, calificaría de sede *comme il faut*, siempre desde el punto de vista de nuestra disciplina)¹³. Se trata de un escrito muy grato de leer, así como de un trabajo rotundamente e incuestionablemente claro, a pesar de todas las dificultades del asunto allí abordado (que era el de «los problemas específicos que plantea el poder directivo del empresario ... en las contratas y subcontratas, en las empresas de trabajo temporal y en los grupos de empresas»)¹⁴, pues concluía sin ambages, en sustancia, todo lo siguiente: 1) que en las contratas, «sólo existe u empresario laboral -el contratista-legitimado para ordenar la prestación de sus trabajadores»¹⁵; 2) que en las empresas de trabajo temporal, en cambio, «el ejercicio básico del poder directivo corresponde a alguien que no es empresario laboral»¹⁶; y 3) que en los grupos de empresa, por su parte y en principio, «cada empresario del grupo es titular de las facultades de dirección sobre el trabajo»¹⁷. Es un trabajo, en su versión publicada en el citado medio *comme il faut*, que hizo bueno el clarividente pronóstico del «prólogo» de don Manuel ALONSO OLEA, asimismo antes citado, acerca de que la tesis doctoral de nuestro homenajeado acabaría siendo semillero de elaboraciones ulteriores, al haber sido aprovechado -como enseguida comprobaremos- para la solución de pleitos laborales.

IV. El impacto judicial de una de las hijuelas, seleccionada por nosotros, en una Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2007

Dicha «hijuela» aparece nominalmente citada en la doctrina de suplicación -un tema, éste de la cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia, que interesó

¹⁰ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Recensión» de ALFREDO MONTOYA M., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos (Madrid, 2010), 835 págs., publicada en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen III (2011), págs. 137-138.

¹¹ Véase MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed., revisada y actualizada por ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, Tecnos (Madrid, 2025), págs. 385 y ss.

¹² Véase MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 33 (2003), págs. 197 y ss.

¹³ Véase MONTOYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48 (2003), págs. 135 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 145.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

mucho en su día a don Manuel ALONSO OLEA¹⁸-, y más en concreto, por vez primera, en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 julio 2007¹⁹. Resolvía un recurso de suplicación planteado por la Abogacía del Estado, frente a una Sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid, en la que se declaraba la existencia de cesión ilegal de trabajadores padecida por los de cierto organismo autónomo del Ministerio de Defensa. Y lo desestimó, apoyando la tesis de haber existido cesión ilegal de trabajadores en el caso enjuiciado, citando como argumento sustentador de la misma, entre otros varios, el literalmente relativo a lo siguiente: «Como afirma autorizada doctrina, el ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas corresponde únicamente al contratista, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo (MONTAYA MELGAR: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, RMTyAS -Derecho del Trabajo-, núm. 48, 2004, p. 137)»²⁰. Convencidos como estamos de que los magistrados de carrera no citan doctrina científica por causa de que no leen nada, y de que no leen por la sencilla razón de no tener tiempo material para hacerlo, al estar literalmente aplastados por su carga de trabajo, esto es, por sus pleitos, hicimos alguna averiguación. Se orientaba a precisar quién era el señor Ignacio MORENO GONZÁLEZ-ALLER, magistrado de carrera (no magistrado suplente) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y ponente de dicha sentencia. Comprobamos asimismo que entre 2003 y 2005 fue profesor asociado de Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, con la consecuencia de estar nosotros tres convencidos de que conoció y trató personalmente a nuestro gran maestro. Este hecho no le quita valor a la cita nominal que hizo en dicha sentencia (también, en otras muchas relativas a asuntos clónicos, en las que fue asimismo ponente) del artículo de revista en cuestión, pues hemos comprobado que esta cita con el paso del tiempo acabó convirtiéndose en algo parecido a una máxima de autoridad (del tipo de las que aparecen contenidas, por ejemplo, en el Digesto), un asunto del que vamos a tratar seguidamente, para así concluir nuestro sentido homenaje al gran maestro murciano y complutense.

V. El impacto judicial ulterior al inicial impacto judicial de dicha concreta hijuela

El *dictum* citado del magistrado Ignacio MORENO GONZÁLEZ-ALLER no pasó desapercibido a otros magistrados distintos no sólo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino también a magistrados de otras Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores de Justicia, incluido -lo que a nosotros nos llamó

¹⁸ Últimamente, véase ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª ed. (al cuidado de María Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García), Civitas-Thomson Reuters (Cizur Menor-Navarra, 2013), pág. 35 y nota 19, afirmando lo siguiente: «En realidad la ignorancia mutua es fingida; pero los serios de ambos gremios la mantendrán, y harán bien, mientras por ambos no se abandone el silencio, y pasen a citarse nominativamente -la cita impersonal, la *jurisprudencia* es muy frecuente en la doctrina; la *doctrina* siempre impersonal en la jurisprudencia lo es mucho menos- en sus sentencias los unos, en sus libros los otros. Entre tanto son el Juez y el Magistrado los que en general se condenan a ser desconocidos *qua* juristas».

¹⁹ Referencia ECLI:ES:TSJM:2007:8680.

²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

poderosamente la atención- el de Galicia. En efecto, a propósito siempre de pleitos sobre cesión ilegal de trabajadores, la magistrada de carrera Beatriz RAMA INSUA, en diversas sentencias suyas de las que fue ponente, utiliza como argumento de autoridad -pero con el tono de una máxima jurídica abstracta- el argumento siguiente: «El ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas, como afirma autorizada doctrina científica, (Montoya Melgar) corresponde únicamente al contratista, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo»²¹. Cuando lo leíamos, recordábamos una singularidad del *Derecho del Trabajo* del maestro MONTROYA MELGAR, anteriormente citado, que sabemos que provoca curiosidad entre muchos laboristas jóvenes (como nos la provocó, en su día, también a nosotros tres). Nos referimos a la concreta porción del Capítulo VII de dicho manual, allí donde procede a abordar (cosa que hizo desde siempre) el asunto de «la doctrina científica» en cuanto que fuente del Derecho. Los *dicta* judiciales que acabamos de mencionar le dan la razón, cuando en dicho pequeño apartado de su grandioso manual afirmaba, de un lado, que «la función de la doctrina científica en orden a la fijación de unos criterios de entendimiento y aplicación de la norma jurídica es, evidentemente, de superlativa importancia»²²; y de otro lado, que «ha podido hablarse de la “autoridad inmensa” de los juristas teóricos en cuanto a la elaboración y aplicación de las normas, llegando a afirmarse que el Derecho continental es un Derecho de profesores y que el jurista-maestro es su verdadero protagonista»²³.

²¹ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 marzo 2012 (Referencia ECLI:ES:TSJGAL:2012:2131, Fundamento de Derecho segundo).

²² Véase MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed., cit., pág. 228.

²³ *Ibidem*.

El contrapeso al poder de dirección de las grandes corporaciones continentales: los comités de empresa europeos que vienen

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid*

A partir de los años 70 del siglo pasado, y al calor de las decepciones derivadas de la falta de frutos tanto en la denominada Quinta Directiva como en la relativa sociedad anónima europea, toma cuerpo la idea de alcanzar una norma supranacional capaz de asegurar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de las grandes corporaciones transnacionales asentadas en el Viejo Continente.

El firme rechazo empresarial lastró de partida el primer intento de reconocer un estándar básico de derechos de información y consulta a través de las iniciativas contenidas en las propuestas Vredeling y Vredeling-Richard, aun cuando el fracaso en la vía heterónoma no impidió que por vía autónoma surgieran esos comités de empresas de dimensión europea llamados a evolucionar desde la responsabilidad social corporativa hacia una primera Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994. El periodo transitorio de dos años que contemplaba la norma pionera sirvió para convalidar esas experiencias de nuevo cuño y, al amparo de la doble subsidiariedad (vertical de la Unión respecto de los sistemas nacionales, pero también horizontal de la negociación colectiva frente a la labor normativa de las Instituciones), convertir a la autonomía, disfrazada de “acuerdo voluntario”, en la principal (prácticamente única) fuente ordenadora, a modo de concesión exigida por la patronal más poderosa.

Déficit armonizador, como resultado de la estrategia obstruccionista de la parte económica y de un patente declive de los objetivos laborales y sociales en la agenda europea, situado en la base de que la revisión de la norma se pospusiera cuatro años y la nueva versión de la Directiva tardara otros seis más en ver la luz. De la mano de la

iniciativa unilateral de la Comisión, que sistemáticamente ignoró las recomendaciones elevadas para la representación sindical en su propuesta unitaria, más que una modificación sustancial, la Directiva 2009/38/CE merece ser catalogada con sentido propio como “norma laboral a la baja”, signada de obsolescencia prematura y urgida de una reforma que no preocupó a la Institución encargada de impulsar sus objetivos fundamentales pese a la patente falta de desarrollo de sus previsiones en muchos Estados.

Tal fue así que no inició la andadura de su revisión en 2016, según estaba previsto, demorándose el documento sobre el estado de ejecución de la norma más de dos años (con un contenido de autocomplacencia capaz de suscitar el rubor de cualquier observador objetivo) y forzando a que tuviera que ser el Parlamento quien tomara las riendas. Solo tras una doble admonición en 2020, así como una doble iniciativa a lo largo de 2021, la encomienda fue asumida por aquella a quien correspondía, celebrándose la primera consulta con el resultado de una posición unánime de las organizaciones sindicales en favor de la reforma y el criterio mayoritario de las asociaciones empresariales estimando innecesaria su revisión. Tras la segunda consulta, vio la luz el 24 de enero de 2024 una propuesta llamada a marcar la impronta del nuevo modelo de participación de los trabajadores en el ejercicio del poder de dirección de las corporaciones transnacionales. El Consejo acordó su mandato de negociación con el Parlamento el 20 de junio de 2024, iniciándose las negociaciones el 6 de febrero de 2025 y concluyendo con acuerdo el 21 de mayo de 2025, cuyos principales cambios respecto del texto en vigor pueden quedar compendiados en los diez siguientes:

1.- Frente a la pluralidad de tipos de comité de empresa y de procedimientos de información y consulta (62% de ellos constituidos al amparo del art. 6 de la Directiva; 32% al calor del art. 13; 3% siguiendo la vía transitoria del art. 1; 2% atendiendo a normas subsidiarias y 1% recogiendo otros procedimientos diversos de información y consulta), los considerandos 19 y 20 de la Propuesta abogan en favor de que, por razones de claridad jurídica, igualdad de trato y eficacia, los trabajadores y sus representantes en todas las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria deban, en principio, tener derecho a solicitar la constitución de un comité, siguiendo el procedimiento previsto ya no en el plazo de tres años, sino en el de dos; desapareciendo, además, la amenaza de disolución del órgano si las negociaciones no llegaran a buen puerto, pues ante tal eventualidad será de inmediata aplicación las disposiciones subsidiarias.

A este fin se suprime el art. 14 en su versión actual en favor de un art. 14 *bis*, a partir del cual las empresas exentas de la aplicación de la Directiva (unas 250 que disponen de “acuerdos voluntarios”) podrán iniciar voluntariamente, o tendrán que hacerlo a instancia de los legitimados del banco social, el proceso de constitución del órgano, permitiendo así salvar la desigualdad de condiciones actual, con distintos niveles de protección para los trabajadores que constituyen otras tantas diferencias injustificadas en la aplicación del derecho mínimos.

2.- En tanto en cuanto se constata (considerando 10) que las medidas previstas para lograr una representación equilibrada por razón de género en la composición de los comités ha resultado manifiestamente insuficiente, el art. 5.2 b) de la Propuesta

lo recibe como objetivo fundamental, justificando las iniciativas de acción positiva concebidas al calor de la previsión recogida en el nuevo apartado 2 *bis* del art. 6. Bajo su tenor, la dirección central y la comisión destinada a dar vida al órgano, cuando negocien o renegocien el acuerdo sobre un comité deberán acordar y establecer las disposiciones dirigidas a alcanzar el objetivo de equilibrio de género, según el cual tanto mujeres como hombres han de representar al menos el 40% de los miembros del comité de empresa europeo y, en su caso, al menos el 40% de los integrantes del comité restringido.

El propósito, no obstante, se habrá de ajustar a “la medida de lo posible y sin perjuicio de las legislaciones nacionales relativas a la elección de los representantes de los trabajadores”, lo cual alude a su viabilidad fáctica y jurídica; demandando, en todo caso, justificación específica ante el personal cuando no pueda alcanzarse aquel índice.

3.- La preocupación por dotar a los comités de los recursos necesarios para que puedan realizar su labor de manera eficaz lleva, en el considerando 9, a demandar la recepción obligatoria en los acuerdos de la asistencia de expertos (técnicos y/o jurídicos), así como la cobertura de sus honorarios y la de los gastos que demanda la función a desempeñar por sus miembros. A su vez, el considerando 17 hace pesar sobre los Estados la carga de adoptar las medidas necesarias para que los costes de representación y participación en los procedimientos judiciales corran a cargo de la dirección general de la corporación o, en su defecto, se adopten las iniciativas pertinentes a fin de no impedir *de facto* su participación en los procedimientos administrativos. Eso sí, con un límite cuya incidencia procederá tener presente en todo momento: siempre ciñéndose a lo estrictamente razonable.

En atención a tal valoración, obra la intención de introducir una modificación en el primer párrafo del apartado 6 del art. 5, destinada a subsanar gran parte de los déficits apreciados e incorporar, dentro de los gastos -sin mencionar en ningún momento los muy importantes derivados de la traducción e interpretación-, los costes razonables de los expertos (utilizando el plural y eliminando la eventual limitación anterior a uno único), incluidos los jurídicos, siempre notificándolos a la dirección central antes de incurrir en ellos. También la sustitución de la letra f) del apartado 2 del art. 6, con el propósito de incorporar como contenido del acuerdo de constitución del comité no solo la escueta e inconcreta mención a los recursos financieros y materiales a asignarle, sino también -y como un mínimo- las referencias al posible recurso a especialistas que asistan a los integrantes del órgano en el desempeño de sus funciones. El elenco, ejemplificativo, se extiende, así, al coste de la impartición de formación pertinente a los miembros del comité, diferenciando entre esta preparación derivada de los acuerdos y aquella directamente exigible en aplicación de la Directiva, que alude a la imprescindible para ejercer la función representativa, en cuyo caso el tiempo invertido será considerado, como de trabajo a todos los efectos.

4.- La inseguridad jurídica que ha venido rodeando el concepto de cuestiones transnacionales trata de ser corregida aclarando (considerando 5 y apartado 4 del art. 1) que habrá de comprender no solo los supuestos en los cuales cabe esperar razonablemente que las medidas consideradas por la dirección de una empresa estén

en disposición de afectar a sus trabajadores en más de un Estado miembro, sino también todos aquellos casos en los cuales sea de recibo suponer, de manera igualmente razonable, que si bien únicamente se proyectan de manera directa e inmediata sobre los trabajadores en un Estado, sin embargo las consecuencias están en disposición de extenderse a los empleados en, al menos, otro.

Así sucede, por ejemplo, con los procedimientos de regulación de empleo, o la externalización de actividades, por mor, entre otras razones, de cambios en la cadena de suministros transfronterizos o en las actividades de producción. En este sentido se insiste, además, en que únicamente comprende cuantas iniciativas afecten a los trabajadores de manera significativa; es decir (y acudiendo a términos más familiares en el ordenamiento español), sean sustanciales y no ordinaria, así como que no incidan en exclusiva sobre trabajadores aislados o vengan referidas a decisiones de gestión y dirección ordinarias.

5.- Si bien el recurso a las cláusulas de confidencialidad puede estar justificado en ocasiones, su invocación abusiva ha venido a constituir en la práctica un serio obstáculo para la efectividad de los derechos de información y consulta. En aras de evitar este resultado, se adopta en la reforma una triple decisión llamada a actuar como elemento clave para una más adecuada ponderación de intereses: de una parte, cuando la dirección central comparta la información con carácter confidencial, debe estar obligada a proporcionar, al mismo tiempo, una justificación razonable; de otra, la posibilidad de no transmitir determinados datos a las comisiones negociadoras o a los miembros del comité habrá de limitarse, dentro de cada Estado -y previa autorización administrativa o judicial si así se considera oportuno-, a los casos en los cuales su notificación perjudique gravemente el funcionamiento de las entidades afectadas, especificando las razones de manera justificada (lo bastante como para, de manera equilibrada, permitir suficiente control jurídico sin desvelar la información protegida); por último, la decisión de regular ambas disposiciones en dos preceptos (arts. 8.2 y 8 *bis*) destinados a separar los dos supuestos netamente diferenciados a los cuales se ha aludido y que antes favorecían la confusión al aparecer juntos.

6.- Mientras el derecho a la información presenta unos elementos de tiempo, lugar y forma que poco margen dejan a desarrollos más exigentes, el relativo a las consultas merecía un profundo retoque que provoca tres cambios fundamentales: dos instrumentales, recogidos en los considerandos y que tienen que ver con factores locativos-modales (posibilidad de conjugar las reuniones presenciales con otras en línea o mixtas) y territoriales (pasar de una reunión anual a dos, una de las cuales habrá de ser presencial) y otro de fondo, destinado a conseguir que exista un verdadero diálogo entre dirección central y comité de empresa.

A fin de conseguir tal objetivo, se reformula el art. 9.3 introduciendo una doble decisión: en primer término, los representantes deben recibir la información en un momento y con un contenido apropiado para poder evitar de manera eficaz su posible impacto negativo, preparando la fase de interlocución y expresando las opiniones que consideren oportunas bajo la forma de un dictamen que permita asegurar el ejercicio efectivo de los derechos conferidos por la norma; en segundo término, se fija un plazo

razonable para su emisión (en función de la urgencia del asunto) que, no obstante, y si fuera desconocido por el banco social, no podrá impedir que la empresa adopte sus decisiones dentro del margen apropiado para garantizar el propósito al cual sirve este requisito, elevado a pieza de convicción del modelo, pero que no puede convertirse en una carga adicional para las corporaciones transnacionales.

Como contrapartida, y con el propósito de resaltar la centralidad de esta forma de participación, cuando los representantes hubieran emitido su dictamen en el plazo razonable previsto tendrán derecho a recibir una respuesta escrita motivada de la dirección central (o de cualquier otro nivel más adecuado) antes de la adopción de las medidas en cuestión, sin duda para favorecer la defensa de sus posiciones en vía administrativa o judicial.

7.- Con las miras puestas en garantizar el acceso a los procedimientos extrajudiciales y judiciales, la intención recogida en el considerando 17 queda plasmada dentro del art. 11 a través de una cuádruple decisión que afecta a los Estados: en primer lugar, la obligación de recoger procedimientos adecuados para hacer valer los derechos y obligaciones derivados de la Directiva; en segundo término, el establecimiento no solo del momento inicial desde el cual cabrá acceder a la vía administrativa o judicial, sino también la duración de la una y/o la otra; como tercera previsión, la determinación de los costes razonables de representación que han de correr a cargo de la dirección central o las medidas que eviten restricciones de hecho en este ámbito derivadas de carecer de recursos financieros; en fin, la garantía de que en ningún caso el itinerario previo a observar en cada supuesto pondrá en peligro el derecho de los interesados a emprender acciones legales.

8.- El considerando 18 y el art. 11.2 b) demandan que “se apliquen sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales en caso de infracción de los derechos y obligaciones” recogidos en la norma, tomando en consideración factores tales como el tamaño y la situación financiera de la entidad o el grupo de dimensión comunitaria (basándose, por ejemplo, en su cifra de negocios anual), el carácter intencionado o negligente de la infracción o la dimensión, duración y las consecuencias del incumplimiento.

Resulta oportuno, en este punto, dejar noticia de tres datos de interés respecto a las infracciones, dos con un sesgo negativo y otro merecedor de clara valoración positiva. En cuanto a los dos primeros hace, destacan tanto la patente falta de armonización con la normativa europea de protección de datos como la remisión del importe de las sanciones pecuarias a lo que decida cada Estado, lo cual bien pudiera llevar tanto a una carrera a la baja como a conflictos judiciales fáciles de imaginar.

Por cuanto hace al aspecto loable, este viene dado por la vía abierta a las medidas cautelares destinadas a suspender decisiones empresariales hasta tanto se materialice el procedimiento de información y consulta al comité cuando fuera exigible; de este modo, y de la labor conjunta proveniente tanto del canal europeo así reformado como de la propia de los órganos de derecho interno, las personas trabajadoras están en disposición de poder incidir de manera significativa en los procesos globales de transformación en marcha, garantizando una transición socialmente justa.

9.- Obra una remodelación a fondo del art. 10, dirigida a proporcionar adecuada protección a los representantes y garantizarles la disponibilidad de los medios humanos y materiales imprescindibles; la comunicación con los representantes de los trabajadores (o directamente estos) en los establecimientos de la corporación; la extensión de la protección y garantías previstas para quienes encarnen y defiendan a los empleados según la normativa del país de registro; en fin, el deber de formación a cargo de la empresa, remunerando el tiempo invertido como de trabajo efectivo.

10.- En último extremo, y en la medida en la cual el silencio de la dirección central sea la única respuesta a la solicitud de inicio de negociaciones, se considera que no hace falta un rechazo de la apertura del procedimiento de interlocución para aplicar las disposiciones subsidiarias, sino que bastará con que no convoque la comisión negociadora a la primera reunión en el plazo de medio año.

Precisamente la redacción de los requisitos subsidiarios establecidos en el anexo I, punto 3, de la Directiva recibe una triple modificación de relieve a partir de la cual: a) la información y las consultas con arreglo a tales pautas deberá tener lugar, en principio y si fuera posible, en las reuniones ordinarias, acudiendo a las extraordinarias únicamente cuando la urgencia lo demande; b) la información, también en este supuesto, deberá ser facilitada en su debido tiempo, a fin de permitir el ejercicio de las funciones anejas a la obligación de proporcionarla; c) en fin, se reconoce a los miembros del comité el derecho a participar en las reuniones extraordinarias del comité restringido si representan a trabajadores potencialmente afectados de manera directa por cuanto en ellas se fuera a tratar y/o decidir.



*“Quedaron de su propiedad, fratesadas,
selladas con trigueña bondad”*

Los versos que se sitúan en mitad del VI poema de Trilce tienen a bien destacar que la inteligencia acaba siendo mera listeza cuando se emplea en provecho propio, para alcanzar el grado de verdadera sabiduría en las personas bondadosas.

El poder de dirección del empresario en contratas y subcontratas

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. La nueva realidad de las estructuras empresariales complejas y su incidencia sobre las relaciones de trabajo

Desde 1965, fecha de publicación de *El poder de dirección del empresario* de Alfredo MONTROYA MELGAR¹, han transcurrido seis decenios durante los cuales la norma laboral y las relaciones por ella normadas, la estructura del Derecho del Trabajo en suma², han experimentado cambios sustanciales³. Uno de ellos está constituido por las nuevas formas de organización de las empresas, que condicionan la dimensión jurídica de la organización del trabajo⁴. Es hoy frecuente que las empresas no actúen aisladamente para la producción de bienes o servicios, sino que se vinculen entre sí para su consecución. Relaciones de conexión entre empresas entre las que se encuentran las muy frecuentes de cooperación, en las que una -empresa principal o cliente- externaliza en otra -auxiliar, contratista o prestadora de servicios- la realización de parte de su actividad empresarial. También aquéllas en las que la empresa, en lugar de contratar trabajadores directamente, opta por contratar con otra -empresa de trabajo temporal- la cesión temporal de sus trabajadores. O, en fin, supuestos de concentración de varias empresas en un grupo. Surgen así, por vía de concentración o de descentralización,

¹ Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, con prólogo de Manuel ALONSO OLEA (págs. VII a XVI), también publicado con el título "Sobre el poder de dirección del empresario", en la *Revista de Política Social*, núm. 65, 1965, págs. 101 a 107.

² MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 45ª ed., Tecnos, Madrid, 2024, págs. 35 y 36.

³ Véanse los capítulos VII y VIII de MONTROYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

⁴ MONTROYA MELGAR, A., "Nuevas dimensiones de la organización jurídica del trabajo en la empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000.

estructuras empresariales complejas “que, excediendo la simplicidad del contrato de trabajo típico entre un empresario y un trabajador, alteran el diseño de esa estructura elemental introduciendo factores que la complican”⁵, al aparecer una dualidad o pluralidad de empresarios gravitando sobre el trabajador, con, consecuencias, entre otras importantes, sobre el contenido y ejercicio del poder de dirección del empresario⁶, configurando un supuesto especial de ejercicio del mismo. La “laboriosidad y saberes” de Alfredo MONTTOYA MELGAR⁷ no pasaron por alto este nuevo problema, planteado en un ámbito tan querido para él, dedicándole el artículo *El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*⁸. El trabajo del profesor MONTTOYA se estructura, tras introducir y plantear los problemas a tratar, en tres apartados en los que sucesivamente estudia el poder de dirección del empresario en contratas y subcontratas, en las empresas de trabajo temporal y en los grupos de empresas. En estas páginas, por razones de espacio, nos limitaremos a recordar sus tesis sobre el ejercicio del poder de dirección del empresario en contratas y subcontratas, contextualizando su valor para resolver los complejos problemas de delimitación frente a las cesiones ilegales de trabajadores.

II. La posición de Alfredo Montoya Melgar sobre el poder de dirección en contratas y subcontratas

¿Dispone el empresario principal de poder directivo sobre los trabajadores de la empresa contratista con los que ésta ejecuta la prestación de obras o servicios contratada? Esta es la cuestión que el profesor MONTTOYA estudia y resuelve en las páginas 136 a 139 del artículo citado. Tras reconocer que se trata de un problema para el que el art. 42 ET, centrado en el tema de las responsabilidades, no ofrece una solución expresa, distingue entre contratas ejecutadas (i) en lugares no controlados por el empresario principal, en las que éste normalmente no se encontraría en condiciones de ejercer poder directivo sobre los trabajadores del contratista, y (ii) en lugares controlados por el principal, cuyo interés en obtener la mayor utilidad de la contrata podría reclamar el ejercicio de facultades directivas sobre los trabajadores del contratista. Dos son las tesis de MONTTOYA MELGAR en este punto: el empresario cliente, (i) en principio, carece de facultades directivas sobre los trabajadores del contratista, pero (ii) puede adquirirlas en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo aplicable.

⁵ MONTTOYA MELGAR, A., “Editorial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 7.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, *Relaciones Laborales*, tomo 2, 2005, pág. 1 (versión electrónica). LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Dispersión y fragmentación del poder de dirección en las empresas de estructura compleja”, LÓPEZ AHUMADA, J. E. y MENÉNDEZ CALVO, M. R. (coord.), *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*, Cinca, Madrid, 2018, pág. 24.

⁷ Son palabras de Manuel ALONSO OLEA en su *Contestación al Discurso de recepción* de Alfredo MONTTOYA MELGAR en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 103.

⁸ *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 135 a 145. Este número de la revista se dedica monográficamente al tema “Relaciones laborales en estructuras empresariales complejas”. Ya señalados como “problemas actuales de titularidad del poder de dirección” en MONTTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 581 a 583.

- i) El empresario principal “carece de título jurídico originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista, incluso si la contrata versa sobre la misma actividad desplegada por aquel empresario y los trabajadores del contratista realizan su prestación en un lugar sobre el que ejerce control el empresario principal”⁹. Esta conclusión se alcanza tras excluir las tesis de las relaciones de trabajo “mediatas” o de las “relaciones indirectas de aprovechamiento del trabajo”, y dejando al margen la posible influencia indirecta del empresario principal a través del contratista.
- ii) El empresario principal “puede recibir de las cláusulas del contrato (que a su vez pueden fijarse en cumplimiento de estipulaciones contenidas en la contrata) o de los preceptos del convenio el poder directivo sobre los trabajadores del contratista. En tal supuesto, no es que estos trabajadores tengan dos empresarios (el principal y el contratista); tienen uno solo (el contratista), pero también están sujetos al poder directivo de quien no es su empresario (el principal) porque así lo establece el contrato de trabajo o el convenio colectivo”. El profesor MONTTOYA MELGAR excluye que se pueda hacer mediante delegación del contratista en el principal (la delegación del art. 20.1 ET solo opera dentro de la empresa), o mediante la renuncia a dicho poder por parte del contratista en favor del principal, ni distinguiendo entre titularidad (del contratista) y ejercicio del poder directivo (por el empresario). La posibilidad de pactar la atribución de poder directivo al empresario principal tiene un límite: la renuncia absoluta al mismo por el contratista, porque “si el contratista quedara vaciado de poder y éste se transmitiera íntegramente al empresario principal, habría motivos para entender que la contrata en cuestión era fraudulenta, que los trabajadores lo eran del empresario principal y que el contratista era un mero sujeto interpuesto, un empresario ficticio”¹⁰.

Aparece de este modo el ejercicio del poder directivo como criterio de distinción entre contrata (art. 42 ET) y cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), tipificado expresamente por la ley (“ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”[art. 43.2 ET]), de modo innecesario, pues, si el poder de dirección es “factor definidor de las relaciones laborales”¹¹, es claro que quedará anudada una relación laboral entre quien lo ejerce y quien a él se somete, y esto es así porque la ley establece, dejando a salvo las exclusiones de carácter constitutivo, que el único título válido para recibir una prestación de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena es el contrato de trabajo (art. 1.1 ET), lo que, por otra parte, también explica que se excluya con carácter general el préstamo o cesión como título lícito, también a salvo de las excepciones contempladas por la propia ley (art. 43.1 ET).

⁹ MONTTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, cit., pág. 138.

¹⁰ MONTTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, cit., págs. 138 y 139.

¹¹ MONTTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, cit., págs.135.

La posición del profesor MONTAÑA MELGAR, que por razones de extensión no se puede analizar con detalle, pone de relieve un aspecto fundamental del trabajo en contratas y su límite con las cesiones ilegales: que la posición del empresario principal o cliente no puede, ni debe, ser pasiva frente a la actuación del contratista o prestador de servicios, pues en muchos casos deberá dar órdenes o instrucciones al contratista para el cumplimiento de su encargo, órdenes que, en función de las obras o servicios contratados y de la estructura empresarial, podrían llegar a recaer sobre los trabajadores de este último. Esto es algo obvio en prestaciones de servicios contratadas por quienes no son empresarios, en las que las instrucciones de los clientes sobre los trabajadores de la empresa que los presta pueden ser incluso necesarias para la ejecución del correspondiente contrato civil o mercantil de servicios. Piénsese, por ejemplo, en como las instrucciones de los clientes a los trabajadores de un restaurante, peluquería o sastrería resultan imprescindibles para que la empresa pueda prestar adecuadamente sus servicios. ¿Podría decirse lo mismo cuando el cliente es una empresa? El problema, como se verá más adelante, está en diferenciar (i) las instrucciones que el cliente como acreedor de una prestación de servicios puede dar al contratista, del (ii) poder directivo (art. 20 ET) que éste puede ejercer sobre sus trabajadores. Es una cuestión propia de nuestro tiempo, en el que por muchas razones económicas, organizativas y productivas, puede decirse que *the customer is King*¹² y desempeña un “rol protagonista” sobre las relaciones laborales¹³.

III. La sentencia *Omnitel*: el reforzamiento del ejercicio del poder de dirección empresarial como criterio de delimitación de las cesiones ilegales de trabajadores

La STJUE en el asunto *Omnitel*¹⁴ eleva el ejercicio del poder directivo empresarial a “elemento clave” y central, dentro del art. 43 ET, para determinar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores¹⁵. Esta sentencia da respuestas a varias cuestiones

¹² WANG, L., “When the Customer is King: Employment Discrimination as Customer Service”, *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 23:3, 2016.

¹³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Presentación”, *Trabajo y Empresa*, núm. 3, 2024, pág. 8.

¹⁴ STJUE 24 octubre 2024 (asunto C-441/23, *Omnitel* Comunicaciones y otros, ECLI:EU:C:2024:916). Véanse los comentarios de DURÁN LÓPEZ, F., “Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE”, *Newsletter Laboral Garrigues*, noviembre, 2024; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “A propósito de la STJUE de 24 de octubre de 2024: La posible aplicación a determinadas contratas de la directiva sobre empresas de trabajo temporal”, en <https://www.oleartabogados.com/stjue-directiva-empresas-trabajo-temporal-contratas/>; JURADO SEGOVIA, Á., “Cesión de trabajadores y contratas desde la perspectiva de la Directiva sobre empresas de trabajo temporal (a propósito de la STJUE de 24-10-2024, C-441/23)”, *Trabajo y Empresa*, núm. 1, 2025; RIVAS VALLEJO, P., “Prestación de servicios y cesión de trabajadores: concepto de empresa de trabajo temporal en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2024; NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurrir en cesión ilegal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 485, 2025; BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Los trabajadores de una empresa contratista pueden reclamar las condiciones laborales de la principal si están bajo su poder de dirección y control (STJUE 24/10/24)”, en <https://ignasibeltran.com/2024/10/25/los-trabajadores-de-una-empresa-contratista-pueden-reclamar-las-condiciones-laborales-de-la-principal-si-están-bajo-su-poder-de-direccion-y-control-stjue-24-10-24/>

¹⁵ PÉREZ DE LOS COBOS, “A propósito ...”, cit., págs. 6 y 7. Para la jurisprudencia española puede verse RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades

prejudiciales planteadas por un tribunal español, en un caso en cuya base se encuentra la necesidad de distinguir entre contrata (art. 42 ET) y cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET). La demandante, trabajadora de la contrata en cuestión, teletrabajaba desde su domicilio, acudía una vez a la semana a la sede de la empresa cliente, utilizaba un ordenador facilitado por ésta, dependía de personal de la empresa cliente en todo lo relativo al servicio y los clientes, y “reportaba” mensualmente al personal directivo de la empresa contratista que, además de proporcionarle la formación, se encargaba de organizar sus vacaciones, permisos, jornada y horario¹⁶. De los diferentes aspectos que trata la sentencia¹⁷, aquí interesan los dos cuyas conclusiones se exponen en síntesis:

- La Directiva sobre empresas de trabajo temporal¹⁸ es aplicable a las empresas que pongan a disposición de otras temporalmente¹⁹ trabajadores por ellas contratados, aunque no reúnen los requisitos exigidos por la legislación nacional para ser considerada una ETT, en el caso la autorización administrativa (§43). Es decir, la Directiva se va a aplicar a toda cesión temporal de trabajadores, tanto la efectuada lícitamente vía ETT, como la que se pudiera calificar como cesión ilegal (art. 43 ET), pues en estas también hay puesta a disposición temporal de trabajadores.
- Para que resulte aplicable la Directiva es necesario que el trabajador cedido preste sus servicios “bajo la dirección y el control” de la empresa cesionaria (§53), en virtud de los cuales puede “exigir al trabajador cedido el cumplimiento de las normas internas y de métodos de trabajo, además de ejercer sobre él una vigilancia y un control en cuanto a la manera en que desempeña sus funciones” (§60), sin que sea suficiente que la empresa prestadora de los servicios ponga a alguno de sus trabajadores a disposición de la empresa cliente, pues “tales situaciones equivalen a prestaciones de servicios de una empresa a otra y no a prestaciones de trabajo realizadas por trabajadores cedidos” (§52).

Determinar si la empresa cliente ejerce el “control y dirección” sobre los trabajadores de la empresa prestadora de servicios es una cuestión de hecho²⁰, que debe apreciarse en cada caso concreto a la luz de las circunstancias concurrentes (§58), sobre las que la sentencia da alguna orientación. Así dice que no constituye ejercicio de poder directivo que la empresa cliente “compruebe el trabajo realizado o dé meras consignas generales” a los trabajadores de la empresa prestadora del servicio (§61). El trabajador se encontrará bajo la dirección y el control de la empresa cliente cuando

educativas especiales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022, comentando la STS 7 febrero 2022.

¹⁶ STSJ Madrid 29 enero 2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:1165).

¹⁷ Véase ESTEVE-SEGARRA, A., “Tres razones para volver a un tema clásico: contrata, cesión ilegal y empresas de trabajo temporal”, *Lan Harremanak*, núm. 53, 2025.

¹⁸ Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

¹⁹ Con conclusión distinta en el caso de cesiones permanentes: STJUE 22 junio 2023 (asunto C-427/21, ALB FILS Kliniken, ECLI:EU:C:2023:505).

²⁰ DURÁN LÓPEZ, cit., pág. 3.

ésta pueda imponerle “las prestaciones que debe realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas”, y vigilar y controlar “el modo en el que ese trabajador desempeña sus funciones” (§62). De este modo la sentencia reconoce un ámbito de dirección de la empresa cliente que no supone ejercicio de poder directivo empresarial. El problema seguirá siendo cómo aplicar esta construcción general y abstracta a los casos concretos, en los que muy probablemente se aplicará una relación de indicios en muchos casos incompatible con la seguridad jurídica (§59).

IV. El poder del cliente de dar instrucciones y el poder de dirección del empresario

La falta de poder directivo del empresario cliente sobre los trabajadores de la empresa prestadora de servicios no implica que deba permanecer “mudo”, pasivo o indiferente ante la actuación de esta última y sus trabajadores, pues si así fuera difícilmente lograría la satisfacción de su interés contractual. En el marco de una contrata la empresa cliente tiene el poder y el deber de dar ciertas instrucciones al contratista. La jurisprudencia admite que “el ejercicio de ciertas funciones de dirección técnica” por la empresa cliente, “con incidencia en el modo de ejecutar la prestación laboral” por los trabajadores de la empresa prestadora de servicios, es compatible con la existencia de una lícita contrata. También la doctrina ha apuntado la posible existencia de “un margen de dirección técnico organizativa” que no implica cesión de trabajadores, pues los contratos de servicios “comportan de ordinario una vigilancia y control de la calidad de los servicios prestados que no debe confundirse” con el poder directivo empresarial²¹.

Se trata de una cuestión clara en la legislación y en la doctrina del Derecho Civil y del Derecho Mercantil. Con máxima autoridad doctrinal se ha señalado que en el contrato de servicios “en términos generales, aunque el prestador de los servicios no es un dependiente del que los debe recibir, pues la dependencia es característica de los contratos de trabajo, pero no de los genéricos de servicios, puede admitirse que el prestador de los servicios deba atender las instrucciones que pueda impartir o cursar la otra parte”²² que, en algunos casos, serán necesarias para que la empresa prestadora de los servicios pueda cumplir el contrato. En este sentido la *Propuesta de la Comisión General de Codificación sobre el contrato de servicios* de 13 de abril de 2011²³ recoge, dentro de los de mutua cooperación, el deber del cliente de dar al prestador del servicio las instrucciones que fueran precisas (art. 1585.1b) y el derecho “a comprobar si se está cumpliendo debidamente el contrato y a recibir información clara y precisa sobre ello” (art. 1585.2). En nuestro Derecho positivo debe recordarse que en el contrato de agencia el agente deberá “desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia”²⁴.

²¹ JURADO SEGOVIA, cit., págs. 72, 73 y 75.

²² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 463.

²³ https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF.

²⁴ Art. 9.2.c) Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. Sobre su relación con el art. 42 ET véase la STS de 21 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3996).

En el mismo sentido se pronuncian los *Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo. Borrador del Marco Común de Referencia* (DCFR)²⁵.

No hay duda, por tanto, de la existencia de un poder de la empresa cliente para dar instrucciones a la empresa prestadora de los servicios dentro de su vínculo contractual, y que este poder es distinto del poder de dirección de esta última frente a sus trabajadores. Las diferencias entre ambos poderes están claras: el poder de dar instrucciones forma parte del contenido del contrato de servicios que vincula al cliente con el prestador del servicio y lo ejerce aquél sobre éste, siendo los trabajadores terceros frente al mismo; el poder de dirección nace y se ejerce dentro del contrato de trabajo celebrado entre la empresa prestadora de servicios y sus trabajadores, respecto del cual la empresa cliente es tercero. Crédito y deuda nacidos de cada uno de estos contratos también son distintos. Hay, por tanto, clara diferencia de los elementos subjetivos y objetivos presentes en estas relaciones. El problema es que estos elementos pueden entrecruzarse tanto objetiva como subjetivamente si la actividad objeto del contrato de servicios se identifica con la realizada por los trabajadores y son éstos los interlocutores de la empresa de servicios con el cliente, más aún cuando se trata de actividades sencillas que no requieren grandes instrumentos de trabajo ni organización. La elaboración de una teoría que plantee explícitamente la diferenciación entre estos dos poderes, y establezca criterios firmes para su aplicación, más allá de indicios y diferencias cuantitativas inseguras²⁶, es una tarea pendiente de nuestra doctrina, que la obra imperecedera de Alfredo MONTOYA MELGAR seguirá iluminando.

²⁵ El cliente, en virtud de la obligación de colaboración, debe proporcionar “indicaciones relativas a la prestación del servicio si se consideran razonablemente necesarias para que el agente cumpla las obligaciones previstas en el contrato” [art. IV.C.-2:103(1) (b)]. Por su parte el prestador del servicio deberá “seguir todas las indicaciones oportunas del cliente relativas a la prestación del servicio, siempre que: (a) formen parte del contrato o se hayan especificado en un documento al que remita el contrato; o (b) deriven de la realización de opciones que correspondan al cliente según el contrato; o (c) deriven de la realización de las alternativas dejadas a la libre elección de ambas partes” [art. IV.C.-2:107: (1)].

²⁶ CRUZ VILLALÓN, cit., pág. 8: “la mera linde cualitativa entre lo que es mera atención a los requerimientos mercantiles de la otra empresa y lo que es delegación del poder de dirección con correlativa cesión de trabajadores, que es nítida en la teoría, pasa a convertirse en un puro matiz cuantitativo no siempre fácil de adivinar”.

La problemática del ejercicio de los poderes de dirección en el ámbito de las redes de empresa

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Alcalá*

I. Introducción

Uno de los desafíos contemporáneos del Derecho del Trabajo radica en ofrecer una respuesta adecuada a los fenómenos emergentes vinculados a las redes empresariales y a las nuevas formas de interacción entre empresas¹. Las prácticas de colaboración interempresarial han experimentado un notable auge en los últimos años. En el contexto de las redes de empresas, se observa una cooperación efectiva y sostenida entre distintas entidades, aunque sin que medien necesariamente vínculos jurídicos formales, como ocurre en los supuestos de descentralización productiva². En efecto, este tipo de articulaciones empresariales suele quedar fuera del marco normativo que regula la responsabilidad laboral y de Seguridad Social. No obstante, es importante advertir que, en muchos casos, estas relaciones alcanzan un grado de intensidad tal que

¹ El Derecho del Trabajo continúa siendo, incluso en la actualidad, el eje central de la tutela jurídica de las personas trabajadoras. Esta afirmación se mantiene vigente pese a la consolidación de un modelo neoliberal de relaciones laborales y a la creciente implantación de normativas caracterizadas por una elevada flexibilidad en la regulación del trabajo. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Evolución del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social*, en Relaciones Laborales, N.º. 15/16, 2001, págs. 12-ss. MONEREO PÉREZ, J.L.: «El Derecho Social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 218-ss.

² Una clasificación más detallada de las diversas modalidades de redes empresariales puede consultarse en los estudios que se presenta a continuación. OJEDA AVILÉS, A.: «Aspectos laborales de las redes de empresas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º. 125, 2005, pág. 798. CAIRÓS BARRETO, D.M.: «Empresas en red y desplazamiento temporal transnacional de trabajadores: condiciones de trabajo y prevención del fraude», *Impacto laboral de las redes empresariales*, Editorial Comares, Granada, 2018, págs. 21-ss.

resultan funcionalmente equiparables a las formas tradicionales de descentralización. En consecuencia, nos encontramos ante escenarios que justifican una reflexión sobre la conveniencia de reforzar las garantías jurídicas en favor de las personas trabajadoras involucradas.

II. La problemática relativa superación del concepto de empleador en el ámbito de las redes de empresa

Con carácter general, resulta pertinente subrayar el papel que desempeñan las empresas organizadas en red, caracterizadas por establecer vínculos de cooperación recíproca. En estos esquemas de colaboración interempresarial, es evidente que las entidades participantes se condicionan mutuamente, especialmente cuando se configura un cierto grado de dependencia o subordinación funcional entre ellas. En tales supuestos, algunas empresas ajustan su estructura interna conforme a los objetivos estratégicos definidos por la alianza empresarial. En estos contextos, la titularidad y el ejercicio del poder de dirección deben mantenerse en el ámbito exclusivo de cada empresa, en sentido estricto. Sin embargo, no puede descartarse la aparición de conflictos derivados de la influencia que pueden ejercer las directrices generales de la red sobre la autonomía directiva de cada entidad³. Esta afirmación será válida en la medida en que las empresas no abdicen de sus competencias organizativas, evitando así convertirse en meros entes interpuestos. En consecuencia, los vínculos contractuales o comerciales entre las empresas no deberían proyectarse sobre la dirección y organización del trabajo en cada una de ellas, dicho poder de dirección corresponde en exclusiva al empresario empleador.

Todo lo anterior nos conduce, inevitablemente, a una revisión crítica del concepto de empleador en el ámbito jurídico-laboral, el cual requiere una actualización que tenga en cuenta los nuevos elementos que inciden en las relaciones laborales (art. 1.2 ET)⁴. La noción legal de empresario se configura como un concepto amplio, que permite una interpretación extensiva orientada a garantizar la protección efectiva del trabajador. Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, lo determinante es la identificación del empleador como sujeto responsable de las obligaciones laborales, es decir, como centro de imputación normativa. En este sentido, resultan secundarias las características estructurales o mercantiles de la empresa, que pueden ser relevantes para otras ramas

³ En este contexto, debe afirmarse que solo puede hablarse de la existencia de un verdadero empleador cuando concurren de manera inseparable la titularidad y el ejercicio efectivo de las facultades directivas. La relación laboral no puede desarrollarse de forma escindida respecto de quien ostenta el poder de dirección. De producirse tal separación, estaríamos ante un supuesto de fraude laboral. Esta configuración atípica exige la intervención de mecanismos de control externos, a fin de garantizar la protección jurídica mediante la calificación de la situación como cesión ilegal de trabajadores, dado que se configura un supuesto de intermediación laboral ilícita. CAMPS RUIZ, L. M.: «El concepto laboral de empresario», AA.VV. (Borrajó Dacruz, Coord.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1990, pág. 38.

⁴ En el marco del debate sobre la redefinición de la figura del empleador en el ámbito laboral, resulta de interés la consulta del estudio dedicado a la posición jurídica del empresario en las relaciones laborales. Dicha monografía aborda de manera sistemática la evolución del concepto y la necesidad de revisar su estatuto jurídico-laboral a la luz de las transformaciones en la organización empresarial contemporánea. DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 453-ss.

del Derecho, pero no para el Derecho del Trabajo. Aunque la definición legal conserva su validez, se impone la necesidad de adaptarla a las nuevas formas de organización empresarial propias del modelo económico actual⁵. Ello implica extender la figura del empleador a aquellas realidades empresariales en las que, aun sin una configuración tradicional, se verifica la existencia de una prestación laboral subordinada⁶. En definitiva, debe atribuirse la condición de empleador a la empresa -o conjunto de empresas- que recibe y se beneficia económicamente del trabajo organizado y dirigido de las personas trabajadoras, asumiendo el poder de disposición sobre su actividad⁷.

Los nuevos esquemas de colaboración empresarial han dado lugar a una reformulación del poder de dirección, que ya no se presenta exclusivamente en los términos tradicionales. No obstante, desde una perspectiva jurídico-laboral, dicho

⁵ La propuesta de reformulación del concepto legal de empleador no ha estado exenta de controversias, generando un intenso y enriquecedor debate doctrinal. Particular atención ha merecido la noción de empresario plural y la redefinición de su estatuto jurídico. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *Relaciones Laborales*, Nº. 2, 1999, págs. 87-93. CASAS BAAMONDE, M^a. E.: «Prólogo», AA.VV. (SUPLOT, A., Coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 22-23. En esta línea, se ha sostenido que “probablemente no corresponda al legislador intervenir mediante nuevas regulaciones, sino que debe ser la propia negociación colectiva la que articule mecanismos eficaces para estructurar y ordenar estas nuevas formas de organización empresarial”. Paralelamente, se ha planteado la conveniencia de avanzar hacia una configuración más flexible y realista del concepto de empresario plural. Se ha señalado que en los sistemas jurídicos anglosajones se ha venido utilizando desde hace tiempo la figura del *co-employer* o *joint employer*, como expresión de una concepción compartida de la titularidad de la relación laboral, adaptada a contextos de corresponsabilidad empresarial en la gestión del trabajo. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización empresarial y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 54- 55. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Prólogo», AA.VV., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, pág. 14.

⁶ Esta problemática se encuentra íntimamente vinculada con la necesidad de revisar el concepto de empleador desde la perspectiva jurídico-laboral. No cabe duda de que la evolución del tiempo ha impactado de manera significativa en los procesos de reorganización empresarial, así como en las estrategias de cooperación entre las distintas unidades productivas. SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 27-29. Dicha transformación ha repercutido de forma constante en el empleo, que se ha tornado cada vez más inestable y precario. Las modalidades de contratación laboral se han complejizado, observándose un incremento notable del empleo de carácter eventual, estrechamente ligado a las oscilaciones del volumen de actividad empresarial. Estas contrataciones adoptan formas que se alejan de los esquemas tradicionales, y en muchos casos, tales ajustes organizativos y nuevas exigencias del entorno productivo son absorbidos por la negociación colectiva de empresa. Esta modalidad de negociación asume un papel clave en la adaptación del marco normativo laboral a las circunstancias coyunturales y a las necesidades específicas de las empresas, aprovechando los amplios márgenes de flexibilidad introducidos por las sucesivas reformas laborales. En efecto, se constata una revitalización de la negociación colectiva a nivel de empresa, lo que refleja una apuesta decidida por el modelo de organización flexible del trabajo.

⁷ En este contexto, cabe distinguir entre las denominadas teorías contractualistas -que fundamentan las posiciones jurídicas del empleador y del trabajador en el acuerdo contractual- y las tesis de corte institucionalista, que sitúan el fin productivo del empresario como elemento determinante dentro de la causa del contrato de trabajo. Esta distinción resulta relevante para comprender las distintas aproximaciones teóricas al concepto de empleador y su adecuación a las nuevas realidades del mercado laboral. MARAZZA: *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padua, 2002, págs. 4-ss.

poder continúa estructurándose sobre una relación bilateral de trabajo subordinado⁸. Esta premisa resulta esencial, en la medida en que las órdenes e instrucciones laborales no pueden emanar de sujetos ajenos a la relación jurídica de trabajo. Nos encontramos, por tanto, ante una problemática compleja que incide directamente en la delimitación legal del concepto de empleador. La empresa, en términos legales, se define como el sujeto que recibe de forma pasiva la prestación laboral del trabajador. Sin embargo, esta caracterización se ve desbordada en contextos de estructuras empresariales complejas. En consecuencia, la noción de empleador debe completarse necesariamente con la atribución y el ejercicio efectivo de los poderes de dirección y organización sobre el personal. Esta referencia al poder de dirección resulta determinante para identificar el centro de imputación normativa en el ámbito del Derecho del Trabajo, permitiendo así asignar al empleador las obligaciones y responsabilidades derivadas de la ejecución del contrato de trabajo⁹.

Desde esta óptica, el efecto jurídico que se produce tiene un marcado carácter tuitivo, al proporcionar al trabajador una garantía de seguridad jurídica. De este modo, se identifica con claridad al sujeto obligado al cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que permite determinar con precisión el centro de imputación de la responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento. En los supuestos patológicos, el desafío radica en evitar situaciones de interposición empresarial, ya que lo relevante no es la posición formal del empleador, sino la realidad material del ejercicio del poder directivo. El objetivo último es prevenir la configuración fraudulenta del empleador o la existencia de una empresa ficticia desde el punto de vista laboral¹⁰. En definitiva,

⁸ La bilateralidad inherente a las facultades directivas del trabajo constituye un elemento estructural esencial del modelo tradicional de empleador en el Derecho del Trabajo. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo a fin de siglo», *Relaciones Laborales*, T. II, 1999, pág. 87. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 33-35.

⁹ El empleador, en su calidad de parte del contrato laboral, se configura como una figura instrumental desde la perspectiva jurídica, en tanto actúa como sujeto de imputación de deberes y titular de facultades derivadas del vínculo laboral. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», *loc. cit.*, p. 35. Resulta relevante subrayar que, para el ordenamiento jurídico laboral, la empresa adquiere existencia jurídica únicamente en la medida en que en su seno se desarrollen prestaciones laborales bajo un régimen de subordinación.

¹⁰ La expresión “empresa fantasma” alude a la disociación entre la actividad productiva real y la proyección externa de la empresa como marca o denominación social. En este contexto, adquiere primacía la dimensión simbólica o representativa de la empresa, en detrimento de la realidad efectiva del trabajo que en ella se desarrolla. CROUCH: *Posdemocracia*, Taurus, México, 2004, págs. 61-62. Esta configuración genera notables distorsiones en el tráfico jurídico, al proyectar una imagen empresarial que no se corresponde con su estructura operativa real, lo que puede derivar en una estrategia de marketing engañosa. Esta situación reviste especial relevancia desde la perspectiva de la responsabilidad social corporativa, al comprometer la transparencia y la coherencia entre imagen y práctica empresarial. KLEIN, N.: *No logo. El poder de las marcas*, Paidós, Barcelona, 2007, págs. 62-ss. AAVV.: *Responsabilidad Social de las Empresas. Foro de expertos. Informe sobre aspectos sociales y medioambientales*, MTAS, Madrid, 2008, págs. 48-49. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y RAMIRO, P.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Icaria Economía, Bilbao, 2009, págs. 52-ss.

debe prevalecer, a efectos de responsabilidad jurídica, la estructura empresarial visible sobre la que se sustenta la actividad mercantil¹¹.

En el marco de las estructuras empresariales complejas, resulta imprescindible identificar con claridad al sujeto que ejerce efectivamente el poder de dirección. Es necesario, por tanto, distinguir al titular formal de las facultades directivas de aquel que, en la práctica, asume el control funcional sobre la prestación laboral. Desde la perspectiva jurídico-laboral, el organigrama empresarial que articula la vinculación entre distintas entidades carece de relevancia sustantiva si no se corresponde con el ejercicio real de dicho poder directivo del trabajo. El ordenamiento jurídico laboral reconoce únicamente dos posiciones contrapuestas: el empleador, como receptor de la prestación de servicios, y el trabajador, como sujeto que ejecuta dicha prestación en condiciones de subordinación y dependencia. La única excepción legalmente admitida a este esquema binario es la relación triangular propia de las empresas de trabajo temporal, regulada por la Ley 14/1994, de 1 de junio, que permite la cesión legal de trabajadores a una empresa usuaria bajo determinadas condiciones.

Estas fórmulas de organización del personal, basadas en estructuras empresariales complejas, han tenido una especial incidencia en contextos patológicos. Si bien no todas las configuraciones son ilícitas, muchas de ellas han traspasado los límites del marco jurídico-laboral, encubriendo situaciones de fraude laboral¹². Estas prácticas han sido objeto de control jurisdiccional, en tanto permiten a determinadas organizaciones beneficiarse de la prestación laboral sin asumir las responsabilidades inherentes a la condición de empleador, eludiendo así los riesgos contractuales y los costes derivados del empleo estable¹³. La clave, por tanto, radica en identificar el centro de imputación de responsabilidad, es decir, al verdadero empleador¹⁴. Este deberá

¹¹ Este tipo de modelo empresarial se sustenta, en gran medida, en la construcción de una imagen corporativa sólida, articulada en torno a una red organizativa compleja. La fortaleza de la empresa no reside tanto en su capacidad productiva directa, sino en la eficacia de su estructura directiva y en la gestión estratégica de su identidad institucional. CHANDLER, A.: *La mano visible*, MTAS, Madrid, 1987, págs. 32-33. CORIAT, B.: *El taller y el cronómetro*, Siglo XXI, Madrid, 1983, págs. 11-12.

¹² Nos encontramos ante una configuración que implica el desdoblamiento -o incluso la superación- del modelo clásico de empleador unitario en el ámbito laboral. Han emergido nuevas formas de organización empresarial que permiten la concurrencia de múltiples sujetos en la posición de acreedor de la prestación laboral, lo que da lugar a relaciones empresariales complejas y compartidas. MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral», *Relaciones Laborales*, N^o. 7, T.I, 2002 págs. 561-562.

¹³ El fraude laboral se configura cuando dichas estructuras organizativas tienen como propósito encubrir una empresa ficticia, carente de una verdadera base operativa o funcional. La finalidad última de estas fórmulas es eludir las responsabilidades empresariales derivadas del cumplimiento de las obligaciones legales. Este tipo de prácticas ha dado lugar a lo que puede denominarse una empresa flexible y meramente aparente, lo que ha permitido a la jurisprudencia extender, en los supuestos patológicos, la responsabilidad empresarial a todas las entidades intervinientes en la relación laboral. STS (Social) de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2883). STS (Social) de 29 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 6313). STS (Social) de 21 de junio de 2017 (RJ 2017. 12). SAN (Social) de 15 de julio de 2022 (Rec. 89/2022).

¹⁴ Se ha señalado que el intento de eludir la condición de empleador no es un fenómeno nuevo para el Derecho del Trabajo. Desde sus orígenes, este ha reaccionado frente a figuras como el *marchandage*. Se ha cuestionado la legitimidad del empleador aparente y se ha establecido límites estrictos a la subcontratación de obras y servicios, precisamente para evitar la desnaturalización del vínculo laboral

asumir las consecuencias jurídicas derivadas de la relación laboral. A pesar de la pluralidad de sujetos empresariales desde una óptica mercantil, en el ámbito laboral sigue prevaleciendo el principio de unicidad del empleador. En los supuestos de fraude, será necesario determinar quién ostenta realmente la condición de empleador desde el punto de vista del ejercicio efectivo del poder de dirección, en virtud de la naturaleza bilateral del contrato de trabajo. Solo podrá reconocerse un único empleador a efectos laborales, siendo este el sujeto que recibe la prestación de servicios y ejerce de forma efectiva las facultades directivas. En tales casos, el principio de veracidad se erige como criterio determinante para desvelar la realidad subyacente y evitar la configuración de empresas ficticias o interpuestas¹⁵.

III. Los supuestos de colaboración e interconexión empresarial: una reflexión sobre la interposición en los poderes de dirección

El modelo de empresa tradicional se ha sustentado en una concepción autónoma, articulada en torno a un proyecto empresarial autosuficiente. No obstante, este esquema ha sido superado en el contexto actual por nuevas formas de organización empresarial, más complejas y dinámicas. Esta transformación responde a un proceso multifactorial que ha incidido en la reconfiguración de las estructuras empresariales. En los supuestos más frecuentes de interconexión entre empresas, estas conservan formalmente su autonomía, aunque en la práctica la cadena de mando se diluye dentro de una estructura organizativa más amplia. En efecto, la autonomía empresarial se ve desdibujada cuando las decisiones más relevantes no emanan del empleador directo, sino de otros centros de decisión externos, lo que refleja una pérdida efectiva de independencia en la gestión.

Este fenómeno da lugar a una expansión de las relaciones interempresariales, en virtud de la cual, a través de diversas fórmulas de interacción, empresas ajenas al contrato de trabajo pueden incidir en la dinámica de las relaciones laborales de otras. En realidad, estas empresas participan conjuntamente en el proceso de toma de decisiones, lo que dificulta la identificación del empleador jurídicamente responsable en caso de incumplimiento¹⁶. En este contexto, cabe distinguir distintos tipos de interconexión empresarial, desde los supuestos clásicos de contratación de trabajadores por parte de

y garantizar la protección efectiva del trabajador. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, T.I, 1992, págs. 86-87. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 71-72.

¹⁵ La proyección del principio de veracidad resulta especialmente visible en situaciones conflictivas vinculadas a la cesión ilegal de trabajadores, particularmente cuando se produce una sucesión de empresarios en el marco de subcontrataciones de obras o servicios. En estos casos, dicho principio actúa como criterio interpretativo esencial para desvelar la realidad de las relaciones laborales subyacentes, más allá de las apariencias formales. STSJ Madrid (Social) de 22 de enero de 2010 (AS 2010, 988). STSJ Extremadura (Social) de 11 de julio de 2017 (AS 2017, 1872). STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Social) de 30 de junio de 2009 (AS 2009, 2557).

¹⁶ En esta línea, han adquirido un protagonismo creciente los nuevos modelos de organización productiva, cuya incidencia ha sido determinante en la configuración de las relaciones laborales dentro de estructuras empresariales complejas. Las transformaciones operadas en las formas organizativas de la empresa repercuten de manera directa sobre la figura jurídico-laboral del empleador, en tanto que parte esencial del contrato de trabajo. Esta evolución impacta necesariamente en el funcionamiento de las categorías propias del Derecho del Trabajo, particularmente en aquellas que permiten identificar al

empresas contratistas para prestar servicios en el marco de una contrata, hasta aquellos en los que los trabajadores son contratados por una empresa integrada en un grupo empresarial y terminan prestando servicios de forma flexible en varias de las entidades agrupadas. También se incluyen aquí las prestaciones realizadas en el seno de empresas en red¹⁷, que operan bajo objetivos comunes y comparten estructuras organizativas¹⁸.

En efecto, se trata de diversos supuestos que comparten un elemento común, esto es, la prestación de servicios laborales se realiza en beneficio de una organización empresarial distinta de aquella que formalmente figura como empleadora. De este modo, el aprovechamiento de la actividad laboral se distribuye entre varias empresas, en virtud de acuerdos de colaboración de naturaleza mercantil o civil. Tales pactos generan una incidencia directa en el desarrollo de las relaciones laborales, condicionando las decisiones que tradicionalmente corresponden al poder de dirección del empleador. Esta situación se manifiesta con especial claridad en los grupos, uniones y redes empresariales, donde la intensificación de vínculos y la convergencia de intereses exigen nuevas fórmulas de negociación colectiva, más allá de las estructuras convencionales, que responden a una lógica centrada en la organización interna del trabajo. Desde la perspectiva laboral, adquiere relevancia la configuración de unidades de negociación adaptadas a estas nuevas realidades organizativas, que trascienden el marco clásico de la empresa individual.

De forma generalizada, los procesos de descentralización productiva han permitido a las empresas reconfigurar sus estructuras mediante mecanismos de subcontratación laboral. Estas prácticas, orientadas a dotar de flexibilidad a la

sujeto empleador y calificar jurídicamente sus decisiones en materia de modificación o extinción de las relaciones laborales.

¹⁷ La empresa en red ha adquirido relevancia como una forma innovadora de articulación entre distintas entidades empresariales, con efectos directos sobre las relaciones laborales. Esta modalidad organizativa permite generar ventajas competitivas significativas mediante la integración de un entramado de pequeñas y medianas empresas dentro de una misma estructura funcional. Se trata de configuraciones empresariales caracterizadas por una coordinación jerárquica, en las que las distintas unidades operan bajo una cadena de mando unidireccional, lo que incide en la distribución del poder de dirección y en la configuración jurídica del empleador en estos entornos complejos. SANGUINETI RAYMOND, W.: «¿Hacia un derecho del trabajo de las redes empresariales?», *Trabajo y Derecho*, N° 17, 2016, págs. 8-ss. SOLER ARREBOLA, J.A.: «Aspectos laborales de las uniones temporales de empresas en el contexto de las redes de empresas», *Nueva revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 178, 2015, pág. 161.

¹⁸ En los últimos años ha emergido con fuerza la figura de las denominadas empresas de gestión integral, comúnmente conocidas como empresas multiservicios. Estas entidades se distinguen por la amplitud y flexibilidad de su objeto social, lo que les permite asumir la ejecución de una gran variedad de tareas para organizaciones empresariales tanto del sector público como del privado. En términos generales, las empresas multiservicios desarrollan su actividad en el marco del denominado *outsourcing* operativo, centrado en funciones consideradas secundarias o de escaso valor añadido, tales como servicios de vigilancia, mantenimiento, conserjería o limpieza. La externalización de estas actividades responde a una lógica empresarial orientada a la eficiencia organizativa, aunque plantea importantes interrogantes desde la perspectiva de la protección laboral. FALGUERA I BARÓ, M.A.: *La externalización y sus límites reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo: propuestas de regulación*, 1ª ed., Bomarzo, Albacete, 2015, págs. 23-25. ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 32-36. MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO, M.: «Externalización y empresas multiservicios», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, número 2, 2021, pág. 273-278.

organización productiva, responden a la necesidad de adaptarse a un entorno económico marcado por la incertidumbre y la volatilidad. La asunción de proyectos empresariales de corta duración se convierte así en una estrategia para afrontar los riesgos del mercado, otorgando a las empresas una mayor capacidad de reacción. Este modelo, ya extendido más allá de sectores específicos, se presenta como una pauta organizativa general, caracterizada por la segmentación del proceso productivo y la división funcional del trabajo¹⁹. Ello facilita una externalización constante de actividades y una mayor versatilidad en la ejecución del trabajo. Como consecuencia, se produce una reducción del tamaño empresarial y de las plantillas, sin merma en los objetivos productivos. El poder de dirección se transforma y deja de centrarse en el control directo del trabajo para enfocarse en la supervisión del resultado pactado. Así, el empresario principal ejerce un control indirecto sobre la actividad laboral, delegada en otras empresas que asumen partes del ciclo productivo. Por todo ello, conviene señalar, a modo de síntesis, que este tipo de descentralización implica la superación del modelo clásico de empresa centralizada, autosuficiente y autónoma, con efectos perjudiciales en la protección del modelo de trabajo subordinado y por cuenta ajena cuando se produce supuestos de fraude laboral²⁰.

¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Política de flexibilidad laboral y segmentación del mercado de trabajo en España: una aproximación crítica», AA.VV. (DELGADO, S. y VÉLEZ, A. J. Eds.), *El futuro del sindicalismo en España*, Granada, 1996, págs. 219-220.

²⁰ El modelo organizativo descrito propicia la aparición de situaciones de interposición entre el trabajador subordinado y los distintos sujetos empresariales que intervienen en la relación laboral. Esta circunstancia se manifiesta con mayor claridad en los esquemas de subcontratación laboral, cada vez más complejos como consecuencia de los procesos de descentralización y externalización productiva. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Reestructuraciones empresariales», en AEDTSS (Coord.), *Reestructuraciones empresariales: ponencias del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, 2021, pág. 32-33. En esencia, se produce una fragmentación del ciclo productivo, que altera la configuración tradicional de la relación de trabajo. Estos fenómenos han sido objeto de atención tanto por la jurisprudencia como por la doctrina científica, que han comenzado a ofrecer respuestas interpretativas relevantes, aunque se trata de una realidad en constante evolución que continúa incidiendo en los fundamentos clásicos del vínculo laboral. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo: revisión del criterio de dirección unitaria», *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, (Dir. Borrajo Dacruz, E.), La Ley, Actualidad Laboral, Madrid, 2015, pág. 194-ss. Con carácter general, puede observarse una progresiva desestructuración de la concepción unitaria del empleador en el ámbito laboral, tradicionalmente asociado al titular exclusivo del poder de organización y dirección del trabajo.

Nuevas fórmulas para “enmascarar” el poder de dirección: el recurso ilegal a las ETT por parte de empresas extranjeras

CAROLINA GALA DURÁN

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

“La delimitación de la esfera jurídico-laboral de cada uno de estos empresarios implicados en estructuras de carácter complejo plantea numerosos problemas que atañen tanto a la configuración del empresario laboral y a sus derechos y poderes como a la posición jurídica de los trabajadores afectados...”.

Prof. Alfredo Montoya Melgar, Editorial, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 48, 2004.

I. Introducción

No hay duda de que, cada vez más, las empresas desarrollan su actividad buscando lugares de producción más competitivos y también nuevos mercados, tanto internos como internacionales. Y, para ello, como contrapartida, también les resultan deseables las menores trabas administrativas e, incluso, legales.

Pues bien, en ese marco, entre otras muchas, nos surge la siguiente pregunta: ¿puede una empresa extranjera, que no tiene sede, ni filial ni sucursal en España recurrir a una ETT para poder disponer del personal necesario para desarrollar su actividad empresarial en territorio español? Situación que ya se ha producido y, como ejemplo real, cabe mencionar el caso de una compañía aérea extranjera -Norwegian Air- que, para operar en los aeropuertos de Barcelona y de Málaga, recurrió a una ETT para que le facilitase todo el personal necesario, más de 100 personas, contando solo con dos jefes de base que, además, no estaban dados de alta en la Seguridad Social española. ¿Es legal o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)?

II. Los hechos relevantes y la posición del Tribunal Supremo

Los hechos relevantes son: 1) la empresa extranjera no tenía sede, ni filial ni sucursal en España; 2) dicha empresa estaba desarrollando una actividad empresarial en España; y, 3) no tenía personal contratado en nuestro país, contando solo con un jefe de base en cada aeropuerto que, además, no estaba de alta en el sistema de Seguridad Social español.

Si tenemos en cuenta esos datos, inmediatamente surge el interrogante de cómo es posible que una empresa extranjera pueda desarrollar su actividad empresarial valiéndose casi exclusivamente -salvo el coordinador-, de personal cedido por una ETT, que solo puede desempeñar, como prevé la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, actividades de carácter temporal y, además, bastante limitadas tras la reforma laboral de 2021.

En efecto, si partimos de tales hechos: a) claramente se descarta, por sus propias características, la posibilidad de que se den las circunstancias que justificarían un contrato de puesta a disposición fundamentado en las necesidades formativas recogidas en el artículo 11 del ET; b) al no existir plantilla propiamente dicha, no cabe recurrir a la sustitución de una persona con derecho a la reserva de puesto (tampoco en el caso del coordinador), ni es posible completar una situación de reducción de jornada o cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción por un periodo máximo de tres meses (artículo 15.3 del ET); y, c) tampoco se dan los presupuestos del artículo 15.2 del ET, ya que no se trata de un incremento ocasional e imprevisible de la actividad empresarial u oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, por cuanto de por sí la actividad normal de la empresa es la que desarrollan los trabajadores cedidos por la ETT. Y tampoco se trata de atender situaciones ocasionales, previsibles y que tienen una duración reducida y delimitada.

En definitiva, resulta claro que los trabajadores cedidos por la ETT desarrollaban la actividad empresarial normal y permanente de la empresa aérea extranjera, con lo que dicha actividad no encaja, de ningún modo, en los supuestos contemplados en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, y nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del ET. Cabe recordar que el mencionado artículo 6.2 señala que *“podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.”*

Esta solución es la defendida por los tribunales en el caso de la empresa Norwegian Air-, en varias sentencias de tribunales superiores de Justicia y del Tribunal Supremo. Así, en palabras de la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018) *“... concurre cesión*

ilegal de trabajadores, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria..., lo cual comporta que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas... llegamos a dicha conclusión, por que se ha demostrado cumplidamente que, desde el 1-03-2012 al 21-12-2014 la empresa de trabajo temporal cedió nada menos que 74 trabajadores a la empresa usuaria, quien no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea..., habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1.b) ET, acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye claramente una cesión ilegal de trabajadores toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el art. 43.1 ET...".

En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

Ahora bien, tratándose de una cesión ilegal de trabajadores, ¿cuáles son las consecuencias y responsabilidades derivadas para las dos empresas implicadas?

En primer lugar, en relación con las responsabilidades de carácter administrativo, cabe tener presente que el artículo 8.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante LISOS) califica como una infracción muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. Y, por su parte, el artículo 18.2.c) de la misma Ley considera una infracción grave de la ETT formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994 (tratándose de una infracción por cada trabajador afectado); y, en el mismo sentido, pero respecto de la empresa usuaria, se manifiesta el artículo 19.2.b). Resulta claro que una misma conducta no puede ser sancionada por ambas vías, lo que ha sido debatido judicialmente; concluyéndose que prevalece la infracción muy grave del citado artículo 8.2.

Los argumentos que fundamentan esa posición -totalmente acertada- son los siguientes (SSTS de 29 de junio de 2022, rec. 749/2019, y 27 de abril de 2023, rec. 2935/2020):

- 1º. Concorre una cesión ilegal cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, lo que comporta que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores, no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.
- 2º. Los artículos 18.2.c) y 19.2.c) sancionan conductas que afectan exclusivamente a las ETT y a las empresas usuarias, quienes son las que suscriben el contrato de puesta a disposición, de manera que la indebida utilización de dicho contrato es imputable exclusivamente a ellas, sin que en ninguno de esos preceptos se esté contemplando la cesión ilegal, que se

activa cuando la ETT cede trabajadores a la empresa usuaria sin atenerse a los términos establecidos legalmente (art. 43.1 del ET), que excluyen la utilización del contrato de puesta a disposición para cubrir necesidades estructurales u ordinarias de aquella.

- 3º. Dado que la conducta sancionada no es la simple utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria, sino una cesión ilegal de trabajadores en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente personal de la ETT a la empresa usuaria, que debe calificarse como una falta muy grave, según el artículo 8.2 de la LISOS, que no excluye, de ninguna manera, a las ETT, cuando estas ceden trabajadores sin atenerse a los límites legales.
- 4º. Si no fuera así, si la cesión ilegal quedara reducida a una falta grave, se produciría un efecto perverso, toda vez que siendo las ETT las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como prevé el artículo 43.1 del ET, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de las empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

En definitiva, cuando una empresa extranjera sin sede, ni filial ni sucursal en España recurre a una ETT para cubrir sus necesidades permanentes de personal, desde la perspectiva administrativa, tanto ella como la ETT incurren en una falta muy grave del artículo 8.2 de la LISOS. En consecuencia, ambas empresas se enfrentan a una multa individual, según las circunstancias concurrentes, en su grado mínimo de 7501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros, y, en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros. Ello no obsta a que, de darse las circunstancias requeridas, una de las empresas pueda reclamar a la otra el pago realizado, así como una posible indemnización adicional; cosa que deberá resolverse en la jurisdicción civil.

En segundo lugar, las responsabilidades laborales y de seguridad social se configuran conforme Al artículo 43.3 y 4 del ET, donde se prevé que los empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con el personal y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales. Además, los trabajadores sometidos a la cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Ello implica que:

- a) Tanto de la empresa extranjera como la ETT responderán solidariamente del pago de las deudas laborales pendientes -de todo tipo, incluida la indemnización por despido improcedente-, y con la Seguridad Social (cotizaciones, pago de recargo de prestaciones, indemnizaciones, mejoras

voluntarias...). Se trata de una responsabilidad solidaria *ex lege* y sujeta al Código Civil. Respecto al plazo de reclamación, según el artículo 59 del ET las acciones derivadas del contrato que no tengan fijado un plazo especial prescribirán al año de su finalización. En el caso de las cotizaciones el plazo es de 4 años.

- b) La elección a favor de la empresa cesionaria solo puede producirse mientras esté vigente la cesión ilegal. Y en caso de que el trabajador cedido fuera despedido, tiene 20 días para reclamar judicialmente frente a ambas empresas.

Por tanto, si el trabajador recurre a los tribunales mientras está vigente la cesión ilegal puede reclamar la condición de fijo en la ETT -empresa cedente- o en la empresa extranjera -empresa cesionaria-; optando muy probablemente por esta, computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal y teniendo derecho a las condiciones laborales de una persona en el mismo puesto de trabajo o equivalente.

Si, como es habitual no se reclama judicialmente frente a la cesión ilegal para obtener la condición de trabajador indefinido mientras aquella está vigente, ya no podrá hacerse; pero sí se mantendrá la responsabilidad solidaria antes vista.

Finalmente, respecto a la posible responsabilidad penal, resultaría aplicable el artículo 311.1º del Código Penal, aunque existen poco ejemplos prácticos (ST Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 2004, rec. 520/2004).

Estos nuevos "usos" de las ETT como "pantalla" de una empresa extranjera sin sede ni sucursal en España constituye, a nuestro entender, un ejemplo de la necesidad de actualizar nuestra normativa para recoger nuevas realidades e impedir, como es el caso planteado, aquellas que resultan contrarias a los derechos de los trabajadores.

Ejercicio del poder de dirección y determinación del salario de las personas trabajadoras adscritas a una contrata

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. Cuestiones previas

El 24 de octubre de 2024 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre el alcance y las consecuencias de la puesta a disposición de personas trabajadoras¹. La particularidad del asunto sometido a la consideración del TJUE radica en que se cuestiona la aplicación de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo mediante empresas de trabajo temporal, a una situación fáctica que, en principio, se aleja del trabajo prestado a través de estas entidades.

En efecto, conforme a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, los servicios se prestaban por las personas trabajadoras en el marco de una contrata de obras o servicios con las notas del art. 42 ET.

II. Antecedentes del caso

La actora había realizado prácticas profesionales en Microsoft desde septiembre de 2010 a junio de 2011. Poco tiempo después fue contratada de forma sucesiva por tres empresas: Omnitel Comunicaciones (de 24 de agosto de 2011 a 24 de enero de 2012 y de 21 de julio de 2014 a 23 de diciembre de 2014. Indi Marketers (de 4 de marzo de 2015 a 31 de mayo de 2017) y LeadMarket (de 1 de agosto de 2017 a 29 de abril de 2021).

¹ STJUE de 24 octubre 2024, asunto C-441/23, Omnitel Comunicaciones.

Las tres empresas habían celebrado contratos de prestación de servicios con Microsoft. Conforme al contrato de trabajo de 1 de agosto de 2017 suscrito entre LeadMarket y la trabajadora, esta trabajó en el departamento de Original Equipment Manufacturer (OEM) de Microsoft desempeñando labores de marketing para dar soporte a cuentas-partners de Microsoft. Las funciones que realizaba para esta última empresa no las desempeñaba ninguno de los empleados de la misma.

En el año 2020 la trabajadora se quedó embarazada y cuando estaba en su séptimo mes de embarazo Microsoft comunicó a LeadMarket que el contrato entre ambas empresas finalizaría, por razones presupuestarias y sin posibilidad de prórroga, el 30 de septiembre de 2020.

El 22 de septiembre de 2020 la trabajadora comienza una situación de incapacidad temporal. El 8 de diciembre de 2020 nace su hija y la trabajadora inicia el permiso por descanso por nacimiento y cuidado de menor al que acumuló el permiso por lactancia y las vacaciones anuales.

El día 29 de abril de 2021, fecha en que la trabajadora debía reincorporarse a su puesto de trabajo, recibe una carta de LeadMarket por la que se le comunica la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 27 de abril de 2021. La empresa alegaba causas objetivas, en concreto una disminución de la demanda por la “caída” de proyectos que estaban previstos, no teniendo la empresa ningún puesto o servicio donde poder ubicarla.

La trabajadora presentó demanda en el Juzgado de lo Social, interesando la nulidad del despido o la declaración de su carácter abusivo, así como la condena solidaria a LeadMarket y a Microsoft a las consecuencias que se derivaran de tal declaración.

El día 30 de noviembre de 2021 el juzgado dicta sentencia absolviendo a Microsoft al considerar que la demandante no había sido puesta a disposición de dicha sociedad por LeadMarket. La sentencia de instancia incidía en que LeadMarket organizaba la jornada y el horario de la trabajadora, preparaba las nóminas y abonaba el salario, proporcionaba la formación precisa, autorizaba sus permisos o vacaciones y gestionó sus bajas por incapacidad temporal y por nacimiento y cuidado del menor.

En línea con las consideraciones anteriores, el juzgado consideró que no se había producido una “puesta a disposición”, como mantenía la actora, sino que se trataba de un contrato de servicios entre dos empresas. Ello llevó a la absolución de Microsoft y a la desestimación de la solicitud de percepción por la trabajadora del salario que le hubiera correspondido de haber sido contratada por Microsoft.

No obstante lo anterior, dada la vaguedad y falta de concreción de la causa alegada por la empresa LeadMarket, la sentencia de instancia declaró la nulidad del despido pero no lo consideró discriminatorio y no fijó indemnización alguna al considerar que la causa del despido respondía exclusivamente a motivos presupuestarios, aunque el despido se hubiera producido durante un período de vacaciones anuales y de permiso parental.

La trabajadora interpuso recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia alegando, como había hecho en la instancia, que debía considerarse que su situación era una “puesta a disposición” convenida con Microsoft, de modo que esta última empresa debía ser condenada solidariamente a las consecuencias del despido, incluida la readmisión de la trabajadora en su puesto.

III. Las cuestiones prejudiciales

Al resolver el recurso planteado, se cuestiona el Tribunal Superior de Justicia de Madrid si debe aplicarse la Directiva 2008/104/CE para resolver el litigio. La duda se suscita porque, a diferencia de lo que prevé la normativa española², la Directiva no exige que haya autorización administrativa para que una empresa pueda ser considerada Empresa de Trabajo Temporal. Y en el caso de que fuera aplicable la Directiva, se cuestiona el TSJ si se trata de una puesta a disposición de personas trabajadoras por parte de LeadMarket a Microsoft, lo que habrá de resolverse teniendo en cuenta cuál de las empresas -LeadMarket o Microsoft- ostentaba, realmente, los poderes de dirección y control de la actividad laboral de la trabajadora.

Las consecuencias no son baladís. Si hay una “puesta a disposición” debería reconocerse a la trabajadora su derecho a recibir, “por lo menos”, el salario que le hubiera correspondido si Microsoft la hubiera contratado directamente.

En lo que aquí interesa, las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJM fueron las siguientes:

“1) Si la Directiva [2008/104/CE] es aplicable a una empresa que ponga una trabajadora a disposición de otra empresa, aunque la primera empresa no sea reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal;

2) En caso de ser aplicable la Directiva [2008/104/CE] a empresas que ponen a disposición trabajadores sin ser reconocidas en el Derecho interno como empresas de trabajo temporal, si en una situación como la descrita anteriormente la trabajadora debe ser considerada como trabajadora cedida por una empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.c de la Directiva [2008/104/CE], la empresa [LeadMarket] debe ser considerada como empresa de trabajo temporal en el sentido del artículo 3.1.b de la misma Directiva y la empresa [Microsoft] debe ser considerada como empresa usuaria en el sentido del artículo 3.1.d de la misma Directiva; en concreto si puede entenderse que la empresa [LeadMarket] mantenía la dirección y control de la actividad laboral (excluyendo así la existencia de una puesta a disposición de la trabajadora), por el hecho de que el administrador de la misma recibiese de la trabajadora un informe mensual de actividad y además firmase los permisos, vacaciones y horarios de la trabajadora, aunque la prestación cotidiana de los servicios de la trabajadora consistiese en atender a los clientes de Microsoft, resolviendo las incidencias contactando frecuentemente con responsables de Microsoft y trabajando desde su domicilio con un ordenador puesto a disposición de la trabajadora por Microsoft y acudiendo una vez a la semana al centro de trabajo de Microsoft;

² Cfr. arts. 1 y 2 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

3) En caso de ser aplicable la Directiva [2008/104/CE] y encontrarnos ante una puesta a disposición de la trabajadora, si, como consecuencia de la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva [2008/104], el salario de la trabajadora debe ser cuando menos el mismo que le correspondería si hubiese sido contratada directamente por [Microsoft]” (...).

IV. La respuesta del TJUE: el ejercicio del poder de dirección por la empresa usuaria determina la aplicación de la directiva 2008/104/CE

La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas por el TSJM, además de suscitar ciertos interrogantes a la luz de la normativa española, abren la puerta a la posibilidad de que las personas trabajadoras adscritas a una contrata tengan derecho a disfrutar de las condiciones esenciales de trabajo y empleo (y en particular, al salario) de la empresa principal.

Como punto de partida analiza el TJUE el concepto de empresa de trabajo temporal del art. 3.1 de la Directiva 2008/104/CE y considera que la dicción literal del precepto permite mantener que empresa de trabajo temporal es “toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas”.

El art. 3.1 de la Directiva no exige que haya una autorización administrativa para que una empresa tenga la condición de empresa de trabajo temporal. En palabras del TJUE (apartado 41) “interpretar el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104 en el sentido de que únicamente comprende a las empresas que, con arreglo a su Derecho nacional, disponen de una autorización administrativa previa para ejercer la actividad de empresa de trabajo temporal, por una parte, implicaría que la protección de los trabajadores diferiría entre los Estados miembros, en función de si los Derechos nacionales exigen o no tal autorización, y dentro de un mismo Estado miembro, dependiendo de si la empresa de que se trate posee o no tal autorización, y podría contravenir los objetivos de dicha Directiva, consistentes en proteger a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, y, por otra parte, menoscabaría el efecto útil de la citada Directiva, al restringir de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de esta”.

En respuesta a la segunda cuestión prejudicial, se centra el TJUE en el análisis del concepto “puesta a disposición”, a fin de establecer las diferencias con el contrato de prestación de servicios entre dos empresas. Considera el tribunal europeo que para aplicar la Directiva no basta con que la empresa “ponga a alguno de sus trabajadores, o puntualmente a una parte de sus trabajadores, a disposición de otra empresa (pues) tales situaciones equivalen a prestaciones de servicios de una empresa a otra y no a prestaciones de trabajo realizadas por trabajadores cedidos”.

La clave radica, por tanto, en determinar si en las prestaciones de servicios en el marco de colaboraciones entre empresas se produce la cesión del poder de dirección por su titular originario -la empresa que contrató a las personas trabajadoras- a la empresa receptora de los servicios.

A tales efectos la sentencia del TJUE recuerda que “incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si un trabajador ejerce sus funciones bajo la dirección y el control de una empresa usuaria o del empleador que lo contrató y que celebró un contrato de prestación de servicios con esta última”. Esto es, corresponderá al TSJM decidir si el poder de dirección propio de una auténtica relación laboral es ejercido por la empresa contratista o por la principal. Y de ser ejercido por esta última, corresponde al Tribunal decidir sobre la aplicación de la Directiva.

Sin embargo, el propio TJUE da algunas claves que pueden servir al órgano jurisdiccional nacional para identificar dónde radica el poder de dirección.

Así, el apartado 59 contiene las siguientes precisiones: “el hecho de que la empresa de trabajo temporal reciba un informe mensual de actividad del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria es una circunstancia que puede, en su caso, tomarse en consideración, en función del objeto específico perseguido por ese informe, en las relaciones entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador. En cuanto al hecho de que la empresa de trabajo temporal apruebe las vacaciones y los permisos del trabajador cedido y fije sus horarios, procede señalar que, *a priori*, no es anormal que esa empresa, que sigue siendo el empleador del trabajador, proceda formalmente a esa aprobación y a esa fijación, sin que ello ponga en entredicho la realidad de la dirección y el control del trabajador asumidos por la empresa usuaria en el marco de la puesta a disposición de este último”.

Advierte el TJUE a tales efectos que “no basta un mero control formal y vigilancia también formal sobre cómo realiza sus funciones, sino que puede exigir al trabajador cedido que (...) el cumplimiento de normas internas y de métodos de trabajo, además de ejercer sobre él una vigilancia y un control en cuanto a la manera en la que desempeña sus funciones”.

El criterio del ejercicio del poder de dirección para identificar al auténtico empleador ya ha sido utilizado en otras ocasiones por el TJUE, así la sentencia de 14 de noviembre de 2016 (C-216/15, *Ruhrlandklinik*), el tribunal resolvió que determinadas enfermeras de la Cruz Roja Alemana que trabajaban para instituciones sanitarias -a las que eran cedidas de forma periódica-, bajo su poder de dirección y percibiendo la retribución de estas, quedaban incluidas en el campo de aplicación de la Directiva 2008/104/CE. En efecto, en palabras del TJUE “El artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 2008/104/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que entra dentro de su ámbito de aplicación la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección (...)”.

En última instancia, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar si la empresa contratista conserva el poder de dirección o si, por el contrario, es ejercido por la principal o cesionaria. Ya el TSJ de Madrid ha tenido ocasión de aplicar la doctrina contenida en el supuesto que se analiza. La STSJM de 4 de diciembre de 2024 (rec. 648/2024) en un caso similar al aquí estudiado ha considerado, en base al criterio de dirección y control de la actividad funcional de los trabajadores contenido

en la Directiva 2008/104/CE como definitorio del concepto de puesta a disposición, que “el grado de intensidad de la dirección y control funcional de la actividad de los trabajadores desempeñado por Robert Bosch España aparece como muy relevante y frente a ello no se acredita una participación significativa y relevante en la dirección funcional de la actividad por parte de Som Tec Consultants, porque como hemos visto la existencia de un protocolo de transmisión de las órdenes e instrucciones no ordinarias que la convierte en intermediario necesario (aunque no siempre) y por otro lado la designación de un coordinador que participa en la mayor parte de las reuniones entre los mandos de Robert Bosch España y los trabajadores de Som Tec Consultants, aunque constituyen indicios de participación en funciones de dirección, son insuficientes al no acreditar unas concretas actividades, órdenes e instrucciones relevantes en el ámbito de las funciones desempeñadas”, lo que lleva al TSJ a fallar que el salario que debe tomarse en consideración para calcular la indemnización por despido y los salarios de tramitación es el que el trabajador hubiera percibido si hubiera sido contratado directamente por Robert Bosch España.

V. Reflexiones conclusivas

Nos encontramos ante un pronunciamiento del TJUE novedoso y de indudable relevancia en el ordenamiento jurídico laboral español para determinar las condiciones de trabajo que deben reconocerse en las “relaciones triangulares de trabajo”, y que da un paso más para evitar que una cesión ilegal de trabajadores quede encubierta mediante la utilización de la figura de la contrata, al margen de la regulación legal de las empresas de trabajo temporal y socavando las garantías para los trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo que deben reconocérseles.

En efecto, es una cuestión pacífica que en el trabajo en contratas, conforme al art. 42 ET, las personas trabajadoras de la empresa contratista tienen reconocidas las condiciones de trabajo de la contratista, y no de la empresa principal aun cuando presten sus servicios en la sede de esta. Sin embargo, la sentencia del TJUE que se comenta puede modificar sustancialmente ese planteamiento. Y es que una de las conclusiones que se alcanzan en la sentencia, es que para que una empresa tenga la condición de empresa de trabajo temporal no es preciso que esté formalmente reconocida como tal. Lo verdaderamente relevante para aplicar la Directiva 2008/104 es que el poder de dirección se ejerza por la empresa usuaria -o por la empresa principal, en el caso objeto de litigio-. Los tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la intensidad con la que debe ejercerse el poder de dirección para identificar al auténtico empleador de los trabajadores, y consideran al efecto que, por ejemplo, la mera existencia de un coordinador de la contratista no descarta la existencia de una cesión ilegal si su presencia en el centro de trabajo de la principal es una vez al mes³, sino que debe evaluarse el “grado de autonomía de dicho responsable del equipo respecto del control y dirección de la empresa cliente”⁴.

La sentencia posibilita que los órganos jurisdiccionales nacionales analicen dónde radica el poder de dirección propio de la relación laboral y que consideren, por

³ STS de 14 de noviembre de 2023, rec. 3361/2020.

⁴ SAN de 30 de abril de 2014, rec. 90/2014.

tanto, que las personas trabajadoras vinculadas a una contrata tienen derecho a recibir el salario acordado en el seno de la empresa usuaria de sus servicios, y no el de la empresa que las contrató.

En este sentido, como indica el TJUE “si la persona trabajadora ejerce sus funciones bajo la dirección y el control de una empresa usuaria esa persona trabajadora debe ser calificada como una trabajadora cedida conforme a la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal”.

Y esta consideración de persona trabajadora cedida supone que se le deban reconocer las condiciones esenciales de salario y empleo de la empresa usuaria, pues en los términos expresados en la sentencia “el salario se incluye dentro de las condiciones esenciales de trabajo y empleo, debiendo disfrutar la persona trabajadora un salario al menos igual al que habría percibido si hubiera sido contratado directamente (por la empresa usuaria)”.

Sentencia del pleno de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2024: esquirolaje ilícito de la empresa principal durante una huelga en la empresa contratista externa que no forma parte de un grupo de empresa

SIRA PÉREZ AGULLA

*Prof^a Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

I. Introducción

Antes de afrontar el comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 1246/2024, de 14 de noviembre de 2024 (rec. 227/2022), debemos subrayar que el tratamiento normativo del esquirolaje interno constituye una de lagunas legales más relevantes en torno al tratamiento de la huelga, siendo los Tribunales los encargados de dilucidar y otorgar respuesta a las diversas cuestiones que se plantean alrededor de esta herramienta de acción sindical. No es de extrañar que el silencio de la norma prontamente diera lugar a controversias tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Actualmente, el análisis de esta figura ha ido adquiriendo mayor complejidad debido a las diversas interrogantes que han surgido alrededor de esta modalidad de esquirolaje auspiciadas por los cambios tecnológicos, productivos y organizativos que han incidido con fuerza en las relaciones laborales en las últimas décadas.

Dirigiendo la atención al esquirolaje en supuestos de externalización, debemos comenzar subrayando que el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar diversos asuntos relativos a esta temática, dando respuesta a problemas antes no suscitados. Si bien desde tiempo atrás, frente a la clásica organización que integraba todas las actividades necesarias para poner el producto final en el mercado, se fue instaurando un modelo

caracterizado por el desarrollo de esas prestaciones por una pluralidad o “red” de empresas, actualmente, de la mano del exponencial avance de las nuevas tecnologías en los sistemas productivos, la externalización ha adquirido un protagonismo indiscutible.

A consecuencia de esta nueva realidad productiva y empresarial, hemos asistido a la escisión de la persona del empresario, que es sustituido por una pluralidad de sujetos, generando cierta confusión en su identificación. De este modo, el empresario en algunos casos aparece difuminado, dándose lo que algunos vinieron a calificando como la inconsistencia del empleador, derivada de que éste no es el titular del aparato empresarial para el que se presta el servicio, quebrándose de este modo la relación tradicional existente entre el trabajador y el empresario.

Partiendo de este escenario, de complejidad innata, los Tribunales tuvieron que encarar el reto de armonizar este fenómeno con los derechos de los trabajadores, en particular, con el derecho de huelga, fenómeno social no carente de aristas problemáticas. En este sentido, teniendo presente las peculiaridades del contexto, uno de los principales asuntos que ha tenido que someter a su valoración fue la posible vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por quien no es el empresario del trabajador afectado. A este respecto, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ya dispuso que “los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral. (STC 250/2007, de 17 de diciembre; 75/2010, de 19 de octubre).

Tomando como punto de partida lo dispuesto por el máximo intérprete del Texto Constitucional, acercándonos a la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la vulneración del derecho de huelga en asuntos de subcontratación, debemos apuntar que el órgano jurisdiccional ha venido distinguiendo entre los supuestos en los que el fenómeno de la descentralización productiva se produce en el seno de un grupo de empresas, de aquellos otros en los que las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil.

Hasta el momento, la existencia de un grupo de empresa era considerada elemento determinante para valorar la posible vulneración del derecho de huelga por parte de una empresa principal que no es la empleadora de los huelguistas. A partir de la sentencia que ahora comentamos, el aspecto clave a tomar en consideración es, como veremos, que “entre la empresa principal y la que se encuentra en huelga existan relaciones interempresariales que pueden estar condicionadas por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo”.

II. Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2024: nuevo criterio interpretativo

1. Breve descripción del caso y planteamiento de la controversia principal

El Comité de Empresa de COTRONIC formuló demanda por vulneración del derecho a la huelga solicitando que se declarase que la desviación en cuanto a la asignación y porcentaje de adjudicación de órdenes de servicio pendientes de atender en las zonas asignadas a la empleadora al resto de empresas contratadas en Barcelona

que realizó la empresa principal suponía la violación del derecho a la huelga; que se declarase la nulidad de la que se decía conducta antisindical contraría al derecho de huelga de las codemandadas, COTRONIC y TELEFÓNICA, y la condena solidaria de ambas a indemnizar por los daños y perjuicios así como por daños morales.

Recurren en casación la codemandada TELEFÓNICA, y también los demandantes.

2. Respuesta del Tribunal Supremo: criterio interpretativo novedoso

Teniendo presente la extensión limitada de esta colaboración en homenaje al maestro ALFREDO MONTOYA MELGAR, centraré mi intervención en el debate de si existió o no vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa principal TELEFÓNICA hacia los trabajadores de COTRONIC, empresa externa.

El Tribunal Supremo comienza su relato dando a conocer lo expuesto en su sentencia de 22 de mayo 2024 (rec.145/2023), que acoge la evolución doctrinal al respecto.

Como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta el contenido limitado de la norma - Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo- el pronunciamiento de 2024 parte de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional en materia de huelga y lesión de dicho derecho por empresas distintas de la empleadora generalmente a través de fenómenos de externalización como la subcontratación de servicios. En particular, teniendo en cuenta la complejidad del contexto, como ya hemos apuntado, uno de los principales asuntos que tuvo que someter a su valoración fue la posible vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por quien no es el empresario del empleado.

Avanzando en la necesaria exégesis extensiva del vetusto artículo 6.5 de la norma preconstitucional, tan acertada en estos tiempos de cambio, como apuntábamos, el máximo intérprete de la Constitución tuvo que afrontar el análisis del esquirolaje en diversos escenarios, entre ellos, los supuestos de externalización, cada vez más frecuentes en una economía de gran descentralización productiva. En este marco, resulta indubitada la necesidad de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acuñada alrededor del relevante asunto SAMOA- sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre de 2010, ambas con Votos particulares-.

El Tribunal, partiendo de unos hechos probados por las sentencias de instancia en virtud de los cuales quedaba acreditado que la extinción del contrato de los trabajadores fue consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, considera que “a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las

garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable”.

Focalizando su atención en el derecho fundamental de huelga dispuso que “de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”. Es más, categóricamente señaló que “los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él “en conexión directa con la relación laboral”.

Tomando como punto de partida lo dispuesto por el máximo intérprete del Texto Constitucional, se aprecia que el TS ha venido considerando tan intensa conexión en los supuestos en los que el fenómeno de la descentralización productiva se produce en grupos de empresa, cuya existencia se convirtió en el elemento decisivo para ser considerada dicha transgresión. En este sentido, asuntos tales como el caso ALTRAD, TELEFÓNICA, INDRA, VODAFONE y GRUPO PRISA (o PRESSPRINT) en los que se refleja lo anteriormente indicado. Por lo que se refiere a la segregación de la actividad en el marco de un grupo de empresas, valga de muestra la sentencia de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014), en la que el Tribunal Supremo puso de manifiesto que “la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida directamente como consecuencia de la convocatoria de huelga, vació de contenido, en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial”.

Teniendo en cuenta la doctrina anteriormente señalada, la sentencia que ahora se comenta cobra especial relevancia ya que el Tribunal matiza su doctrina, haciendo extensiva la tutela del derecho de huelga al considerar factor determinante de dicho quebranto la intensidad de la conexión entre las entidades implicadas con independencia de la existencia de un grupo de empresa. En particular, el Tribunal entiende que “la especial configuración del derecho de huelga, el nivel de protección que como derecho fundamental le corresponde, obliga a aplicar esa misma doctrina en todas aquellas situaciones en los que exista una especial, directa y vinculación entre la empresa principal y todas las demás implicadas. No solo en los casos de grupo de empresas, como ya hemos establecido en los antedichos precedentes, sino, también, en supuestos como el presente, en los que no se trata de una mera y simple subcontratación de servicios entre una empresa principal y la contrata en la que se convoca la huelga, que pudiese permitir a la principal recurrir a los servicios de una tercera empresa porque no existe entre ellas ninguna especial y singular vinculación”.

En el caso que el Tribunal ahora enjuicia, considera que “la actuación de la empresa principal es sin duda similar y parangonable, a estos efectos, con la que se

produce en el seno de un mismo grupo empresarial, en la medida en que las principal ha tejido unos vínculos de interconexión entre las distintas empresas subcontratadas para garantizarse y poder exigir a cada una de ellas su intervención en defecto de las otras”

En cuanto a la actuación llevada a cabo por parte de TELEFÓNICA, consistente en desviar las órdenes de servicios a otras empresas subcontratadas, como así se refleja en la cláusula que la empresa principal incluye en todas las subcontratas que formaliza con cada una de las empresas, el Tribunal entiende que un pacto de esa naturaleza entra dentro de la libertad de mercado, libremente aceptado por todas las empresas implicadas. “La regular y ordinaria activación de esa facultad por parte de TELEFÓNICA resulta perfectamente ajustada a derecho y no merece reproche judicial alguno”. No obstante, “la utilización de esa posibilidad resulta en cambio vulneradora del derecho de huelga, cuando se utiliza, precisamente, para sustituir la actividad de alguna de las empresas subcontratadas que se ha visto afectada por encontrarse sus trabajadores en huelga”.

III. Reflexiones finales

Si bien el legislador ha considerado ilícitos mecanismos como la contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, hubiera resultado paradójico que no se tuvieran en cuenta otros instrumentos como la externalización de la actividad a otras empresas, del todo capaces de vaciar de contenido el derecho de huelga, anulando la repercusión que en el proceso productivo se persigue. Hasta el momento, el Tribunal Supremo ha venido considerando que la responsabilidad de la empresa principal se producía únicamente cuando ambas formaban parte de un grupo de sociedades. Con su sentencia de 14 de noviembre de 2024 da un paso adelante en la protección de los derechos de los trabajadores frente a la externalización de servicios en el contexto de una huelga, haciendo extensiva la tutela del derecho fundamental al considerar factor determinante en cuanto a su posible vulneración la intensidad de la conexión entre las entidades implicadas, con independencia de la existencia de un grupo de empresa.

La afectación de este pronunciamiento a los poderes de dirección y organización empresarial es su principal valor, viéndose acotados al no poder ser utilizados ilícitamente para vaciar de contenido el derecho de fundamental de huelga. Ya el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto al señalar que “la preeminencia (del derecho de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores” - STC 123/1992, de 28 de septiembre-. Descendiendo al asunto que ahora nos ocupa, es decir, el ejercicio del derecho de huelga con el *ius variandi* empresarial, respecto de la sustitución interna de los huelguistas, el órgano garante de la Constitución ya puso de manifiesto que tal proceder “constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber

desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”- STC 17/2017, de 2 de febrero-.

El poder directivo en las relaciones triangulares de trabajo, con particular atención a la singular fórmula prevista en el RD 667/2025, de 22 de julio

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE

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

I. MARCO JURÍDICO DE LAS RELACIONES TRIANGULARES DE TRABAJO

Las relaciones de trabajo triangulares están presentes en los grupos de empresas, que carecen de una ordenación específica; en las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), legalizadas, en 1994¹, por la Ley 14/1994, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal; y en las contratas y subcontratas de obras y servicios, previstas en el art. 42 ET. Este precepto se ha convertido en el eje central de la ordenación del fenómeno de la descentralización productiva en España y de las relaciones triangulares trabajo.

La regulación del art. 42 ET fue concebida originariamente para atender, bien situaciones aisladas e inespecíficas, bien las necesidades de un sector tan concreto como el de la construcción², pero desde hace décadas se ha extendido a todos los sectores y ámbitos, tanto públicos como privados. Con las contratas y subcontratas se reduce el coste empresarial, se flexibiliza la contratación de mano de obra, y se eluden ciertas responsabilidades de la empresa principal.

Este es un tema clásico en la literatura iuslaboralista, lo que me permitirá citar a grandes maestros. Ello, no obstante, analizaré de forma particular un supuesto reciente

¹ Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “La legalización de las Empresas de Trabajo Temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, en *Temas Laborales, Monográfico sobre Relaciones Triangulares de Trabajo*, núm. 56, 2020, págs. 177 y ss.

² RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 27.

y singular de descentralización productiva y de relación triangular de trabajo, previsto en el Real Decreto 667/2025, de 22 de julio, por el que se regula una subvención al Consorcio Nacional de Entidades de ELA (ConELA), para la mejora de la calidad de vida de personas afectadas por esclerosis lateral amiotrófica en fases avanzadas.

II. El fraccionamiento de las facultades y responsabilidades empresariales

Las relaciones triangulares se caracterizan, como su propia denominación indica, por la presencia de tres sujetos en la relación de trabajo, que se consigue con el desdoblamiento, y consiguiente difuminación, de la figura del empresario³. De este modo, junto a quien formalmente contrata a la persona trabajadora, es decir, el empleador, coexiste un segundo empresario que, recibiendo la utilidad de la prestación de la persona trabajadora, se resiste, sin embargo, a la calificación jurídica de empresario laboral respecto de ésta⁴.

Simultáneamente se produce el fraccionamiento del conjunto de facultades que en el pasado permanecieron unidas y atribuidas a un único empleador laboral⁵. Éstas pasan ahora a distribuirse entre una pluralidad de sujetos, generando cuestiones en torno al ejercicio de los poderes empresariales (disciplinario, y de organización y dirección)⁶ y a la imputación de responsabilidades por incumplimiento de normas laborales y de Seguridad Social.

En los procesos de descentralización productiva, es frecuente que la empresa principal se reserve las principales facultades de dirección y control de la actividad realizada por las personas trabajadoras de la empresa auxiliar, al tiempo que tiende a excluir la asunción de las obligaciones que le impone el ordenamiento laboral. De este modo, en el momento en que un empresario se incorpora a una estructura productiva integrada por varias empresas, sus facultades directivas se ven limitadas, ya que tiene que ceder una parte de ellas al empresario dominante o al conjunto de empresarios. En tales casos es posible que aquél no pueda determinar cuál sea el lugar físico de prestación del trabajo de su personal asalariado, ni concretar el modo en que ha de ser atendida la clientela, ni participar en la toma de decisiones sobre el descanso, la jornada de trabajo o las vacaciones del mencionado personal; cabe incluso, que la propia indumentaria de éste o su formación le venga impuesta desde fuera (así ocurre en el caso de las franquicias).

³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992, págs. 409 y ss.

⁴ Sobre el particular, atinadamente señala CRUZ VILLALÓN, J., “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, en *Temas Laborales. Monográfico sobre Relaciones Triangulares de Trabajo*, núm. 56, 2020, pág. 1, que “en las relaciones triangulares se rompe toda la lógica bilateral consustancial al contrato de trabajo, para forzar la aparición de un tercer sujeto en posiciones próximas que no identificadas a la del empleador unitario”.

⁵ Sobre el poder directivo, véase, MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965.

⁶ Sobre el concreto supuesto de las Empresas de Trabajo Temporal, véase PÉREZ YÁÑEZ, R., “El reparto de poderes empresariales entre Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión”, en *RL*, I-1998, págs. 133 y ss.

Las normas que regulan estas figuras, partiendo del principio de “unicidad” arraigado en nuestro ordenamiento jurídico laboral, persisten en el reconocimiento de un único empresario laboral, si bien, no suelen tener inconveniente, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 14/1994, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, en aceptar la distribución de facultades empresariales entre dos empresarios.

La Ley 14/1994, atribuye a la ETT -empleadora de la persona trabajadora, pero no receptora de sus servicios- el cumplimiento de las obligaciones salariales y de seguridad social, junto con la formación profesional y preventiva (art. 12). Por su parte, a la empresa usuaria -receptora de los servicios de la persona trabajadora, pero no empleadora- le reconoce las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito (art. 15.1), así como facultades disciplinarias compartidas con la ETT, de suerte que, en cuanto aquélla advierta un incumplimiento contractual por parte del persona trabajadora, “lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes” (art. 15.2); la empresa usuaria responde, asimismo, subsidiariamente, de las obligaciones salariales y de seguridad social, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (art. 16.3); y, a ella se atribuye la responsabilidad de la protección del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 16.2).

Más tímidamente, también el art. 42 ET viene estableciendo desde tiempo atrás la coparticipación de varios empresarios en las obligaciones y responsabilidades que se derivan del poder de dirección, atribuyendo obligaciones laborales y de seguridad social a la empresa principal respecto de las personas trabajadoras de la empresa contratista o subcontratista.

El art. 42. 1 ET impone a toda empresa contratista o subcontratista que encargue a otra obras o servicios de su propia actividad recabar “por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables (...). Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante”. Por su parte, el apartado 2, párrafo primero, del art. 42 ET establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en materia de seguridad social, durante los tres años siguientes a la finalización del encargo, salvo el transcurso del plazo de 30 días arriba señalado o, claro está, que la certificación de descubierto de la Tesorería General de la Seguridad Social sea negativa. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la contratación de obras y servicios de la propia actividad, el art. 168 LGSS establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en materia de seguridad social, en los siguientes términos: “Cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, (...) si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”. Por último, en lo referente a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por las contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio responderá solidariamente la empresa principal durante el año siguiente a la finalización del encargo (art. 42.2 ET).

Y, en fin, inspirado en una filosofía similar, el art. 24.1 LPRL impone a todas las empresas con personas trabajadoras “en un mismo centro de trabajo” el deber de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales⁷. Y, en particular, las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL).

III. El singular caso de descentralización productiva ex RD 667/2025, de 22 de julio

El RD 667/2025, de 22 DE julio, por el que se regula una subvención al consorcio nacional de entidades de ELA (ConELA), para la mejora de la calidad de vida de personas afectadas por esclerosis lateral amiotrófica en fases avanzadas, contempla una subvención de 10 millones de euros, que ha de ser transferida por el Ministerio de Sanidad a ConELA. Este consorcio ha de ejecutar la subvención durante el periodo que media entre la concesión de la misma y el 31 de diciembre de 2026. Tal subvención no se dirige, como se infiere de su reducida cuantía, a la implementación de la Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible (comúnmente conocida como Ley ELA)⁸. El RD 667/2025 contempla, tan sólo, una medida extraordinaria y urgente, dirigida a las personas afectadas más vulnerables, ante la falta de ejecución de la Ley ELA a pocos meses del agotamiento del plazo de un año otorgado al gobierno a tal fin, plazo que finalizará el 1 de noviembre de 2025.

Para obtener la subvención, ConELA tenía que presentar la correspondiente solicitud en el reducido plazo de 10 días hábiles desde la entrada en vigor del reglamento, acompañando la documentación exigida. Dicha entrada en vigor se produjo el 24 de julio de 2025, al día siguiente de su publicación en el BOE. Por su parte, la resolución de

⁷ Ello es razonable pues, como advierte THIBAUT ARANDA, J., *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000, pág. 175, “unas (...) detentan la propiedad o posesión de las instalaciones o medios de producción, y otras (...) realizan allí su actividad y son titulares de las facultades de dirección y organización del trabajo”. En general, sobre la determinación del “sujeto responsable” en los supuestos de concurrencia de varios empresarios en materia de prevención de riesgos laborales, véase, VALVERDE ASENCIO, A.J., *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 87 y ss. Tal como advierte este mismo autor en “Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”, AA.VV., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid, 2001, pág. 304, “la descentralización productiva presenta connotaciones particulares en materia de prevención de riesgos laborales, entre otras razones, por “la trascendencia del bien jurídico a proteger: la integridad física y la vida de los trabajadores”.

⁸ La Ley ELA aspira a garantizar un acceso integral a servicios de salud y apoyo social para personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras patologías similares. Sus objetivos principales incluyen la agilización de trámites de dependencia y discapacidad, la atención continuada las 24 horas para personas enfermas en fases avanzadas, y el apoyo a personas cuidadoras en el ámbito familiar. La ley prevé también, entre otras medidas, la potenciación de la investigación en estas patologías, la mejora de la coordinación sociosanitaria y el establecimiento de un registro de enfermedades neurodegenerativas. La Ley ELA fue aprobada sin memoria económica, y once meses después de su entrada en vigor, continúa sin dotación financiera.

concesión de la subvención de 10 millones de euros tenía que emitirse y notificarse en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del real decreto, plazo que ya se cumplió.

Pero, la tramitación de dicha subvención ha sufrido un retraso por el desacuerdo de ConELA con un párrafo de la resolución emitida por el Ministerio de Sanidad, según ha publicado recientemente el diario digital *The Objective*⁹, que ha contactado con fuentes del Consorcio de entidades de ELA. De este modo, la subvención no llegará en septiembre, como estaba previsto, sino en octubre de 2025, materializándose las ayudas a las personas afectadas en estado más crítico a la largo del tercer trimestre de dicho año. Esta subvención de 10 millones de euros apenas cubriría el 10% de las necesidades del total del colectivo, según las estimaciones de la Fundación Luzón.

Las finalidades de la subvención son dos:

La primera finalidad consiste en mejorar la calidad de vida de las personas afectadas por ELA en fases avanzadas, a través de la prestación de los cuidados sociosanitarios relacionados con la supervisión de estas personas. El reglamento considera que se encuentran en dichas fases avanzadas, estando cubiertas por los beneficios de la subvención, quienes cumplan los cuatro siguientes requisitos, que son: 1) Tener derecho a la asistencia sanitaria por parte del Sistema Nacional de Salud o pertenecer a una mutualidad de personal funcionario. 2) Tener el diagnóstico de ELA. 3) Padeecer una situación de gran dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. 4) Y, necesitar soporte ventilatorio continuo por un mínimo de 16 horas al día y/o necesitar aspiración de secreciones al menos una vez cada ocho horas, con riesgo vital por colapso de la vía aérea.

Y, la segunda y última finalidad de la subvención es que con ésta ConELA sufrague los gastos de gestión necesarios para la prestación de cuidados a las personas afectadas. El reglamento utiliza la expresión “sufragar gastos de gestión”; luego, no está exigiendo a ConELA que contrate laboralmente de forma directa a las personas cuidadoras para que presten sus servicios en los hogares de quienes los necesiten, sino, más bien, que subcontrate estos trabajos con empresas de servicios dedicadas a los cuidados, actuando aquélla como empresa principal. De este modo, CONELA asume los deberes y responsabilidades del art. 42 ET, en materia laboral y de seguridad social, y, en su caso, de la responsabilidad subsidiaria en materia de prestaciones de la seguridad social prevista en el art. 168 LGSS, además de las muchas obligaciones y responsabilidades contempladas en el RD que se comenta. En concreto, este reglamento autoriza al consorcio de entidades de ELA a subcontratar hasta el 97% del importe total de los gastos subvencionables, que el reglamento detalla.

El principal gasto financiable con la subvención es, precisamente, la contratación de servicios de asistencia sociosanitaria domiciliaria para la supervisión de personas afectadas por ELA en fase avanzada. El RD concreta las funciones que habrá de realizar el personal cuidador especializado, que son, la supervisión clínica continuada, el manejo de secreciones respiratorias, el control y mantenimiento de productos y herramientas sanitarias, el apoyo en higiene y cuidados básicos, la coordinación con

⁹ <https://theobjective.com/economia/2025-09-20/burocracia-ultimo-trimestre-ayuda-diez-millones-ela/>, en línea, consultado el 27 de noviembre de 2025.

atención primaria y hospitalaria, el manejo de sistemas de comunicación alternativos, y la atención centrada en la persona y su proyecto de vida.

En concreto, el número de contratos laborales para asistencias sociosanitarias que se financiarán por cada persona con ELA en fase avanzada, serán los que, en cada caso, se consideren necesarios, hasta un máximo de cinco. Cabe entender, en este supuesto, que tres personas contratadas a jornada completa cubrirían los turnos de mañana, tarde y noche, de lunes a viernes, y que otras dos personas contratadas a tiempo parcial se repartirían los fines de semana.

Así pues, este reglamento se configura como un pliego de condiciones, que no ejecutará ConELA, que queda reducida a mera entidad privada contratista intermediaria, sino la empresa subcontratista de servicios de cuidados que gane la correspondiente licitación.

Una duda que se suscita entre el colectivo ELA es si la persona enferma podrá elegir y, en su caso, mantener a su personal cuidador. El reglamento no se pronuncia al respecto, pero circulan noticias oficiosas que afirman que así será. Es razonable esta solución, ante la escasez de personas formadas en los cuidados especializados que requieren quienes sufren ELA en fase avanzada.

Señala el RD que estas asistencias sanitarias podrán prolongarse en el tiempo mientras la situación clínica lo requiera, eso sí, “siempre que haya disponibilidad presupuestaria”. No se garantiza, pues, la asistencia sanitaria integral e indefinida a las personas enfermas de ELA en fase avanzada, lo que creo que no ocurre con ninguna otra enfermedad. Imaginemos que, a un enfermo de cáncer, al que se le puede prolongar la vida con quimioterapia, se le dijera: “le vamos a aplicar este tratamiento mientras haya disponibilidad presupuestaria”. Ello es inadmisible hoy en día. Por ello, parece razonable interpretar que, aunque no lo explicita la norma, las medidas que ofrece este reglamento son intermedias o puente hacia la asistencia sanitaria integral e indefinida de las personas enfermas de ELA en fase avanzada. Que se dejara de prestar atención sanitaria a un colectivo tan vulnerable sería impropio de un estado social, democrático y de derecho avanzado.

Y, una reflexión final. Teniendo en cuenta que las comunidades autónomas son las administraciones con competencias en materia de sanidad, servicios y asuntos sociales, llama la atención que la transferencia de fondos para la subcontratación (y consiguiente privatización) de personal especializado en el cuidado y atención de personas enfermas de ELA, no se haga a las comunidades, sino a una entidad privada, el Consorcio Nacional de Entidades de ELA (ConELA), vía subvención directa, consorcio que asume funciones públicas y enormes responsabilidades y obligaciones. Esta singularísima fórmula de descentralización de funciones y responsabilidades públicas, correspondientes a las administraciones autonómicas, aprobada por el Consejo de Ministros el pasado mes de julio, para atender, de forma extraordinaria, los cuidados urgentes que requieren las personas enfermas de ELA en fase avanzada, mientras no se implemente la Ley ELA, evidencia, desde mi punto de vista, las enormes dificultades que conlleva la ejecución de dicha ley, especialmente, en lo referente a los ineludibles acuerdos, al efecto, entre la administración central y las autonómicas.

Poder de dirección y relaciones interempresariales. Con especial atención a la economía digital

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

I. Planteamiento. ¿Posibilidad de desmembrar el poder directivo empresarial en las nuevas estructuras organizativas y económicas?

El 10 de marzo de 2003 el Profesor Montoya Melgar presentó ante el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación LA comunicación “el poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”,¹ en la que abordaba los problemas específicos que planteaba la titularidad y ejercicio del poder directivo del empresario en las estructuras productivas complejas, identificadas con las contratas y subcontratas, las empresas de trabajo temporal (supuestos ambos de descentralización) y los grupos de empresa (supuesto de concentración empresarial). Partiendo de la existencia en cada una de esas modalidades de una pluralidad de empresarios en sentido económico-productivo, se analizaba quién o quiénes ostentan las facultades directivas laborales y en virtud de qué títulos jurídicos. Y trazaba las importantes diferencias que en la materia se dan entre las contratas, donde en rigor sólo existe un empresario laboral -el contratista- legitimado para ordenar la prestación de sus trabajadores, las empresas de trabajo temporal, en las que el ejercicio básico del poder directivo corresponde a alguien que no es empresario laboral, y los grupos de empresa en los que en principio cada empresario del grupo es titular de las facultades de dirección sobre el trabajo. Estudio en el que se planteaba la atribución de un poder directivo a quien es titular de una organización empresarial pero no es sujeto del contrato de trabajo partiendo de la configuración de esas facultades desde el título contractual en que se fundamenta, el contrato de trabajo, concluyendo que los otros empresarios (comitente, usuario, otras empresas del grupo) carecen de título jurídico

¹ Publicado después en la entonces *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, bajo ese mismo título; núm.48, 2004.

originario para ejercitar las funciones directivas sobre los trabajadores, sin perjuicio de que la ley o el convenio colectivo prevean algunas estipulaciones al respecto o deriven del contrato civil/mercantil celebrado entre las empresas. En ningún caso cabría hablar de delegación del poder directivo o de renuncia o de escisión del poder entre la titularidad y su ejercicio. Si bien, la singularidad de las Empresas de Trabajo Temporal, y la atribución por ley a las empresas usuarias de “facultades de dirección y control de la actividad laboral”, permitían concluir de *lege ferenda* que pudiera postularse la configuración de una cotitularidad integrada, en la realidad de entonces y de ahora solo hay un empresario laboral, que es la empresa de trabajo temporal y la atribución por ley de “competencias propias de un empresario” solo lo es por razones prácticas de organización del trabajo.

Si proyectamos a la realidad socioeconómica actual, advertimos de la tendencia cada vez más acusada a la externalización de procesos productivos derivada, entre otros factores, de la tecnología digital y del poder económico de las empresas en la economía digital, planteándose cómo ese proceso de fragmentación contractual y organizativa (organización de la empresa o ámbito organizativo de la empresa) está generando un desequilibrio entre una noción, que se dice tradicional o clásica, y la posición de control económico de la empresa diríamos principal aunque no tenga relación contractual directa con los trabajadores. De la desconcentración productiva a la concentración empresarial en grupos de empresas, empresas red, uniones temporales de empresa y agrupaciones de interés económico por poner ejemplos de la realidad.

Y ello hasta el punto de plantear la disgregación entre lo formal y material, que rechazaba el profesor Montoya, poniéndose incluso en tela de juicio la construcción dual del contrato de trabajo; con explicación también sobre la disgregación entre titularidad y ejercicio del poder de dirección, que aunque se mantenga en lo formal hay de hecho -se dice-, una desmembración; avanzado cautelosamente hacia lo que se denomina “concepto plural de empresario laboral”² cuando la relación de colaboración empresarial influya decisivamente en el ejercicio de la posición propia del empleador y de sus poderes; y “concepto funcional de empresario”³ hasta incluso plantear -inicialmente con cierta timidez y ahora con más ímpetu- la posibilidad de avanzar en un nuevo concepto de empresario laboral con base, no tanto en su posición directa como contratante de la persona trabajadora, sino en relación con el ejercicio efectivo y real de un poder de dirección sin interferencia de otras empresas con las que de algún modo se está más o menos vinculado o más o menos determinado. Se diría que las órdenes, instrucciones relacionadas con el trabajo y el control de éste derivan en estos casos de la existencia de un control económico por otra empresa en un mercado nuevo, superado el paradigma industrial con irrupción de la economía de servicios y las nuevas tecnologías. De modo que la relación mercantil o civil entre ambas empresas parece erigirse en fundamento en la cotitularidad o al menos en la escisión entre titularidad y ejercicio del poder de dirección; o en la delegación de su ejercicio a favor

² MOLERO MARAÑÓN, M^a L.: “Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 444, p.72.

³ Véase. PRASSL, J.: *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, 2015.

de terceros ajenos a la propia empresa. En fin, según el fenómeno analizado, se hablaría de dispersión, fragmentación del poder o de concentración⁴.

Pero, pese a la realidad y avance socio-económico, no hay una posición unánime al respecto. Porque si nos centramos en la primera cuestión, fundamental, esto es, la del origen de la titularidad del poder de dirección (en su doble vertiente, general o singular, y en particular en sus manifestaciones, funciones decisorias, ordenadoras y de control y vigilancia⁵) se advierte de las dos explicaciones, la contractualista en tanto que el poder de dirección es el aspecto activo de la situación de dependencia (personal o subordinación) del trabajador en el contrato de trabajo; y otra, que trasciende fundamentalmente a las estructuras complejas que deriva un desequilibrio entre la noción clásica y la que comienza a avanzarse en torno a la atribución de un poder directivo a quien es titular de una organización empresarial pero no es sujeto del contrato de trabajo. Esto es, cuando no dispone de título contractual o cuando la ley (decisión de política legislativa) no le atribuye poder directivo laboral alguno. Aun cuando hay diferentes supuestos, piénsese en nuestro ordenamiento jurídico -derivado de la regulación comunitario- en el paradigmático de las ETTs, que, por razones prácticas de organización del trabajo, la empresa usuaria recibe de la ley competencias propias (no todas) de un empresario laboral, que es la ETT.

Desde esa perspectiva contractualista, esto es desde la noción jurídica de la empresa empleadora (a la que conforme al Derecho del Trabajo en el ámbito nacional y comunitario se le atribuye el poder de organización y dirección), se advierte que la formalidad jurídica laboral tiene un indudable valor garantista para el trabajador, que la proporciona seguridad jurídica en el instante, se dice, “en que queda perfectamente identificado su interlocutor a la hora proceder a cumplir sus obligaciones contractuales”⁶. Pero, se advierte, la tendencia cada vez más acusada a la externalización de procesos productivos, y sobre todo en aquellos casos en los que hay un mercado muy concentrados y controlado por algunas empresas, con ventaja competitiva y posición dominante frente a otras que pueden ser socios comerciales y en las que acabe atisbar implicaciones laborales, entre otras, en los salarios y en las condiciones de trabajo, en consecuencia, en las responsabilidades de dirección y control, genera también el riesgo de se adopten por aquellas decisiones que afectan a los trabajadores y éstos no pueden identificar fácilmente. De modo que hay una paradoja que no parece satisfacer y explicar claramente porqué y cómo se puede atribuir un poder directivo a quien es titular de una organización empresarial pero no es sujeto de un contrato de trabajo en situaciones no fraudulentas ni elusivas de obligaciones legales, sean o no laborales.

⁴ Puede verse LÓPEZ AHUMADA, J.E. y MENÉNDEZ CALVO, M^a.R. (Coord.) *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*; Edit.CINCA, 2018.

⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Poder de dirección*, Estudios de Trabajo y Previsión, 1965, p. 139 y ss; también del mismo autor, “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.100, 2000, p.576-578.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, Universidad de Sevilla; p.4. Puede consultarse en <https://idus.us.es/bitstreams/4c34970d-e18d-4783-a097-8c1204b96e9e/download>.

II. En torno al acervo de la Unión Europea

¿Cabe vislumbrar en el acervo comunitario en sentido amplio (Derecho del Trabajo, Derecho de la Competencia y Directrices de la UE) intentos de reconfiguración de las obligaciones laborales hacia aquellos empresarios que no son los empleadores laborales, tal y como se ha señalado en torno a la que se dice zona gris del Derecho del Trabajo español?.

Sirvan solo estas páginas para poner de relieve la dificultad de encontrar vías normativas adecuadas de respuesta a esta cuestión desde la perspectiva del ejercicio del poder de dirección y control, si se trata, en sentido tradicional, de un poder de dirección y control sobre el trabajador, con apego al concepto de trabajador en sentido comunitario y, en consecuencia, traslado al análisis de si otro empresario relacionado con el anterior ejerce también ese poder. O si es posible trascender a la existencia de la relación entre empresas y la posición que puede tener una sobre otra en el mercado.

Porque evidentemente si nos mantenemos en el concepto clásico valorando el ámbito y contenido de las órdenes e instrucciones “laborales”, nos adentramos en la difícil cuestión relativa a determinar dónde están los límites entre la dirección y coordinación técnica de la actividad y el ejercicio de los poderes directivos sobre los trabajadores. En este sentido, la STJUE de 24 de octubre de 2024 (Asunto C-441/23) en torno a la aplicación de una Directiva, la de ETT, a supuestos de contratas intensivas en mano de obra, reabre el debate en torno a la cuestión⁷.

Si ello es así, la construcción del TJUE en torno al concepto de subordinación o grado de subordinación del trabajador a cada una de las organizaciones intervinientes en la descentralización con apreciación, dice, en cada caso concreto, en función del conjunto de elementos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes nos hace volver al punto de partida.

Desde esta perspectiva, las normas de la UE sobre reestructuración empresarial no han avanzado en un replanteamiento de la figura del empresario laboral y se duda si la Directiva sobre condiciones laborales en la economía de plataformas, desde la perspectiva de lo que se ha denominado fragmentación corporativa en el ámbito del trabajo en plataformas, ha avanzado al respecto.

Repasando varias Directivas, entre ellas la de información y consulta en caso de despidos colectivos (Directiva 98/59)⁸, la relativa a un marco general para la información y consulta de los trabajadores (Directiva 2002/14⁹); la relativa a la creación de órganos de representación de los trabajadores en empresas o grupos de dimensión

⁷ Detenidamente sobre esta cuestión, en especial en torno a ciertas funciones de dirección técnica de la principal con incidencia en el modo de ejecutar la prestación laboral por parte de los trabajadores de la contratista, JURADO SEGOVIA, Á.: “Cesión de trabajadores y contratas desde la perspectiva de la Directiva de empresas de trabajo temporal”, *Revista Trabajo y Empresa*, Vol.4, núm.1, 2025, pp.63-83.

⁸ Art.2.4.: obligación de informar y consultar del empleador directo “con independencia de que la decisión ...haya sido adoptada por el empleador o por una empresa que controle al empleador”. De modo que, según el TJUE, la “única parte sobre la que recaen las obligaciones es el empleador, es decir, una persona física o jurídica que mantiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos”

⁹ Que deja el concepto de empleador a lo que disponga el Derecho y la práctica nacional.

transnacional (Directiva 2009/38), que parece extender obligaciones de información y consulta a la dirección central o a la empresa controladora¹⁰; o, en fin,, la de transmisión de empresas (Directiva 2001/23) que nada dice sobre qué ocurre cuando el transmitente sigue ejerciendo el control sobre el cesionario. Repasando, decíamos, estas Directivas, cabe plantear qué entidad jurídica puede asumir la condición de empleador desde la perspectiva más amplia de la organización empresarial, el carácter funcional de empresario y, más en concreto control directo o indirecto de una empresa a la otra, el denominado control corporativo de una empresa y su relación o conexión con la capacidad de influir decisivamente en cuestiones laborales relevantes, tales como las condiciones laborales, entre ellas, el salario. Y si bien no hay avances sustanciales en el acervo comunitario en torno a una tendencia flexible al margen de la posición contractualista para definir la figura del empresario laboral, y aunque pudiera de algún modo considerarse que el TJUE ha adoptado una posición se dice más flexible en algún caso analizado (creemos que de forma tangencial y *obiter dicta*) -en el supuesto de la STJUE de 13 de junio de 2019, C-664/17 sobre transmisión de empresa¹¹-, se han planteado nuevas consideraciones tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/2831, de 11 de noviembre de 2024, relativa sobre condiciones laborales en el trabajo en plataformas, indicando que, tímidamente, se avanza en el concepto funcional de empleador. Y en este sentido, se menciona la responsabilidad solidaria y subsidiaria (art.3º) -cuando, en nuestra opinión, se trata de un plano bien diferente-; la gestión algorítmica (Capítulo tercero); o la figura del contratista o intermediario.

Se hace mención, entre otros, a los Considerandos 4 y 40 de la Directiva -cuando, como sabemos, su valor normativo es solo subsidiario-, en los que tangencialmente se dice que las obligaciones atribuidas a la plataforma no se asignan en función de que se trate de un empresario laboral que contrata a los trabajadores; “su lógica -por el contrario, se advierte- es evitar que la plataforma obtenga un valor desproporcionado mediante la recogida y explotación de los datos de los trabajadores, agravando así los desequilibrios de poder e imponiendo condiciones laborales injustas”¹². Si bien, una cosa es que el legislador comunitario sea conocedor de los riesgos que entraña el empleo de la gestión algorítmica y otra, bien distinta, que, aunque se haga mención a los “desequilibrios de poder” que pudiera producirse por tal uso, los cambios en el mundo laboral derivados de la productividad, se pueda concluir que hay un cambio de paradigma en torno al concepto de empresario laboral en este contexto nuevo. Tal y como se desarrolla en el Capítulo III de la Directiva, y en particular en torno a los derechos de información respecto de la utilización de los sistemas automatizados para

¹⁰ Se define por tal, la “que puede ejercer una influencia dominante sobre otra empresa” (art.3).

¹¹ Recuérdese que el supuesto refiere a la transmisión en el contexto de dos sociedades vinculadas accionarialmente y, específicamente, habiendo sido la filial creada con la específica finalidad de transferirle una parte de su actividad empresarial. De ahí que se diga en el considerando 68: El mantenimiento de la autonomía de una unidad separada, como la controvertida en el litigio principal, supone, por tanto, que esta *última disponga, con posterioridad a la transmisión, de garantías suficientes que le permitan el acceso a los factores de producción del tercero de que se trate, a fin de no depender de las decisiones económicas tomadas por este de forma unilateral*.

¹² RAINONE, S.: “Rethinking the Concept of the Employer in the Digital Economy: Corporate Fragmentation and Power Dynamics Through Labour Law and Competition Law Lenses”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol.45, Iss 1, article 9,

evitar la opacidad organizativa (de aplicación general que se imponen a la plataforma) y a los específicos derechos de información y consulta que solo están destinados en exclusiva a los asalariados que trabajan para las plataformas digitales de trabajo.

Algunas consideraciones en torno a la organización del trabajo y más en concreto en torno a la figura del intermediario en esta Directiva.

Por lo que refiere al primero, Recuérdese que, entre otros requisitos, para que a efectos de la Directiva se pueda considerar plataforma digital de trabajo (art.2.1.a) ha de cumplir el relacionado con la *organización del trabajo* realizado por individuos a cambio de una prestación económica. Desde la perspectiva de la prestación de servicios subyacente, lo que realmente califica a la plataforma digital como de trabajo es que haya una prestación de personas y que esté organizada por la plataforma. Este criterio, el de organización del trabajo, sigue planteando dudas y genera confusión cuando se trata de analizar algunas plataformas digitales cuando habiendo trabajo cabe dudar de qué y cómo se lleva a cabo la organización del trabajo. Elemento éste que fue uno de los más dudosos y generó importantes discusiones al respecto durante la tramitación de la Directiva

Admitiendo que, según explicita el Cdo 20, es “un componente necesario y esencial y no meramente secundario y accesorio”, según cuál sea la interpretación (más amplia o más restrictiva), el ámbito de aplicación de la Directiva variará ostensiblemente, y enlaza con la formulación del TJUE para determinar cuándo la plataforma digital presta el servicio subyacente. Pero, en modo alguno debe conectarse con indicio de existencia de subordinación o de dependencia personal como criterio de determinación del concepto de trabajador de la UE, también en el contexto nacional puesto que la Directiva no pretende en modo alguno trasladar el criterio del TJUE sobre la dependencia personal, esto es, sobre el concepto de trabajador en sentido comunitario. En efecto, a la vista de la extensión de algunas de las garantías a las personas que prestan servicios en plataformas aunque no puedan calificarse como trabajadores por cuenta ajena, el Cdo. 18 avanza un concepto específico de organización del trabajo en los términos siguientes: “debe implicar como mínimo un papel significativo en la vinculación de la demanda del servicio con la oferta de trabajo por parte de un individuo que tiene una relación contractual con la plataforma de trabajo digital y que está disponible para realizar una tarea específica, y puede incluir otras actividades como procesamiento de pagos”. Lo que, desde luego, debe ser interpretado en sentido diferente a que la plataforma digital deba dar instrucciones y órdenes sobre el qué, cuándo, cómo, dónde y con qué herramientas o métodos de trabajo ha de prestar el servicio el trabajador porque éstos son elementos de control y dirección de la prestación de servicios.

La cuestión es si organizar el trabajo consiste principalmente en vincular o hacer coincidir la demanda con la oferta. Es verdad que es lo mínimo, pero no lo suficiente, porque ello precisamente caracteriza a las plataformas meramente intermediarias, sean de bienes o de servicios, y en concreto de colocación. De modo que lo que quiere expresar a nuestro juicio, no es que la organización del trabajo sea a estos efectos la vinculación de la demanda del servicio con la oferta de trabajo, sino, bien diferente, que hay más de una mera intermediación, es necesario que haya una relación contractual

con la plataforma digital de trabajo para la prestación del servicio al destinatario que, mientras dure, será organizada por la plataforma de trabajo. Si no hay una relación contractual entre la plataforma y el trabajador para la prestación de servicios, diferente a la que exista entre la plataforma y los usuarios, aquella no podrá considerarse como organizadora del trabajo. La relación contractual de servicios entre el trabajador y la plataforma, como veremos, es consustancial a la definición de persona que realiza el trabajo a través de plataformas, y que básicamente encierra dos elementos, uno, la prestación de servicios y dos, la dirección de la prestación de servicios ofrecidos por los proveedores, incluida la evaluación, calidad, idoneidad u otras características de éstos.

Aun cuando en relación con este requisito y con base en una interpretación amplísima (para por ejemplo, entender que las meras agencias de colocación on-line lo cumplirían) se ha pretendido incluir en el ámbito de la Directiva todas las plataformas que casan los clientes con el prestador de servicios, el criterio c) es claro: se necesita que haya una petición precisa del servicio, organizado y retribuido específicamente por la plataforma.

Por último, aunque haya un sistema automatizado de seguimiento o de decisiones, que puede existir en muchas de estas plataformas, como también en otras empresas, no es decisivo si, como dispone la Directiva, no se dan los elementos anteriores imprescindibles para la catalogación. Por tanto, aunque haya plataformas digitales que utilicen algoritmos, debe advertirse que la Directiva lo vincula (Cdo 9) a que se utilicen para “organizar el trabajo realizado por personas física a petición puntual y reiterada del destinatario”. De modo que la mera selección a través de algoritmos del concreto prestador del servicio para luego ser contratado directamente por el cliente final o cuando a través del algoritmo se casa los clientes con el prestador de servicios, no será suficiente a estos efectos.

Por último, debe mencionarse cómo la Directiva amplía su ámbito de aplicación a quienes, en sentido amplio, denomina *intermediarios* en la economía de plataformas. Entendiendo por tales, art.2.1.e), a toda persona física o jurídica que se interpone entre la plataforma digital de trabajo y la persona que presta servicios en plataformas, que, con objeto de ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo o a través de éstas : i) establezca una relación contractual con esa plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza en trabajo en plataformas o ii) se encuentre en una cadena de subcontratación entre la plataforma digital de trabajo y la persona que realiza trabajo en plataformas.

En el contexto de la Directiva encaja, por un lado, la cesión a la plataforma digital de personas que realizan trabajo en plataformas (lo que la Directiva considera como ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo aunque el intermediario no sea calificado como plataforma digital de trabajo); por otro, la externalización de la actividad ofrecida por la plataforma digital de trabajo al cliente (a través de ésta, dice la Directiva). Supuesto típico de las empresas de flotas de vehículos para el transporte. De modo que, en ambos supuestos, no hay una relación contractual directa de las personas que prestan servicios en plataformas con la plataforma digital de trabajo sino con el

intermediario a través del cual realizan trabajo en plataformas, siendo la plataforma digital de trabajo la destinataria del servicio.

En el primer supuesto, como bien se dispone, habrá una relación contractual del intermediario con la plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza el trabajo en plataformas. Relación contractual esta última que la Directiva no define y que, siendo su objeto la contratación de personas para cederlas a plataformas digitales de trabajo, puede ser una relación laboral, y por tanto el intermediario será un empleador (primera y única vez que la Directiva utiliza este término) si cumple las condiciones para ser una ETT, de conformidad con la Directiva 2008/04/CE siéndole aplicables las obligaciones establecidas en dicha Directiva (Cdo 26). Lo que cabe interpretar que, en caso de cesión de trabajadores por una ETT en el ámbito de la economía de plataformas, ha de cumplir, además de las obligaciones establecidas en aquella Directiva, aquellas que establezcan las normas internas de conformidad con lo previsto en el art.3, al que hacemos referencia más abajo.

En el segundo supuesto, y partiendo también de la existencia de una relación contractual entre el “intermediario” con la persona que realiza trabajo en plataforma, hay externalización de la actividad desarrollada por la plataforma hacia estos denominados intermediarios que prestan servicios a un cliente a través de esas plataformas digitales de trabajo.

Lo que pretende la Directiva es que la diversidad de relaciones multipartitas complejas, incluidas las cadenas de subcontratación no se utilicen (por las plataformas digitales de trabajo) para, se afirma “eludir las garantías previstas en la Directiva”. En este sentido, el art.3 establece que los Estados Miembros deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que, cuando una plataforma digital de trabajo recurra a intermediarios y éstos mantengan una relación contractual con las personas que realizan trabajo en plataformas (por tanto, sean trabajadores por cuenta propia o sean por cuenta ajena) “disfruten del mismo nivel de protección de conformidad con la Directiva” respecto de aquellas personas que tengan una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo. Medidas que refieren tanto a la clasificación de la situación laboral y la utilización de los sistemas automatizados, en ambos casos, en relación exclusiva con el intermediario que es con quien el prestador del servicio mantiene una relación contractual. Esto es, tanto la presunción de laboralidad como el ejercicio de los derechos establecidos por la Directiva refieren al intermediario, no a la plataforma digital de trabajo.

Otra cosa, bien diferente es que, tal como exige la Directiva, los EM deban adoptar “medidas, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, para establecer los mecanismos apropiados que incluirán, en su caso, sistemas de responsabilidad solidaria”. De modo que, a la vista de lo indicado, cuando hay una intermediación contractual la Directiva no considera ilícita esa situación, no considera que sea empleador la plataforma digital de trabajo aunque considere que ésta pudiera tener responsabilidad solidaria junto al intermediario. Extensión de la responsabilidad solidaria a la plataforma digital de trabajo que deberá establecerse por la legislación nacional, aventurando al respecto que no debería extenderse a la presunción de

laboralidad (esto es, que sean presumidos asalariados de la plataforma digital) y solo extensible a las garantías previstas.

Y, finalmente, por mucho que quiera verse en esta Directiva un avance aunque sea tímido a un replanteamiento de la figura del empresario laboral desde la comprensión de las dinámicas de poder en la economía digital, y el arrumbamiento del fundamento contractual del poder de dirección que caracteriza a un empresario para denominarlo laboral, y aunque hayan desaparecido del texto final los criterios o indicios de existencia de una relación laboral, se mantiene el principal, esto es, la dirección y control de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados Miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De modo que no parece que se trate solo de que haya organización del trabajo por la plataforma digital, sino que ésta dirija y controle la actividad; lo que requerirá de una doble operación, primero, que se pueda inferir que hay control a partir de indicios que presente el trabajador y segundo, la presunción de laboralidad a partir de esos indicios constatados en el supuesto concreto planteado. En realidad, atendiendo a la naturaleza de la presunción, bien cabría afirmar que, pese a ser así denominada, no hay técnicamente tal porque si se demuestran los hechos base habría en realidad constatación de que se dan los elementos o requisitos sólidos de subordinación o dependencia personal en los términos asumidos por la doctrina del TJUE. A estos efectos recordar que no ha utilizado como criterio la dependencia económica, sino la dependencia personal, o subordinación, en torno al control y dirección de la actividad laboral, concepto al que se mantiene apegado en sus resoluciones sobre el concepto comunitario de trabajador y traslativamente, sobre el concepto de empresario laboral.

De modo que, como bien advertía el Maestro en la Comunicación en la RAJL, “el reconocimiento legal de un poder directivo a quien es titular de una organización empresarial pero no sujeto de un contrato de trabajo ilustra elocuentemente acerca de la significación de la *organización de empresa* como posible fundamento del poder de dirección del empresario *y acerca de que éste no siempre- aunque sí como regla general- se funda en el contrato laboral*”. Lo que quiere decir, de *lege ferenda*, en el ámbito nacional y comunitario, que se ha de avanzar para buscar también aquí el equilibrio deseado entre la libertad de empresa y la garantía de los derechos de los trabajadores.

El poder de dirección del *empresario líquido*: variaciones sobre un tema de Alfredo Montoya Melgar

PILAR RIVAS VALLEJO

CU. DTSS. Universidad de Barcelona

I. Introducción

Resulta oportuno abordar, en una obra acerca de las manifestaciones actuales del poder de dirección, su singular forma de ejecución mediatizada por herramientas digitales, singularmente por inteligencia artificial (IA).

Esta se somete, además de a condicionantes constitucionales, a límites previstos solo implícitamente en el Estatuto de los Trabajadores, que tienen estrecha relación con los que Montoya Melgar calificó como derechos sobresalientes en el trabajo: la igualdad y la intimidad¹, en tanto mantienen la esencia de su ejercicio clásico, que, como el citado autor sostuvo en el año 2000², no variaron su configuración legal tras la promulgación de la Constitución.

II. La digitalización del poder de dirección: el nuevo *empresario líquido*

La automatización de la gestión empresarial ha introducido en las relaciones de trabajo ciertas dosis de difuminación de la figura del empresario, no ya porque este se valga de herramientas digitales para tomar decisiones o para auxilio en las tareas cotidianas de administración de su empresa, que, a menudo, se delega en exceso a tales mecanismos, sino porque estos, a su vez, han determinado la intervención de sujetos ajenos a la relación de trabajo, que legislación y jurisprudencia, hasta ahora, vienen

¹ MONTAYA MELGAR, A.: «Sobre la dignidad del trabajo». *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 231, 2020, pp. 31-48.

² MONTAYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario (art. 20)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1/3/2000, pp. 575 y ss., p. 7 de la versión en línea.

tolerando. Y es que el concepto de «prosumidor» como nueva faceta del concepto de «trabajador» se ha adentrado en la gestión de recursos humanos, de suerte que los consumidores han pasado a ser también miembros externos de dicha estructura administrativa en tanto que colaboradores habituales a la vez que esporádicos (habituales como colectivo difuso y esporádicos como individuos).

El cumplimiento debido de las obligaciones laborales, con la introducción de estas herramientas, que incorporan técnicas reputacionales, es evaluado de forma triangular, por el titular de la empresa, la herramienta digital de que se valga o auxilie y la opinión de clientes o consumidores del servicio que aquella ofrece. Intervención que no resulta anecdótica a los efectos tratados, toda vez que se le atribuye, en ocasiones cada vez más frecuentes, un efecto directo sobre la evaluación y calificación de los trabajadores y, con ello, sobre su suerte en la empresa (ya sea para el cálculo de retribuciones e incentivos, progresión profesional o incluso continuidad del contrato). Máxime si la fórmula se incorpora a un sistema automatizado capaz de tomar decisiones, evocadora de *La colonia penitenciaria* de Kafka (1918).

Este efecto se puede apreciar ya en distintos sectores, pero tiene mayor incidencia entre los colectivos más precarizados. Digno ejemplo de ello es el (feminizado) sector de limpieza y cuidados a domicilio (colonizado en la actualidad por plataformas digitales³), en el que las trabajadoras señalan sufrir coerción por la clientela ejercida a través de las encuestas o valoración del servicio prestado, con la amenaza de reseñas negativas en caso de no acceder a sus requerimientos. La amenaza de reseñas negativas se ha convertido en un lugar común en distintos ámbitos del sector servicios, en los que se ejercen principalmente contra los titulares del negocio que los presta, pero se han extendido igualmente a las personas que los realizan por cuenta ajena, por tanto, a título individual, ejerciendo así una presión directa y un aumento de la exigencia en la prestación del trabajo⁴.

Este fenómeno, a la vez que intensifica el control empresarial, diluye la figura del empresario, al mismo tiempo que opaca el ejercicio de sus funciones directivas. Ello porque, en las relaciones interpersonales entabladas con los trabajadores, ahora también mediatizadas por sistemas impersonales «chatbot», se desdibuja la propia existencia de la figura empresarial como tal, convirtiéndola en un ente abstracto e incluso lejano, así percibido por las personas que se encuentran a su servicio.

El derecho del trabajo permanece impasible a estos cambios, en una postura de mera tolerancia al signo de los tiempos, a las tendencias del mercado... Se corre, así, el riesgo de olvidar el trasfondo de esta metamorfosis de la empresa, que va más allá de una mera transformación en la forma de gestionar las relaciones de trabajo. El calado de estos cambios tiene trascendencia directa sobre la propia salud psicosocial de los trabajadores. Desde la óptica empresarial, por el contrario, supone un relajamiento de las tensiones propias de las relaciones interpersonales, al interponerse ahora a un

³ V.g, Uber, Cleanzy, Clintu: Clintu.es, Leancleaning, Limpiu, MaidPro, Torn, o Elluminati Inc.

⁴ CC. OO.: *Precarizar lo precario. Trabajadoras de cuidados y limpieza a domicilio en plataformas digitales. Los casos de Clintu, MyPoppins y Cuideo*. 2022, en <https://www.ccoo.cat/wp-content/uploads/2022/03/treballadores-de-cures-i-neteja-a-domicilis-en-plataformes-digitals.pdf>.

tercero, el cliente o consumidor, o a un sistema digital, basado o no en inteligencia artificial, para «entenderse personalmente» con los trabajadores. Sin embargo, el potencial negativo de este cambio en la salud mental, en forma de estrés, ansiedad, ante la incertidumbre y la despersonalización del lado humano del trabajo, también tiene un impacto nocivo en el bienestar en el trabajo, con una posible repercusión sobre la propia productividad, esa que las herramientas basadas en IA calculan ahora más milimétricamente que en la era fordista y taylorista gracias a la precisión de la IA y de los datos masivos. Ello sin contar con sectores clave vinculados a la seguridad en los que la IA es eje central (pues, como sostiene Moisés Barrio, se trata de un asunto de geopolítica).

En suma, el cambio de escenario que supone la expansión de la IA ha creado una bifurcación entre la dinámica del mercado y el plano legislativo que, pese a los intentos de regulación en el ámbito de la UE, va a escindir de manera definitiva ambos planos, especialmente porque España es fundamentalmente consumidora de tales productos digitales, mientras Estados Unidos y China lideran hegemonícamente tal mercado, con sus propias reglas⁵. Todo ello supone un difícil control de la tipología y fines de las herramientas de gestión basadas en IA, aun cuando la legislación interna, ya no la europea -que ha desistido de su prohibición o limitación salvo en supuestos muy específicos como la biometría o la captación de datos sensibles relativos a causas de discriminación protegidas-, pueda introducir algunas trabas relativas al alcance de su aplicación para gestionar personas. No parece que esta vaya a ser la tendencia, por suponer una cortapisa al libre desarrollo de la tecnología, sino su acotación con criterios de tecnoética, lo cual no sería tampoco una mala solución si se le dota de la necesaria coercitividad (*hard law*).

En este panorama, el poder de dirección, estrechamente acotado por el Estatuto de los Trabajadores, singularmente en su art. 20, y por los derechos fundamentales, experimenta un espectro de cambios que no inciden de forma directa en el peso de su contenido, pero sí en la forma en la que se ejerce. Como se ha indicado, esta se corresponde con la forma de efectuar la delegación de funciones de dirección, otrora dispuesta en favor de personal del círculo rector empresarial más allegado y definido (también frente a los sujetos pasivos de dicho poder, los trabajadores), sin perjuicio de la difuminación que supuso la reconfiguración de la figura tradicional del empresario, como ya señaló Montoya Melgar en el año 2000⁶, la descentralización progresiva de las empresas a través de formas empresariales complejas. Las técnicas y herramientas con soporte de IA han introducido nuevos agentes en la ejecución de tales poderes, que, aunque no se han transmutado en su régimen de titularidad, sí han provocado cambios notables en la práctica, que llevan a plantear que, además del nuevo término

⁵ BARRIO ANDRÉS, M.: “España necesita una mentalidad geoestratégica para la IA”, Confilegal, 28/7/2025, en <https://confilegal.com/20250720-opinion-espana-necesita-una-mentalidad-geoestrategica-para-la-ia/>.

⁶ MONTOLYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario (art. 20)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1/3/2000, p. 576.

trabajo o «trabajador líquido»⁷, podría hablarse también de «empresario líquido», si bien con un sentido distinto al del anterior, en tanto se identifica con una idea de «empresario difuso» (valga también esta expresión para referirnos a tal fenómeno). Sus rasgos se conectan, precisamente, con el ejercicio difuso del poder de dirección a través de mecanismos interpuestos, que, a diferencia de la figura de las empresas complejas, no suponen una escisión multiplicadora de la misma, sino una tácita delegación de funciones directivas en áreas como la valoración del trabajo o el rendimiento debido, en los sectores a los que se ha aludido anteriormente, y que puede determinar, incluso, un ensanchamiento de la prestación laboral pactada, en cuanto se abre la puerta a modulaciones por la clientela o usuarios, que la empresa asume como propias.

Esta delegación tácita de funciones directivas comporta, como en el fenómeno de las empresas complejas, un palpable desconcierto en el sujeto pasivo de tal conjunto de órdenes e instrucciones diversas o de determinación de su prestación. A menudo esta percepción se acentúa porque tal delegación deja de ser tácita, para admitirse abiertamente como mecanismo de objetivación de decisiones empresariales (llevadas a cabo por herramientas basadas en IA, aparente -y engañosamente- neutras), cuya opacidad dificulta la respuesta reactiva debida. Todo ello nos arrastra a un panorama que se anuncia como nuevo ciclo y que se presenta como avance inexorable de la tecnología de IA, aunque deja, *de facto* e inadvertidamente, en entredicho la dignidad en el trabajo encomendada al derecho del trabajo, en la «gigantesca evolución histórica» de la valoración moral y social del trabajo a la que se refiriera Montoya Melgar⁸.

III. Los métodos reputacionales: integración de terceros en la dirección y control del trabajo

La idea anteriormente expresada de la dilución o expansión de la figura del empresario más allá de la delegación de funciones directivas a la que se refiere el art. 20.1 ET («empresario o persona en quien este delegue»), en el más amplio contexto de la diversidad de interposición de figuras ejercientes del poder de dirección en la realidad laboral presente, tiene una directa conexión con el nuevo papel de los prosumidores, especialmente por la interposición de herramientas digitales.

Sin obviar la deliberada elusión de una definición concreta del concepto de empresario en el Estatuto de los Trabajadores, quizás cabría plantear una reconfiguración legal del ejercicio del poder de dirección, en la misma línea que guía dicho texto legal: la dignidad del trabajo y la proscripción del abuso. En este contexto, es dable cuestionar como legales -es decir, proponer una acotación de los límites previstos en el art. 20 y concordantes ET- ciertas intromisiones externas que exceden los límites de la dignidad en el trabajo (art. 20.3) y que dan carta de naturaleza a conductas abusivas de terceros, que el poder de dirección naturaliza y normaliza en el seno de la relación de trabajo más allá de lo que Montoya Melgar calificaba de «inevitable quantum de inobservancia

⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «Trabajo líquido y prevención de riesgos laborales: la necesaria reformulación de la seguridad y salud laboral en la sociedad de la información». Archivos de prevención de riesgos laborales, Vol. 21, núm. 1 (Enero-Marzo), 2018, pp. 5-6.

⁸ MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre la dignidad del trabajo». *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 231, 2020, pp. 20 y 22.

que toda norma tiene el riesgo de padecer», como absorción de estructuras de violencia social de nuestro siglo. Especialmente en aquellos sectores comercialmente dependientes de opiniones de usuarios y consumidores, y que (pese a la observancia en algunos casos de ciertos códigos éticos internos -queremos pensarlo- que bloquean la exposición de los trabajadores a tales abusos, al menos en entornos digitales) conceden un peso específico a esas interacciones.

Lo cierto es que, más que una redefinición, lo que se antoja necesario es una ampliación de los límites que constriñen el ejercicio del poder de dirección, con explícita alusión a los terceros que, de manera interpersonal (v. gr. caso de los sectores de limpieza y cuidados), o bien por absorción de dicha interacción en forma de datos de alimentación de algoritmos de gestión de las relaciones de trabajo, acaban torpedeando en la práctica tan esmerada construcción constitucional de la dignidad en el trabajo. De igual modo, la clásica violencia de usuarios y clientes -catalogada como violencia tipo II en la NTP 489 del INSHT y abordada desde la disciplina de la prevención de riesgos laborales- ha mutado a métodos más subrepticios que potencian el riesgo, al cubrirlo del manto del anonimato, huyendo del enfrentamiento directo, como la que presenciamos con demasiada habitualidad en las redes sociales (en las que el anonimato o la distancia favorecen la desinhibición de la agresividad y el *aprendizaje por observación* al que se refirió Albert Bandura⁹). Este nuevo escenario permite ensanchar los confines del *ius resistentiae* laboral cuando la violencia procedente de terceros es canalizada a través de vías digitales para ser absorbida por el poder directivo empresarial y convertida en una suerte de ejercicio no regular de este, como entendiera la STS de octubre de 1989 (cuando lo ordenado afectara a la dignidad, a la seguridad en el trabajo o constituyera un manifiesto abuso de poder) citada por Montoya Melgar en su trabajo de 2000 sobre el poder disciplinario (cit.). Sobre todo cuando la interacción por terceros arrastra a la trabajadora implicada (dada la feminización del sector de cuidados y de limpieza donde se concentran estas conductas) a una obligación de hacer (conforme a la exigencia del cliente o usuario de turno) bajo amenaza de mala reseña u opinión desfavorable sobre su trabajo (el llamado «látigo digital» ejercido en el contexto de la prestación física del trabajo). En este punto debe recordarse que la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre, por la que se regula el trabajo en plataformas digitales, se ha inspirado y centrado en sectores masculinizados, obviando problemáticas específicas de sectores feminizados como este.

Desde la perspectiva de los deberes empresariales, sin duda se trata de un nuevo factor de riesgo laboral que debe ser objeto de la oportuna prevención, de acuerdo con las técnicas preventivas previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero la eclosión de estas técnicas reputacionales y de interacción entre usuarios-clientes y trabajadores merecería, asimismo, una reflexión serena sobre la conveniencia de restringir su libre admisión como métodos de control de la actividad laboral. Máxime considerando que, como viene denunciándose en los últimos años, las herramientas digitales de gestión de la empresa -y del trabajo- no solo han transformado la manera de explotar la productividad laboral en sectores emergentes como las plataformas digitales de *servicios a demanda*, sino que este cambio ha impregnado todos los sectores de

⁹ BERKOWITZ, L.: *Agresión. Causas, consecuencias y control*. Desclee De Brouwer S.A., 1996, p. 392.

la economía mundial¹⁰. Se combinan, así, las técnicas automatizadas de optimización de los flujos de trabajo (metodologías «Lean» evolucionadas del «toyotismo») con el ejercicio de formas tiránicas de control de la actividad laboral (a los terceros ajenos a la empresa, como clientes a demanda, se les dota de un rol relevante en el propio ejercicio del poder de dirección, aunque ello ocurra de forma fragmentada y diversificada según el espectro de clientes o usuarios en cuestión). En definitiva, si bien la prestación de servicios por cuenta ajena a clientes de la empresa ha sido tradicionalmente una de las formas típicas de prestación del trabajo, con sus singularidades, las tendencias de la economía descritas sin duda han traído una transformación de la propia valoración social del trabajo a través de esta peculiar e inesperada vía.

Se ha superado, en definitiva, el pronóstico que Montoya Melgar hiciera al respecto hace veinticinco años: «las técnicas de control empresarial se hacen más y más refinadas, en la medida en que se apoyan crecientemente en las nuevas tecnologías, ... se pronostica que la revolución tecnológica en curso arrancará al trabajador de la fábrica o la oficina y le devolverá a su hogar; algo que se está haciendo patente en el caso del “teletrabajo”, que libera al trabajador de la obediencia de corte tradicional, aunque le vincula en ocasiones a una nueva e intensa subordinación telemática»¹¹.

En todo caso, también estos desajustes alumbrarán nuevas mejoras sociales de la mano de la ley, pues, citando al profesor Montoya Melgar en *Utopías laborales y derecho del trabajo*¹², «el mundo progresa y de que, desde luego en materia social, y en términos generales, cualquier tiempo pasado no fue mejor, sino peor, mucho peor, que el presente; pues la Arcadia solo fue una ilusión de los poetas de la Antigüedad».

¹⁰ ROSENBLAT, A.: *Uberland. Cómo los algoritmos están reescribiendo las reglas de trabajo*, 2018, University of California Press, 2018, <https://www.ucpress.edu/book/9780520298576/uberland>.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario (art. 20)», cit.

¹² En *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 221, 2019, p. 34.

Supuestos especiales. Ayuntamiento que ofrece en calidad de empresario. Derechos y Obligaciones en la sucesión de contratas

MERCEDES DE ÁVILA ALZU

Jueza sustituta TSJ de Navarra

I. Resumen

El artículo trata de la difícil línea que puede aparecer entre la garantía de la subrogación de personal en cambios de adjudicataria y la facultad empresarial de reorganización que desemboca en un despido objetivo, comunicado prácticamente al día siguiente de la subrogación, que el juzgado declara improcedente por falta de acreditación suficiente, desproporción y apariencia de fraude de ley respecto del mecanismo protector de estabilidad en el empleo.

La resolución condena a la empresa a optar entre readmisión con salarios de tramitación o indemnización, subrayando que la subrogación exige continuidad real de condiciones y no puede vaciarse mediante amortizaciones no justificadas en términos de razonabilidad y buena fe.

II. Hechos probados relevantes

- La trabajadora, auxiliar administrativa, tiene antigüedad reconocida desde agosto de 2018, jornada parcial del 87,5% y salario diario de 56 euros, prestando servicios en la contrata municipal de zonas verdes de Pamplona.
- Tras adjudicación a la empresa sucesora, se comunica la subrogación con mantenimiento de antigüedad, categoría, tipo de contrato y jornada, conforme al art. 45 del Convenio Estatal de Jardinería 2021-2024 de aplicación, y al día hábil siguiente se notifica despido objetivo por causas organizativas y productivas.

- La empresa alega informatización de tareas y asunción por estructura territorial, aportando organigrama y contratos de otros empleados, varios posteriores a la fecha del despido, y abona indemnización de 20 días/año por art. 52.c) ET con liquidaciones asociadas.
- El pliego municipal imponía la subrogación del personal adscrito, constando la actora en los listados aceptados por la adjudicataria, y el juzgado aprecia que no es posible alterar en 24 horas la realidad funcional sin acreditación robusta de reorganización necesaria.

III. Cuestión litigiosa

La controversia se centra en si, tras una subrogación convencional en contrata pública, la empresa entrante puede amortizar el puesto de trabajo de forma inmediata por causas organizativas/productivas cuando no acredita que la medida sea adecuada, necesaria y proporcionada para la nueva organización del servicio, o si, por el contrario, se desnaturaliza la finalidad tuitiva de la subrogación, constituyendo despido improcedente por falta de causa o por fraude de ley.

IV. Análisis de la razonabilidad y la carga probatoria

La empresa debe acreditar que la medida de amortización es adecuada a la reconfiguración del servicio, necesaria para corregir un desajuste organizativo real y proporcionada en relación con los sacrificios impuestos al trabajador, lo que no se evidencia con citas genéricas a informatización o reparto de funciones sin soporte documental operativo y temporalmente coherente.

La simultaneidad entre subrogación y despido objetivo, sin un periodo de transición ni pruebas concluyentes de inexistencia de contenido funcional, sugiere un uso meramente formal de la subrogación y una decisión extintiva no justificada, lo que conduce a su calificación como improcedente.

Los contratos aportados con fechas posteriores refuerzan la duda sobre la realidad de la supuesta absorción previa de tareas y la inexistencia de contenido laboral en el momento extintivo, debilitando la concurrencia de la causa organizativa/productiva.

Así, debemos tener en cuenta lo siguiente:

1. Derechos del personal subrogado

- Conservación de antigüedad, salario, jornada, categoría, centro de trabajo y demás condiciones, y continuidad efectiva de la relación sin perjuicio por el mero cambio de contratista, que es la esencia protectora de la subrogación convencional del convenio.
- Protección frente a despidos arbitrarios o modificaciones sustanciales no justificadas; cualquier extinción posterior al cambio de adjudicataria debe apoyarse en causas reales, suficientes y probadas, y superar el test de proporcionalidad y buena fe.

- Derecho a información completa en el proceso de licitación y subrogación, conforme a los listados y datos mínimos exigidos, con trazabilidad de jornada, funciones, retribución y pactos vigentes.

2. Obligaciones de la empresa entrante

- Asumir contratos en los mismos términos, respetando condiciones y derechos adquiridos, sin vaciar la subrogación mediante amortizaciones inmediatas no acreditadas o reorganizaciones instrumentales.
- Documentar la causa y la idoneidad de la medida: organigramas funcionales, flujos de trabajo, herramientas implantadas, reasignaciones efectivas y cronología coherente con la fecha de efectos, más allá de simples enunciados.
- Actuar conforme a buena fe y proporcionalidad, eligiendo medidas menos lesivas cuando existan alternativas razonables y evitando decisiones que contradigan la finalidad estabilizadora del mecanismo de subrogación.

V. Fallo y consecuencias de la Sentencia comentada:

- Declaración de despido improcedente por falta de acreditación causal suficiente y apariencia de fraude respecto de la finalidad de estabilidad del convenio, con opción entre readmisión con salarios de tramitación o indemnización de 33 días/año con el tope legal, descontando lo ya abonado por 20 días/año del despido objetivo. La decisión refuerza el estándar de control sobre la razonabilidad de extinciones en contextos de contratas, subrayando que la continuidad no es solo formal, sino material en términos de puesto y contenido de trabajo, salvo prueba concluyente en contrario.

En cambios de adjudicataria, deben tenerse en cuenta, a mi entender, las siguientes recomendaciones:

- Utilizar documentación exhaustiva: matrices de funciones antes/después, licencias y despliegue de software, perfiles y cargas de trabajo, comunicaciones internas y protocolos de reasignación de tareas, para sostener cualquier medida extintiva.
- Realizar auditoría funcional previa y plan de transición, con definición de tareas, procesos y herramientas, evitando amortizaciones inmediatas y acreditando la necesidad organizativa si existiera, con cronología y evidencias.
- Priorizar medidas alternativas menos gravosas (recolocación, formación en nuevas herramientas, ajustes de jornada negociados) antes de decidir una extinción, por exigencias de buena fe y proporcionalidad.

VI. Conclusión

El supuesto que nos ocupa, muestra que la garantía de estabilidad que persigue la subrogación queda vulnerada cuando se procede a una amortización inmediata del puesto sin causa real y probada, por lo que la extinción deviene en despido improcedente,

reafirmandose la doctrina de control de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe en los despidos objetivos vinculados a reestructuraciones tras cambios de contratista.

En sectores de contratas, la gestión empresarial debe compatibilizarse con la tutela del empleo subrogado, de modo que las medidas de ajuste sean acreditadas, idóneas y no instrumentales, preservando la finalidad protectora del convenio y la normativa laboral y evitando el fraude de ley.

VII. Marco normativo

- Estatuto de los Trabajadores: arts. 49.1.l) y 52.c) (extinción objetiva por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas), y art. 56 (opción entre readmisión o indemnización y salarios de tramitación).
- Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2021-2024, art. 45: subrogación del personal en cambios de contratista, mantenimiento de condiciones, reglas y documentación del proceso, con finalidad de estabilidad en el empleo en el ámbito de contratas.
- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: transparencia y cesión de información de personal adscrito para garantizar la subrogación en licitaciones, según anexo y datos mínimos exigidos.
- Directiva 2001/23/CE: protección de los trabajadores en transmisiones de empresa, como referente conceptual citado por el convenio al distinguir la subrogación convencional de la sucesión legal, sin merma de garantías.

VIII. Jurisprudencia aplicable

- STS 18-09-2018 (rcud 3451/16): el control judicial en despidos objetivos incluye verificar no solo la concurrencia fáctica de la causa sino su ejercicio conforme a buena fe, evitando abusos y decisiones antisociales, y excluyendo los “juicios de oportunidad” empresariales, con examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
- STS (Pleno) 17-07-2014 y 20-10-2015: proscriben decisiones extintivas desproporcionadas respecto del fin legal, afirmando la vigencia de límites de buena fe y la interdicción del abuso del derecho en medidas de reorganización.
- STS 27-01-2014, 15-04-2014, 23-09-2014, 20-04-2016 y 20-07-2016: no compete fijar la “idoneidad” empresarial concreta, pero sí excluir decisiones carentes de razonabilidad y controlar la adecuación del volumen de empleo a la causa acreditada.
- STS 24-11-2015, 12-05-2016, 30-11-2016: la discrecionalidad no es arbitrariedad; la causa ha de ser real, suficiente y plausible en términos de gestión, sujeta a un control judicial pleno de razonabilidad.
- STSJ Madrid 304/2024: recuerda el estándar de control de razonabilidad y proporcionalidad, rechazando extinciones que no acrediten entidad causal suficiente ni mejora organizativa en contextos de subrogación.



9

TRABAJO A DISTANCIA Y EN PLATAFORMAS

Poder de dirección en las plataformas *delivery*

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UAM)

Director del Bufete de la Villa

<https://orcid.org/0009-0005-8456-8916>

*Y, de pronto,
la oscuridad es un estruendo...
un sollozo,
o una lágrima...*

José Manuel Lucía Megías (Ibiza, 1967)

I. Relación jurídica entre las plataformas y sus *riders*

El fructífero negocio de las plataformas *delivery* estrenó una teoría destinada a enmarañar en su estricto beneficio las categorías jurídicas asentadas en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales. Proponía que junto al trabajo realizado por cuenta ajena y en situación de dependencia, tuviera cabida un trabajo ‘colaborativo’ en el que empleador (plataforma) y trabajador (*rider*) pudieran pactar libremente las condiciones de trabajo sin sometimientos a las disposiciones legales heterónomas, con el fin de conseguir la necesaria flexibilidad para el buen funcionamiento de su cometido distribuidor de productos de consumo. Una vuelta al liberalismo arcaico con desprecio de lo ocurrido ciento cincuenta años después. Porque ese llamado trabajo colaborativo no se refería al trabajo cooperativo o asociativo, sujetos a disciplina legal estricta, sino a un trabajo selvático donde el contratante fuerte imponería al débil su¹ voluntad convertida en conveniencia económica, magnificando el poder de dirección, sin trabas de orden alguno. Y aunque parezca imposible -sin entrar en otra historia a la que solo se alude de pasada- es la doctrina proclamada por una sentencia del orden jurisdiccional civil/mercantil a mediados de 2025, en la que su señoría se despacha adjetivando el ordenamiento laboral actual como

¹ Sentencia 166/2025, de 10 de julio (rec. 1332/2024-D), Magistrado Sr. LOBATO LAVÍN.

«controvertido y obsoleto», de manera que su aplicación «es el eco nostálgico de la España sindicalizada, el mundo de ayer administrado y burocrático», en manos de funcionarios «inevitablemente contaminados por tendencias psicológicas que tienen profundos anclajes biológicos» y con intervención de «algún iluminado y omnisciente burócrata que parece gozar de un privilegio de acceso a la Verdad (!)» ... Cualquier comentario sobre tan extravagante argumentación corre el riesgo de aliviar ese anacronismo prehistórico.

II. Legislación de la Unión Europea

Afortunadamente las cosas discurren de distinto modo en el ordenamiento de la Unión Europea. Antecedentes valiosos son las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986 (Caso 66/85, Lawrie-Blum/Land Waden Würtednberg), 13 de enero de 2004 (Caso 256/01, Allonby/Education Lecturin Services), 20 de diciembre de 2017 (Gran Sala, Caso 434/15, Élite Taxi/Uber) y el Auto de 22 de abril de 2020 (Caso 692/19, Yodel Delivery Network), en el que se afirma que la «autonomía o independencia» del *rider* exigiría que no fuera posible establecer una relación de subordinación entre las partes, suficiente para desbaratar interpretaciones infundadas. En todo caso, la decidida actuación de los órganos ejecutivos de la Unión contra la utilización de los «falsos autónomos» ha quedado definitivamente establecida con la represión de tales fraudes, no siendo leves ni mucho menos las sanciones impuestas a las plataformas que actúan contra los principios de la Unión, sea defraudando en la contratación o constituyendo cárteles indebidos.

En el plano legislativo, la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles, dispone que solo quedan fuera de la misma los trabajadores que «realmente son por cuenta propia», reiterando la definición de «falso autónomo» de la sentencia de 3 de julio de 1986. La Directiva 2024/2831, de 23 de octubre, establece presunción de laboralidad de los *riders* sin exigir acreditación de ajenidad, únicamente sometimiento a «dirección y control» (considerandos 30 a 36 y art. 5). Al trasponer España la Directiva a su ordenamiento, a partir del 2 de diciembre de 2026, no es previsible que, bajo el tenor de la citada Directiva, altere la redacción de la DA 23 LET, más exigente para el reconocimiento de laboralidad que la presunción establecida a este respecto por la UE.

III. Legislación española

1. Estatuto de los Trabajadores (LET, 2015)

Simplificando la cuestión, y prescindiendo de los antecedentes sobre la dicotomía social entre el trabajo dependiente (y por cuenta ajena) y el trabajo autónomo (y por cuenta propia), son tres los cuerpos legales vigentes reguladores de ambos supuestos, a saber, la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET, 1980 a 2015), la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA, 2007) y la Ley por el que se modifica la LET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales, conocida como Ley *Rider* (LR, 2021). La LET regula únicamente el régimen jurídico de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena (art. 1.1), aunque hace un guiño a los trabajadores autónomos y por cuenta propia,

excluidos de la legislación laboral «excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente» (DA 1ª).

2. Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA, 2007)

La LETA, del 2007, es una norma innovadora pues a la reglamentación histórica del trabajo autónomo y por cuenta propia, a partir de la década de los setenta del pasado siglo, añade la regulación de un nuevo supuesto contractual, referido a los llamados trabajadores autónomos económicamente dependientes, conocidos como TRADES. Nombre y figura que supone una doble anomalía jurídica, puesto que acoge -no excepcional ni temporalmente, sino normal y permanentemente- la práctica laboralización de quienes no cumplen el presupuesto sustantivo de la ajenidad y, dudosamente, el presupuesto sustantivo de la dependencia, que es un concepto jurídico y no económico. Aquel que sea «económicamente dependiente», no será por ese solo hecho «jurídicamente dependiente», bien que en este punto la LETA se muestra manifiestamente ambigua. Por un lado, una serie de preceptos excluyen la relación de dependencia en su expresión jurídica, de sometimiento al poder de dirección del empleador. Son éstos los arts. 1.1 («fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona») y 11.1 LETA, interpretado a contrario («del que dependen económicamente», o sea, no jurídicamente). Pero, a la vez, otros preceptos establecen la relación de dependencia entre el TRADE y su cliente conforme al art. 11.2, d) LETA («desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente»), indicaciones no sujetas por otra parte a ningún límite cualitativo ni cuantitativo, sino bien al contrario reconfirmadas reglamentariamente, con la puntualización de que esas «indicaciones técnicas» se vinculan «a toda la actividad» del TRADE [art. 5.1, b) Real Decreto 197/09, de 23 feb. 2009]. Por otro lado, los Acuerdos de Interés Profesional, fuente específica para la regulación de los TRADES, permite que se establezcan «condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad», sin otros límites que los dispuestos en la legislación de defensa de la competencia (arts. 3.2, inciso primero y 13.1 LETA). Esa imprecisión legislativa es la causa de los frecuentes fraudes cometidos por algunas plataformas², utilizando esta figura híbrida para deslaborar a quienes por el régimen de su actividad cumplen los cuatro presupuestos sustantivos exigidos por el art. 1.1 LET, trabajo voluntario, retribuido, dependiente y por cuenta ajena. Los TRADES se comportan de hecho como trabajadores de régimen común, sobre todo en lo relativo al planteamiento de conflictos en el orden social de la jurisdicción. Fácil es comprobar en los Juzgados de lo Social la insignificante diferencia entre un proceso de despido de un trabajador sujeto al ordenamiento laboral y el proceso por cese dispuesto por la plataforma de un TRADE. Incluso en la práctica forense, a todos los profesionales actuantes, incluidos los Magistrados, se les escapan los términos de «trabajador a secas», para el TRADE, y el de «empresario o empresa» para la plataforma. De modo que la LETA propicia una colección de supuestos contrarios a la voluntad inspiradora

² La proclividad al fraude de esta figura ha sido denunciada por las voces más autorizadas de la doctrina, así PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Trabajo Autónomo», DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *El Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Sevilla, 2011, págs. 156-159; y SALA FRANCO, T., «El trabajo autónomo económicamente dependiente», id. págs. 161 y ss.

de la misma, entre los que se cuenta la privación de los derechos que deberían serles aplicados, sobre todo cuando prestan su actividad en los centros de trabajo del empleador. Pero también, y al contrario, no solo sufre el TRADE la reducción de los derechos laborales que corresponden a las funciones efectivamente realizadas, sino que, en ocasiones, se le disfraza de trabajador por cuenta propia y autónomo, con lo que se le priva incluso de los derechos que como TRADE le corresponden. Un embrollo jurídico de consecuencias nefastas de desigualdad peyorativa entre quienes cumplen la ley y los que la defraudan, propiciando situaciones de competencia desleal.

3. Ley sobre Derechos de las personas dedicadas al reparto en las plataformas digitales (LR, 2021)

Respecto de estas personas, denominadas *riders*, la LR, aparte de otras modificaciones de menor calado, introduce en la LET una presunción de laboralidad diferenciada de la general de su art. 8.1, inciso segundo, aunque trae causa en ella. El nuevo precepto determina que *«se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital»* (DA 23ª LET). Una presunción de laboralidad puesto que la inclusión a que se alude tiene lugar en el cuerpo normativo de la LET, concordando por tanto con la DA 1ª de la misma.

De las dos presunciones de laboralidad mencionadas -no totalmente coincidentes- hay que establecer estas conclusiones: 1ª) Son presunciones *iuris tantum* y no, consiguientemente, *iuris et de iure*; 2ª) la carga de la prueba para desvirtuar la presunción corresponde a la plataforma *delivery*, tras la mera alegación del *rider*; 3ª) en los procedimientos sancionadores, la presunción de laboralidad es compatible con la presunción de inocencia (art. 24.2, final CE), en cuanto que las presunciones de laboralidad admiten la prueba en contrario³.

IV. Interpretación judicial

1. Orden jurisdiccional social

La pluralidad interpretativa en la instancia e incluso en la suplicación finalizó con el dictado de la sentencia casacional del plenario de la Sala Cuarta, 805/2020 de 25 de septiembre (rec. 4.746/2019), de luminoso argumentario, que inspira su posterior sentencia 422/24, 6 mar. (rec. 288/21). Tal doctrina ha sido lógicamente aceptada por la suplicación⁴. Y cuando alguna de estas sentencias se ha recurrido en casación, contrastada con otra en la que se negó la existencia de relación laboral, la respuesta

³ SS.TC. 76/1990 (Pleno), ratificada con reiteración, 197/1995, 7/1998, 14/1999, etc. En la doctrina, NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005; CANO CAMPOS, T., *Presunciones y valoración legal de la prueba en el derecho administrativo sancionador*. Civitas, Madrid, 2008.

⁴ Así las STSJ-Ast. 2173/2022, de 2 de noviembre (rec. 1552/22), Can. 61/2022, de 1 de febrero (rec. 859/2021), Cat. 3378/2023, de 25 de mayo (rec. 101/22), CyL (Burgos) 518/23, de 27 de junio (rec. 108/2023), Nav. 289/23, de 24 de octubre (rec. 190/23), Isl.Bal. 452/23, de 8 de septiembre. (rec. 107/2023), Cana. (Las Palmas) 1435/23, de 24 de octubre (rec. 625/2023) ...

ha sido la inadmisión a trámite por falta de contenido casacional⁵. En cuanto al fondo, lo más importante de la sentencia ha sido retomar, ampliándola frente a las nuevas tecnologías, la doctrina de la trascendental sentencia de 26 de febrero de 1968, conocida como sentencia de los mensajeros⁶ y de la sentencia casacional 902/2017, de 16 de noviembre (rec. 2806/2015), sobre intérpretes traductores, y diferenciar una vez más el elemento constitutivo del concepto de dependencia, y las diversas formas de su exteriorización. Es decir, la dependencia coincide con el sometimiento del trabajador, se llame como se llame, a «la organización y dirección de otra persona» (art. 1.1 LET), es decir, a su poder de dirección. Contrariamente es irrelevante que no tenga el trabajador jornada u horario fijos, que pueda rechazar encargos, aceptando otros, que pueda ser suplido temporalmente por su iniciativa, que no trabaje en exclusiva para el empleador, que no sea localizable a falta de medios técnicos en poder del empleador, cualquiera sea la forma y periodicidad del pago, la no utilización de uniformes o signos de la empresa, que sea propietario del vehículo que utiliza para ejercer su actividad, que el control ejercido sobre su persona no sea directo e inmediato, que no se le suministre formación profesional, que se realicen o no valoraciones de su actividad, etc. etc. Todas esas variantes compatibles con el poder de dirección, son las que utilizan algunas plataformas para disfrazar lo que sigue siendo una prestación organizada y controlada por quien encarga y paga el trabajo. Por lo demás, la afirmación de que los efectos de la sentencia 805/20 se limita a supuestos típicos ocurridos con anterioridad a la misma, supone, lisa y llanamente, ignorar el significado jurídico de las sentencias de unificación de doctrina.

El único orden jurisdiccional competente para declarar la naturaleza jurídica laboral o extralaboral de una relación concreta, es el orden social, de modo que todos los demás órdenes jurisdiccionales, cuando han de pronunciarse sobre tal cuestión, solo pueden actuar prejudicialmente, produciendo plenos efectos en el pleito de que se trate, pero sin posibilidad alguna de extender los efectos a supuestos externos, y menos aún de vincular al orden social, el cual, a contrario, sí vincula con sus interpretaciones sobre la naturaleza jurídica referida a los restantes órdenes jurisdiccionales [arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.4, 9.5 y 10 LOPJ; arts. 1 a 4 LRJS; arts. 3, a), 4.1, 4.2 LJCA; art. 42.1 y 2 LEC; arts. 3 a 7 LECr.].

2. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo han seguido doctrina diversa cuando se les ha planteado la conformidad a Derecho de las Actas de Liquidación e Infracción levantadas por la Inspección de Trabajo, anulándolas a partir de la

⁵ Así el ATS 6639/2021, de 18 de mayo de 2021 (rec. 1618/2020), respecto de la STSJ-Mad. de 40/2020, de 17 de enero (rec. 1323/19), caso Roofoods Sapin, que intentó contrastarse con la STSJ-Can. 316/2019, de 26 de abril (rec. 237/19), caso Besaya Express. Y posteriormente, el ATS 13513/2022 (rec. 2715/2021, también inadmitido por falta de contradicción con la sentencia de contraste, pero respeto de nuevo recurso de Roofoods Sapin.

⁶ DE LA VILLA GIL, L. E., «Una frontera en la delimitación del concepto de trabajador. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 sobre mensajeros», GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015, págs.27-43.

sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (JCCC) 90/2024, de 26 de julio (Proced.Ord. 34/2023). Estas sentencias consideran, prejudicialmente (arts. 3, a), 4.1, 4.2 LJCA) que la Inspección de Trabajo ha actuado con «beligerancia política y apetito recaudatorio», presionada para obligar a la plataforma GLOVO a modificar su estrategia negociadora con los *riders*. Lo cierto es que el alto número de estas sentencias negando la relación laboral entre la mencionada plataforma y sus *riders*, ha propiciado la conclusión de que la naturaleza de tal relación es cuestión judicialmente debatida y no pacífica, una conclusión incompatible por las razones siguientes:

1ª) Las sentencias no firmes de los JCCA pueden ser recurridas en apelación y casación, y es previsible que los respectivos órganos jurisdiccionales apliquen la rigurosa doctrina establecida por la sentencia casacional del orden contencioso-administrativo de 27 de noviembre de 2024 (rec. 5003/2022), que obliga a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior a seguir la doctrina establecida por un Juzgado de lo Social, casando por tanto al no haberlo hecho así la sentencia de aquel, con la siguiente admirable doctrina ... «las resoluciones dictadas por los Juzgados y Tribunales Contencioso-Administrativos no prejuzgarán la resolución que adopten los Juzgados y Tribunales del orden social, en relación con la determinación de la naturaleza jurídica de una relación laboral por cuenta ajena, a los efectos de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, aunque el pronunciamiento de la jurisdicción social, respecto del enjuiciamiento de aquellos recursos de los que sea competente en exclusiva, por afectar a la relación laboral, vincula al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debiendo corregirse las eventuales contradicciones a través de los procedimientos y recursos legalmente previstos en la legislación procedimental o en la legislación procesal ... y procede devolver las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, para que dicte una nueva sentencia tomando en consideración y ajustándose a los pronunciamientos establecidos en la sentencia dictada por el orden jurisdiccional social».

2ª) En lo relativo a la afirmación judicial de que la actuación inspectora queda presidida por un «apetito recaudador», es pertinente reproducir la autorizada opinión de María Emilia Casas en su comentario a la citada sentencia 90/24, del JCCC nº 10⁷.

3. Orden jurisdiccional civil/mercantil

No dudo que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Barcelona (supra, I), es, pese a su excentricidad, la más importante hasta ahora del orden jurisdiccional civil/mercantil, sobre la naturaleza extralaboral de la relación entre la plataforma GLOVO y sus *riders*. Aplazando a otro momento el amplio comentario de la misma, se trata de una sentencia dictada prejudicialmente (art. 42.1 2 LEC), y basada en dos opiniones entrelazadas del juzgador, para quien las resoluciones administrativas sancionadoras y liquidatorias, por el empleo de falsos autónomos de parte de la plataforma, son el resultado de la presión política y de una concepción primitivamente emocional del ordenamiento jurídico, mediante las cuales se niega al

⁷ En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 8/2024, pág. 16 ... «afirmaciones excesivas e indemostrables, innecesarias para enjuiciar los hechos, valorar la prueba y concluir en Derecho. En esto la sentencia se desautoriza a sí misma».

empresario su derecho a organizar la actividad mercantil libremente, del modo que le genere mayores rendimientos. La sentencia está recurrida en apelación y es de esperar que el enjuiciamiento sereno por la Sala Civil de la Audiencia competente, reconduzca los argumentos pasionales a su dimensión técnico jurídica, valorando la postura terminante del orden social en la calificación laboral de esas mismas relaciones.

4. Orden jurisdiccional penal

A los efectos que aquí importan, las sentencias a tener en cuenta serán las que se dicten bajo la aplicación del art. 311, 2º, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, sobre la transposición de Directivas Europeas ... Según el cual ... *«los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las que mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa ... serán castigados con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses»*.

Como quiera que el delito solo puede ser cometido en el caso de que la persona perjudicada en sus condiciones de trabajo sea un trabajador, es decir, una persona sometida al ordenamiento laboral, la declaración de que el lesionado no es un trabajador supondrá la inaplicación del tipo delictivo exclusivamente, sin que esa declaración referida a la naturaleza jurídica de la relación entre él y la plataforma vincule al orden social, conforme a las disposiciones legales antes citadas sobre prejudicialidad, y una interpretación para el momento actual -conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil- de los preceptos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de los cuales la referencia a las cuestiones civiles ha de entenderse que incluye las cuestiones laborales.

El consentimiento del empresario con la aplicación del acuerdo marco sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del reglamento (CE) n° 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual

DANNY PIETERS

Profesor Emérito Doctor

I. Introducción

Es para mí un gran honor contribuir al libro homenaje a Alfredo Montoya Melgar, que era dos veces mi colega, como profesor universitario y como juez constitucional. Mi contribución versará sobre un detalle del complejo régimen de seguridad social de los trabajadores transfronterizos. Un detalle, sin duda, pero también uno que plantea algunas cuestiones fundamentales y que, por tanto, me parece de especial importancia.

En primer lugar, recordaré los aspectos relevantes de la coordinación de la seguridad social, tras lo cual profundizaré en la situación de las personas que teletrabajan desde el extranjero. En otra parte, presentaré con más detalle el Acuerdo marco sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n° 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual. En una última parte, me centraré en la condición específica de la solicitud conjunta por el trabajador y el empresario y, por último, formularé algunas otras reservas sobre el Acuerdo marco.

II. Coordinación en materia de Seguridad Social

El Reglamento de coordinación 883/2004 y el Reglamento de aplicación 987/2009 garantizan que, en lo que respecta a su seguridad social, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia no se vean perjudicados por su uso de la libre circulación. Para ello, el Reglamento de coordinación estipula, entre otras cosas, que uno y sólo un Estado miembro rige la situación de seguridad social de una persona en un momento determinado. Así, las cotizaciones a la seguridad social no tienen que pagarse en dos

o más Estados y, en principio, las personas también tendrán derecho a prestaciones en un solo Estado miembro. El Estado miembro así designado como competente es, en principio, aquel en el que realmente se realiza el trabajo; es lo que llamamos la «*lex loci laboris*». El Reglamento de coordinación sólo prevé un número limitado de excepciones a este principio según el cual el Estado de empleo designa el régimen de seguridad social aplicable, por ejemplo en el caso de los funcionarios, para quienes es competente el Estado que los nombró, aunque realicen su trabajo en el extranjero. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea, el principio de la «*lex loci laboris*» se refiere al país en el que se realiza efectivamente el trabajo (por cuenta ajena o propia), es decir, no al Estado en el que está establecido el empresario, en el que reside el trabajador o en el que se realiza el producto del trabajo. En su decisión en el caso Partena¹, la Corte de Justicia de la Unión Europea declaró explícitamente que «el concepto de »lugar de ejercicio« de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad».

«Trabajador fronterizo», es «toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana» En principio, los trabajadores fronterizos están cubiertos por el régimen de seguridad social del país en el que trabajan.

Sin embargo, esta norma de designación es menos práctica cuando las personas trabajan efectivamente de forma simultánea en más de un Estado miembro, ya sea para uno o varios empleadores. El Reglamento de coordinación ha previsto esta hipótesis al estipular en su artículo 13 «Ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros »: «1. La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta a: a) la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros, o b) la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.»

Algunas personas, por la propia naturaleza de su trabajo, trabajarán casi constantemente en otros países. Tal es el caso de las personas empleadas en el transporte por carretera o ferrocarril, a las que se aplica íntegramente el citado artículo 13 del Reglamento; o de los tripulantes de cabina de aeronaves o navegantes del Rin, a los que se aplica una normativa especial de excepción.

Una posibilidad general de excepción, incluso al Estado designado como Estado competente, figura en el artículo 16 del Reglamento, cuyo primer párrafo reza: «Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15.»

¹ C-137/11 *Partena*, ECLI:EU:C:2012:593, para.57.

El artículo 16 tiene por objeto permitir a las administraciones, en situaciones muy complejas en las que intervienen varios Estados miembros, alcanzar una solución óptima en favor de los asegurados sociales afectados. No cabe duda de que el artículo 16 se concibió en un principio para dar una solución a casos individuales. Por ello, puede sorprender que cuando se revisó el Reglamento 1408/71 mediante lo que pasó a ser el Reglamento 883/2004, el respeto de las soluciones del Convenio Navegantes del Rin ya no se garantizó dando primacía a este Convenio sobre el Reglamento, sino previendo un Convenio del artículo 16 “Navegantes del Rin”.

III. Teletrabajo desde el extranjero

Aunque ya se teletrabajaba incluso antes de que estallara la crisis del COVID, y que a veces se hacía desde un país distinto de aquel en el que se trabajaba normalmente, el problema de calificar el lugar de trabajo en conformidad con el reglamento de coordinación se presentó en toda su crudeza con el cierre patronal y otras medidas que restringían la libre circulación dentro de los Estados miembros y dentro de la Unión Europea entera. Los trabajadores ya no podían acudir a su lugar de trabajo habitual; a muchos se les dio la opción de trabajar a distancia desde casa, de teletrabajar. Si eran trabajadores transfronterizos, es decir, personas que vivían en un país distinto de aquel en el que trabajaban habitualmente, la aplicación de las normas de coordinación daría lugar a un cambio inmediato del Estado competente en materia de seguridad social: al fin y al cabo, ahora realizaban su trabajo efectivo en su país de residencia y, por tanto, este país pasaba a ser competente. Esto supondría un cambio de Estado miembro competente para miles de trabajadores, implicaría para miles de empresarios la obligación ahora durante algún tiempo (en particular, al menos mientras durara la crisis COVID) de afiliarse a una institución de seguridad social de otro Estado miembro, pagar allí cotizaciones diferentes, etc. Esto se consideró muy indeseable en todos los Estados miembros. La Comisión Europea en sus Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03)² afirmaba en el apartado 8: “En situaciones que puedan hacer que cambie el Estado miembro de seguro del trabajador, los Estados miembros deben hacer uso de la excepción establecida en el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, a fin de que no cambie la cobertura de seguridad social del trabajador en cuestión. Para solicitar dicha excepción, el empleador debe presentar una solicitud al Estado miembro a cuya legislación solicita estar sujeto el trabajador.”

Los Estados miembros individualmente, y posteriormente todos los Estados miembros juntos bajo la Comisión Administrativa³, tomaron diversas medidas para dejar temporalmente a todos los empleados que habían empezado a teletrabajar desde el extranjero bajo la jurisdicción del país en el que estaban empleados antes del teletrabajo como consecuencia de la crisis COVID. De este modo, las normas del reglamento de coordinación quedaron temporalmente inoperantes en virtud de la “force majeure” o

² OJ C 1021, 30.3.2020, pp.12-14.

³ La Comisión Administrativa está compuesta por representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (véanse los artículos 71 y 72 del Reglamento (CE) n.º 883/2004). La Comisión Administrativa aclara las cuestiones administrativas que surgen entre los Estados miembros e interpreta las disposiciones de los reglamentos de coordinación. Sus decisiones se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, pero por razones constitucionales no tienen carácter vinculante. No obstante, tienen carácter de autoridad.

«fuerza mayor» constituida por el cierre de fronteras debido a la pandemia. Sin embargo, ni en el Reglamento ni en los Tratados de la UE existe tal excepción de «fuerza mayor». No obstante, cabe expresar cierta simpatía por la solución práctica así ofrecida a una situación verdaderamente excepcional.

Una vez que la pandemia remitió y las fronteras se reabrieron gradualmente en 2021, los trabajadores de muchos países siguieron percibiendo las ventajas del teletrabajo mucho más que antes y sus empleadores les permitieron seguir teletrabajando en casa uno o varios días a la semana. A veces esto se acordaba en convenios individuales o colectivos. A veces, esto permitía incluso al empresario reducir los puestos de trabajo físicos y aprovechar así el teletrabajo de sus empleados. Pero ahora no puede invocarse ningún «caso de fuerza mayor» para anular la norma según la cual el lugar donde una persona realiza efectivamente su trabajo es el país competente y, si una persona trabaja en más de un Estado miembro, incluido el país de residencia, es el Estado miembro de residencia donde está asegurada socialmente. Quienes teletrabajan desde el extranjero corren así el riesgo de estar sujetos a los regímenes de seguridad social del país donde se realiza el teletrabajo y reside la persona y, por tanto, dejar de estarlo a la seguridad social del Estado donde antes iba a trabajar físicamente. Algunos países y sus administraciones de seguridad social consideraron que era necesario contrarrestar el impacto del teletrabajo transfronterizo en la legislación de seguridad social pertinente. La Comisión Administrativa creó un grupo *ad hoc* para examinar esta cuestión. No se pudo encontrar unanimidad ni en el seno del grupo *ad hoc* ni en el de la Comisión Administrativa. Por ello, varios Estados celebraron un acuerdo mutuo conocido como “Framework Agreement on the application of Article 16 (1) of Regulation (EC) N° 883/2004 in cases of habitual cross-border telework” o Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) N° 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.⁴ Eran 15 Estados miembros de la UE, entre ellos España, y Liechtenstein, Noruega y Suiza. Más tarde se unirían otros 4 Estados miembros de la UE. Bulgaria, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia y Rumanía quedaron fuera del acuerdo. El acuerdo adoptó la forma de un acuerdo “artículo 16”. El Acuerdo Marco entró en vigor el 1 de julio de 2023.⁵

⁴ Traducción al español publicada en el Boletín Oficial del Estado, N185 del 4/8/2023, pp. 115367-115369 y se calificó allí como ‘acuerdo internacional’ de conformidad con los artículos 13, 1.a) y 16.1 del Reglamento (CE) 883/2004.

⁵ Para más información sobre este tema, véase: Aceto, Fenicia, Cross-border workers - navigating the challenges of social security coordination rules in the era of telework in the European Union, *European Labour Law Journal*, 2024, pp.376-387; Felten, Elias, Cross-border telework or do innovative work models require innovative rules o applicable legislation? In *Reflections on EU Coordination of Social Security Systems: Bridging Academia and Public Administration*, en *Liber amicorum Bernhard Spiegel*, 2024, pp71-77; Schoukens, Paul & Everaet, Gerard, A Reflection on Telework in Social Security Coordination, *Zbornik PFZ*, 2023, pp. 373-3387; Strban, Grega et al., *Analytical report 2018*, MoveS, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020; y Verschuere, Herwig, The Application of the Conflict Rules of the European Social Security Coordination to Telework During and After the COVID-19 Pandemic, *European Journal of Social Security*, 2022, 79-94.

IV. Acuerdo marco sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del reglamento (CE) N°883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual

El Acuerdo Marco abarca a todas las personas a las que pueda aplicarse el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento de 883/2004, siempre que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado (art.2 (1)). El Acuerdo Marco se refiere a las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual en aplicación of the general provisions of the coordination regulation y que estén empleadas por una o más empresas o empleadores que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.(article 2(2)). Previa solicitud, las persona que realicen such teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas, conforme al apartado 1 del artículo 16 del Reglamento de base, a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total (art.3).

El Acuerdo Marco va acompañado de un “Explanatory Memorandum”, una exposición de motivos. A los efectos del presente artículo, dos elementos de este Memorándum requieren nuestra atención. En primer lugar, en cuanto a la naturaleza del acuerdo, se dice que «(L)a base jurídica de la determinación de la legislación aplicable sigue siendo la excepción individual a solicitud, sólo que se simplifica el procedimiento y se ofrece de antemano seguridad jurídica»⁶. En segundo lugar, como señala el comentario explicativo sobre el artículo 3 del Acuerdo marco: “El teletrabajo transfronterizo debe acordarse entre empresario y trabajador de manera formal o informal. La solicitud de aplicación del Acuerdo marco debe realizarse de común acuerdo entre ellos”⁷. Ambos elementos del Acuerdo Marco requieren una valoración crítica.

V. Discusión crítica del acuerdo marco

Hay mucho que decir sobre este Acuerdo Marco; sin embargo, nos limitaremos a dos aspectos del mismo:

1. La necesidad de que su aplicación requiera también el consentimiento del empresario.
2. Problemas fundamentales de Estado de Derecho asociados a la técnica de dicho Acuerdo Marco.

Es lógico que, en lo que respecta al lugar de realización del trabajo, el primer poder de decisión corresponda al empresario. Sin embargo, la libertad del empresario para determinar el lugar del trabajo puede verse limitada por lo acordado en el contrato individual de trabajo o por lo que pueda estipularse en un convenio colectivo o en una disposición legal obligatorio. Esto también se aplica a la determinación de si el empleado puede teletrabajar y en qué medida. Me parece que la cuestión de si el

⁶ Traducción propia.

⁷ Traducción propia.

empresario puede distinguir entre los trabajadores en función de si viven o no en el mismo país que el empresario o el lugar de trabajo habitual es una cuestión que debe resolverse en el marco del Derecho laboral. Al hacerlo, ya hay que tener cuidado de que el planteamiento adoptado no discrimine (indirectamente) por razón de nacionalidad ni entre en conflicto con la libre circulación de trabajadores. Sin embargo, de lo que estamos hablando aquí es de otra cosa: aunque el empresario tenga potestad para determinar si un empleado puede teletrabajar desde el extranjero y en qué medida, la cuestión sigue siendo si, en caso de que su empleado teletrabaje desde el extranjero, puede oponerse a una solicitud del empleado para que se aplique el Acuerdo Marco. Dicho de otro modo, ¿está justificado que la solicitud de aplicación del Acuerdo Marco sea presentada tanto por el trabajador como por el empresario, tal y como establece la Exposición de Motivos?

Para responder a esta pregunta, es importante volver a la base de toda la construcción, a saber, el artículo 16 del Reglamento 883/2004. En él se establece expresamente que los acuerdos para apartarse de las normas generales deben ser «en beneficio» del asegurado social. Sin embargo, se plantea la cuestión de si este “beneficio” del trabajador debe valorarse in concreto o in abstracto; lo cierto es que aquí no cabe el derecho de veto del empresario. Es posible que los redactores del Acuerdo marco pensaran que esta disposición era obvia, porque de lo contrario el empresario siempre podría impedir de todos modos que el empleado teletrabajara transfronterizamente. Pero si el empresario puede hacerlo realmente es otra cuestión de Derecho laboral, como hemos visto anteriormente. La adición en la exposición de motivos de una condición para la aplicación del Acuerdo marco, a saber, el consentimiento del empresario a la aplicación, que no se menciona en el Acuerdo marco y es contraria al artículo 16 del Reglamento 883/2004, no puede, en nuestra opinión, en ningún caso.

Además, el Acuerdo Marco tiene más inconvenientes. Como hemos visto, la base jurídica para apartarse de las normas de coordinación habituales en la hipótesis prevista por el Acuerdo Marco no es el Acuerdo Marco, sino el artículo 16 del Reglamento 883/2004; según la exposición de motivos, el Acuerdo Marco se limita a simplificar el procedimiento y a proporcionar seguridad jurídica previa. Esto último significa seguramente que los ciudadanos deben poder invocar estas disposiciones para obtener la simplificación del procedimiento y la seguridad jurídica previa. ¿Pero pueden hacerlo?

El Acuerdo Marco sólo existe oficialmente en inglés, no se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea, sino que simplemente está depositado en Bélgica y puede consultarse en el sitio web del Servicio Público Federal Belga de Seguridad Social.⁸ Se celebró en el seno de la Comisión Administrativa, pero no es una decisión de la misma. En definitiva, el Acuerdo Marco en sí no es un Acuerdo “artículo 16”,⁹ sino un acuerdo

⁸ Como se menciona en la nota 4, el texto sí se publicó en español en el BOE; la suya es una traducción. Por lo que hemos podido averiguar, la Exposición de Motivos ni se ha traducido al castellano ni se ha publicado en el BOE.

⁹ Véase también, en un sentido similar, Eichenhofer. Eberhard, *Sozialer Schutz bei Arbei vom Homeoffice im Binnenmarkt*, nota 30, p. 358; y Strban, Grega, *New Forms of Organising Work and Challenges for Coordinating National Social Security Systems in the EU, Nomos Open Access*, 2024, pp.91-103, p.99.

para aplicar el artículo 16 si se cumplen determinadas condiciones. ¿Es vinculante este «acuerdo»? Para los ciudadanos, esto me parece difícil dada la falta de publicación y la falta de autoridad de los que suscribieron el acuerdo para crear derechos y obligaciones para los ciudadanos, diferentes de las disposiciones del reglamento de coordinación y su artículo 16. ¿Es el Acuerdo Marco jurídicamente vinculante para los Estados que lo suscribieron? En otras palabras, si un Estado firmante del Acuerdo Marco lo incumple, ¿podría ser sancionado? A mí me parece que no; de hecho, los estados están obligados por el Reglamento 883/2004 y, entre otros, por su artículo 16: imponer requisitos adicionales, como por ejemplo exigir el consentimiento del empresario para la aplicación del artículo 16, no puede, por lo que los estados pueden simplemente no aplicar este aspecto del Acuerdo Marco (y quizás otros en los que no entraremos aquí).

Por último, permítanme señalar que es significativo, después de todo, que las disposiciones del Acuerdo Marco no puedan ser impugnadas ante los tribunales porque, al fin y al cabo, no son más que acuerdos entre administraciones sobre cómo aplicarán el artículo 16 del Reglamento 883/2004. Al hacerlo, las administraciones obviamente no son libres de cuestionar la propia sustancia del reglamento de coordinación.

En conclusión, puede que los miembros del Comité *ad hoc* que redactó el Acuerdo Marco se pusieran manos a la obra con buenas intenciones, pero al hacerlo se “olvidaron” demasiado de los requisitos del Estado de Derecho para establecer un acuerdo de este tipo. Sin embargo, podemos leer de la mano de Bruno De Pauw, ponente del Grupo *ad hoc* sobre teletrabajo, que “Los expertos opinan que, si fuera necesaria una norma especial para el tratamiento del teletrabajo transfronterizo, debería establecerse en el propio Reglamento para garantizar la legitimación democrática, la seguridad jurídica y la igualdad de trato. Sin embargo, el proceso legislativo de adaptación de la normativa requiere mucho tiempo y es una solución a largo plazo. Mientras tanto, el teletrabajo a tiempo completo, el trabajo híbrido y el teletrabajo a corto plazo han aumentado enormemente durante y desde la pandemia de COVID-19 y se espera que estas situaciones sigan existiendo en el futuro. Por lo tanto, el grupo de trabajo elaboró una solución intermedia y temporal que adoptó la forma de un Acuerdo Marco multilateral”¹⁰. Así pues, el Comité *ad hoc* y los Gobiernos contratantes sabían muy bien que, de hecho, estaban sobrepasando los límites de sus competencias.

Si es verdad de que una coordinación que se basa en el lugar donde se realiza efectivamente el trabajo está cada vez más desfasada y que tal vez haya que buscar factores de conexión distintos de la *lex laboris*, eso es tarea en primer lugar del legislador de la UE, no de la Comisión Administrativa. Cabe lamentarlo, sobre todo porque parece que con el gran número de Estados miembros con intereses muy divergentes, encontrar un amplio apoyo para cualquier modificación del reglamento de coordinación parece imposible. Que en tiempos de crisis como los de las restricciones de viaje durante la pandemia se puedan dejar de lado las normas básicas por motivos de “fuerza mayor”, puede ser, pero no podemos aceptar que las administraciones se

¹⁰ De Pauw, Bruno & Verscheueren, Herwig, The Framework Agreement on the applicable law in case of habitual cross-border telework after the pandemic ERA Forum (2023) 24, pp. 467-480, p. 474. Traducción propia.

sustituyan permanentemente a las instituciones europeas y al Estado de Derecho.¹¹ No cabe duda de que el reglamento de coordinación ya no es adecuado para regular todo tipo de nuevas formas de trabajo, incluido el teletrabajo; incluso es incierto que deba mantenerse el principio de *lex loci laboris*. Sin embargo, en un orden democrático basado en el Estado de Derecho, como es la Unión Europea, corresponde al legislador decidir al respecto, no a (un órgano compuesto por representantes de) los gobiernos de los Estados miembros. Corresponde al académico y al juez constitucional seguir señalando esto.

¹¹ Strban también se pregunta si el planteamiento de la cuestión a través de los acuerdos del artículo 16 ak no está reñido con los principios de la democracia y la separación de poderes (Strban, *op. cit.*, p. 100).

Los poderes empresariales en el trabajo a distancia

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

<https://orcid.org/0000-0002-1275-5289>

*“El poder directivo...se da normalmente en el contrato de trabajo a domicilio,
porque en él el trabajador no queda emancipado de las órdenes e instrucciones
empresariales”*

Alfredo Montoya Melgar¹

I. Acuerdo de trabajo a distancia y poder de dirección empresarial

El presente texto pretende comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2025 (rec. 169/2022, ECLI:ES:TS:2025:1514), por medio de la cual se resuelve un proceso de conflicto colectivo que impugnaba la validez de determinadas cláusulas contenidas en los acuerdos de trabajo a distancia, de idéntico tenor, celebrados por un total de 1.029 trabajadores de la misma empresa, solicitándose en la demanda inicial la nulidad de tales cláusulas. Formalmente el asunto refiere a la licitud de determinados pactos individuales de los contratos de estos trabajadores, por tanto, se situaba en el ámbito de la autonomía contractual, en relación con lo establecido legalmente (esencialmente la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en adelante LTD), así como respecto del espacio asignado a la negociación colectiva. A pesar de ello, se sitúa perfectamente en el marco del objeto del presente libro en homenaje al profesor Montoya Melgar, por cuanto que sustancialmente conecta de manera directa con el ejercicio de los poderes de dirección del empleador. Tal como destaca la sentencia en cuestión, se trata de un contrato tipo, idéntico para todos los trabajadores que prestan servicios a distancia, redactado por la dirección de la empresa y que, como tal, merece ser calificado como “contrato de adhesión”; en definitiva, se trata de unas condiciones materialmente impuestas por el empleador, desde su posición de primacía

¹ El poder de dirección del empresario, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1965, pg. 86.

que le otorgan los poderes organizativos en lo laboral, más allá de su apariencia de ser resultado del libre acuerdo entre las partes. A mayor abundamiento, atendiendo al contenido de lo establecido en ese contrato de adhesión, en la mayoría de las ocasiones las cláusulas objeto de impugnación otorgan al empleador facultades unilaterales de gestión del trabajo. A la postre, lo que hay detrás de este litigio es la determinación del espacio de ejercicio de los poderes del empleador en relación con lo permitido legalmente y lo atribuido a la negociación colectiva.

Comoquiera que los concretos asuntos abordados por la sentencia son numerosos, nuestro análisis necesariamente tiene que ser de primera aproximación, de descripción de lo resuelto por el Tribunal Supremo y de valoración personal respecto de cada concreta cláusula objeto de impugnación judicial.

II. La compensación de gastos

El primero de los asuntos se refiere a la obligación legal impuesta al empleador de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral (art. 12.1 LTD). A tal efecto, legalmente se prevé que en el acuerdo individual de trabajo a distancia deben enumerarse tales gastos, su régimen jurídico y con la remisión a lo que se establezca en el “convenio colectivo o acuerdo colectivo de aplicación” (art. 7 b LTD). El debate se sitúa en concreto en el hecho de que los acuerdos de adhesión, al contemplar este deber empresarial, indican que se determina “según lo previsto en la negociación sectorial”. En particular, el problema deriva del hecho de que el correspondiente convenio colectivo no establece criterio alguno al respecto, ya que omite regular nada sobre este deber empresarial. Tanto la sentencia de la Audiencia Nacional como la del Tribunal Supremo parten de la premisa de que la obligación de asumir estos gastos deriva directamente de la ley, que rige para el empleador en todo caso, con independencia de lo que se pacte en convenio colectivo, porque la intervención de la negociación colectiva solamente concreta el alcance de ese deber. Sin embargo, una y otra sentencia discrepan de la valoración de lo pactado en el acuerdo de trabajo a distancia: lo anterior lleva a la sentencia de la Audiencia Nacional a declarar la nulidad del inciso de remisión al convenio colectivo, mientras que para la sentencia del Supremo el inciso es lícito por cuanto que no elimina ni altera el deber legal, al tiempo que permite que de futuro el convenio colectivo introduzca reglas que prevean en lo concreto el alcance del deber empresarial.

Coincido con el presupuesto de partida de que nos encontramos ante un deber legal autosuficiente, con independencia de lo que se contemple en el acuerdo de trabajo a distancia y en el convenio colectivo, si bien entiendo que a una y otra sentencia les faltan ciertas consideraciones de detalle, no menores. Consideraciones de detalle que concentramos en dos principales. Una, que el acuerdo de trabajo a distancia no debería efectuar mención alguna a la negociación colectiva, por cuanto que la función y capacidad regulativa de los convenios colectivos la asumen por lo establecido legalmente, incluso más allá de su reconocimiento legal, sin capacidad de alterarse por parte del contrato individual; dicho de otro modo, la omisión de esa referencia al convenio colectivo en el acuerdo no reduce en nada la capacidad regulativa de la negociación colectiva. Segunda, que la ley refiere esa capacidad de intervención en

esta materia de manera genérica a la negociación colectiva, sin excluir ningún ámbito de negociación concreto; por tanto, lo que sin duda resulta ilegal y debería haberse declarado como nulo es que los acuerdos de adhesión se dirigirán exclusivamente a la negociación “sectorial”, lo que supone de manera implícita negárselo a otros ámbitos, en particular el empresarial.

III. Facilitación de correo electrónico y número de teléfono particulares

Este asunto refiere a una previsión contemplada en los acuerdos de trabajo a distancia, conforme a la cual el trabajador debe facilitar a la empresa su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él por urgencias del servicio. La sentencia del Supremo considera que es lícita esta cláusula contractual, porque ello puede estar justificado desde el punto de vista del Reglamento europeo de protección de datos personales, ya que tener estos datos la empresa puede ser necesario para la ejecución del contrato de trabajo, al tiempo que entiende que la realidad social actual determina que proporcionar esos datos puede ser necesario, particularmente, teniendo presente que su finalidad es ponerse en contacto con el trabajador para situaciones de urgencia.

De contrario, entiendo más fundado el criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional que desemboca en la sentencia del Supremo que estamos comentando, sentencia primera que falló la nulidad de la cláusula de los acuerdos de trabajo a distancia. Compartiendo el criterio de que la normativa sobre protección de datos personales podría no sería contraria a esta cláusula, sin embargo creo que la sentencia del Supremo no pondera suficientemente que la legislación nacional sobre trabajo a distancia prescribe que la empresa no podrá exigir la utilización de dispositivos propiedad del trabajador en el desarrollo del trabajo a distancia (art. 17.2 LTD), por cuanto que como ya hemos visto la empresa se encuentra obligada a proporcionarle los medios necesarios para el desarrollo de su actividad (art. 11.1 LTD). De ambos preceptos puede deducirse que, en la medida en que la empresa precise ponerse en contacto con el trabajador por vías diferentes a las habituales, por razones de urgencia, es a ella a quien le debe corresponder proporcionar los medios necesarios para ello, sin posibilidad de exigirle al trabajador poner a disposición los suyos. Tal criterio, aparte de lo deducible de la interpretación literal de los dos preceptos mencionados, deriva de que quíerese que no proporcionar estos medios por parte del trabajador provocan riesgos de invasión en la vertiente personal del trabajador, la carga para una empresa de estas dimensiones de proporcionar estos medios no resulta elevada, al tiempo que su coste hoy en día no es importante particularmente por lo que refiere a la existencia de un correo corporativo; incluso no se alcanza a entender el motivo por el que la empresa quiere conocer el correo personal del trabajador cuando la propia sentencia más adelante deja reflejado que los trabajadores poseen un correo de empresa.

IV. Procedimiento de elaboración de la política empresarial sobre desconexión digital

En el presente asunto los acuerdos de trabajo a distancia establecían algunos aspectos del ejercicio del derecho a la desconexión digital, sin que su régimen jurídico se haya pactado a través de la negociación colectiva, ni la empresa tenga un protocolo

que regule la política interna sobre el funcionamiento de la desconexión digital, tal como se exige legalmente. En estas circunstancias no se discute que la necesaria política interna de la empresa, de carácter unilateral, se pueda establecer a través de los acuerdos en masa de trabajo a distancia. Sin embargo, la clave se encuentra en que la Ley orgánica de protección de datos personales exige que este protocolo, aunque sea elaborado unilateralmente por la dirección de la empresa, en todo caso debe someterse a la previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 88 LOPDP). A tenor de ello, la sentencia con todo fundamento viene a confirmar otros pronunciamientos precedentes que han venido declarando la nulidad de las decisiones empresariales de implantación de la política interna sobre desconexión digital sin someterse a la previa consulta a los representantes de los trabajadores.

Más allá del acierto de la sentencia, el problema práctico que se plantea es que, con ello, se crea un importante vacío regulativo, dado que la ley deja bastantes flecos sin concretar, al tiempo que en este caso concreto no existe regulación en la negociación colectiva que atienda a estos detalles; se presenta pues cierta inseguridad jurídica al quedar las cláusulas de los acuerdos en masa que establecían alguna regla al respecto y no existe tampoco una política interna de la empresa. El interrogante en estos casos es el de determinar las obligaciones de estos trabajadores conectar o no para atender las indicaciones de urgencias de la empresa sin atender a la desconexión digital.

V. La reversibilidad del trabajo a distancia al trabajo presencial

Los acuerdos de adhesión reguladores del trabajo a distancia, al contemplar la reversión a la prestación presencial, establecen las causas justificativas para que tanto el empleador como el trabajador puedan ejercer el derecho contemplado legalmente de reversión al desarrollo de la actividad laboral en régimen presencial. Judicialmente el asunto se centra en las causas justificativas de la reversión decidida por el trabajador, sin entrar en las correspondientes a las del empleador. En este caso legalmente se prevé que este derecho de reversión puede ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los acuerdos de trabajo a distancia (art. 5.3 LTD). Esto último es lo que sucede en este caso, en el que nada se contempla en el convenio colectivo de aplicación, pero vía los acuerdos en masa se establecen las causas justificativas de la reversión.

Sin embargo, la sentencia justificadamente considera nula esta cláusula del acuerdo de trabajo a distancia, porque, teniendo en cuenta el carácter de acuerdo de adhesión de estos pactos, no resulta posible que se limite por vía contractual el ejercicio de la reversibilidad del trabajador reconocido como derecho por la ley; del mismo que tampoco se admite que se llegue a establecer una cláusula general de previa renuncia de derechos para el caso de que la empresa ejerza la reversibilidad. En este caso coinciden los posicionamientos tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo declarando la nulidad de esta cláusula. En el fondo, lo que se viene a indica es que el trabajador tiene un derecho a la reversibilidad sin necesidad de tener que alegar causa alguna, por lo que exigirle la concurrencia de una causa justificativa comporta limitar el derecho reconocido legalmente.

Sin pretender discutir el fallo de la sentencia, que me parece acertado, convendría precisar que este derecho, tanto desde el punto de vista del empleador como del trabajador, no viene reconocido como tal en todos los trabajos a distancia. Debe matizarse que este derecho de reversión tiene como premisa que el trabajador en una fase anterior de ejecución de su contrato hubiese prestado servicios de manera presencial. Conforme al diccionario de la Real Academia, la palabra reversión significa restitución de algo al estado que tenía, por tanto, en nuestro caso la reversión presupone que en el pasado se trabajaba presencialmente. Ello excluye a quien desde el inicio de su relación laboral ha trabajado a distancia, por cuanto que no se puede volver a un estado que nunca se tuvo. En términos jurídicos ello comporta que, si desde el inicio del contrato se estuvo trabajando a distancia, concurrió entre las partes un pacto expreso o implícito de empleo conforme a esta modalidad laboral, lo que supone que pasar a trabajar de manera presencial requiere la novación contractual y, por tanto, del acuerdo entre ambas partes. Como expresamente se contempla en el texto legal, la decisión de trabajar a distancia en estos casos lo es desde una modalidad de trabajo presencial (art. 5.3 LTD). Por ello, ninguna de las partes puede imponer a la otra la modificación sustancial del contrato de trabajo que presupone pasar a trabajar presencialmente, ya que ello iría en contra del principio de voluntariedad sobre el que se basa el trabajo a distancia.

VI. Inventario de los bienes entregados al trabajador y su vida útil

Legalmente se establece que el acuerdo de trabajo a distancia debe contener un inventario de los bienes entregados al trabajador, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos bienes (art. 7 a LTD). En este caso concreto, tratándose de un acuerdo tipo de adhesión, la enumeración es común para todos los trabajadores, circunstancias que como tal acepta como correcta la sentencia, si bien advirtiendo que si a un concreto trabajador se le proporcionan bienes diferentes ello debe hacerse constar en su acuerdo específico.

En cuanto a la vida útil de lo entregado, los acuerdos fijan un plazo de amortización vinculado al que se establece en el impuesto de sociedades, según la tabla que publica el Ministerio de Hacienda; plazo que la sentencia considera razonable.

VII. Obligación de mantenimiento del lugar de trabajo y de uso apropiado de los bienes entregados por la empresa

Los acuerdos de adhesión establecen que el trabajador es responsable del equipo apropiado y el mantenimiento del lugar de trabajo en su domicilio privado, del mismo modo que el trabajador debe cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en cada momento en relación con todos los medios, equipos y herramientas que se detallan en el propio acuerdo. Se trata de un deber que con carácter general se contempla ya legalmente dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva (art. 21 LTD).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo considera que, si la negociación colectiva no interviene en la materia, ello no significa que la empresa no pueda establecer directrices al respecto. Por tanto, entiende que resulta lícita la previsión establecida al

respecto a través de los acuerdos de trabajo a distancia, sin que pueda objetarse que se declare que el trabajador es el responsable de la correcta conservación de los medios y equipos puestos a su disposición por parte de la empresa.

VIII. Acceso a la red y propiedad de los medios

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo considera que nada se puede reprochar a las previsiones contenidas en los acuerdos de adhesión de que la empresa haya de garantizar el acceso a la red interna de la empresa; o la que recuerda que los medios y herramientas puestos a disposición del trabajador siguen siendo propiedad de la empresa y deben manejarse por el empleado con el cuidado y diligencia debidas. La propia norma estatal prevé que el trabajador debe cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos (art. 21 LTD).

La sentencia considera que tampoco se puede reprochar que se prevea que el trabajador debe notificar a la empresa cualquier defecto o daño que se produzca en estos medios y equipos.

IX. Derecho a repercutir los daños causados

Como consecuencia de todo lo anterior, se entiende igualmente lícito que los acuerdos de trabajo a distancia permitan a la empresa repercutir sobre el trabajador el coste de la reparación o los daños causados cuando ello derive de una mala utilización por parte del trabajador. La única aclaración al respecto es que, como precisa la sentencia, corresponde a la empresa acreditar esa mala utilización.

X. Compensación de gastos por no devolución de bienes

Aunque expresamente no prevé legalmente, se sobreentiende que, cuando se extingue el contrato de trabajo a distancia, el trabajador debe devolver a la empresa los equipos que se le hayan proporcionado, ya que como acabamos de ver son propiedad de la propia empresa. En este contexto, el acuerdo de trabajo a distancia prevé que, en el caso de que no los devuelva, al trabajador se le descontará su valor del finiquito, o en su defecto, se le reclamará judicialmente. La sentencia del Tribunal Supremo considera que esta previsión es correcta, pues el valor de los bienes no devueltos puede ser objeto de compensación con las deudas salariales componentes del finiquito.

Es llamativo que la legislación laboral de manera directa no trata las posibles facultades empresariales de compensación de deudas del trabajador, a pesar de que puede tratarse de un supuesto que se puede producir en determinados supuestos. Eso sí, el silencio por parte de la normativa laboral no supone prohibición de hacerlo. Ante una laguna de estas características, el carácter supletorio del Código Civil permite la aplicación de los preceptos sobre esta materia, en particular su artículo 1.156, conforme al cual tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. Del mismo modo, resultan de aplicación el resto de los preceptos del Código Civil relativos a condiciones y procedimientos de realización de la compensación (arts. 1.195 y siguientes y 1.202). Son variadas las sentencias del Tribunal Supremo que han dado por válida la compensación

efectuada por el empleador en diversos supuestos (por todas, STS 19 de enero de 2021, rec. 3108/201, ECLI:ES:TS:2021:178), aunque esta es la primera ocasión en la que lo refiere a la no devolución de los bienes no devueltos a la finalización del trabajo a distancia.

XI. Obligación de disponibilidad durante las horas de trabajo

Finalmente, se analiza la cláusula del contrato tipo de trabajo a distancia cuando dispone que, durante las horas de trabajo y/o en lugares de trabajo fuera de la empresa, el trabajador debe encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de empresa. La sentencia con toda lógica sitúa este deber al margen del derecho a la desconexión digital, que siempre es fuera del horario de trabajo. Por tanto, la sentencia interpreta correctamente que constituye una exigencia conforme a la legalidad la pretensión empresarial de que durante el tiempo de trabajo el trabajador esté conectado.

No obstante, también conviene llamar la atención sobre el hecho de que la redacción de la cláusula resulta algo confusa, cuando no se refiere sólo a la obligación del trabajador durante las horas de trabajo, ya que añade “y/o” fuera de la empresa; literalmente leído podría suponer que también se está exigiendo ese deber de encontrarse accesible fuera de las horas de trabajo. Por ello, la sentencia viene a releer la cláusula refiriéndola exclusivamente a un deber durante la jornada laboral. Si lo fuese extendido fuera de la jornada laboral sí que estaríamos afectando al derecho a la desconexión digital, en cuyo caso deberíamos reiterar lo dicho por la sentencia de que ello se hace sin atender al deber a la consulta previa con los representantes de los trabajadores, de lo que derivaría la nulidad también de la cláusula contractual en esta concreta lectura.

Poder de dirección empresarial y plataformas digitales de trabajo

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. La repercusión de la utilización de los sistemas por algoritmos en la calificación jurídica de la relación de trabajo

Como ya se indicará por la doctrina laboral hace ya tiempo, la titularidad y el ejercicio de los poderes empresariales es el rasgo que identifica en positivo la posición del empresario laboral que se configuro legalmente desde su origen como un concepto reflejo o traslativo de la noción de trabajo asalariado (art. 1.2 ET). Dicho concepto legal ha permanecido prácticamente inmutable durante los más de 40 años que han transcurrido desde que se ha aprobado el ET. Sin embargo, es claro que las transformaciones de las organizaciones productivas y de las relaciones de trabajo ha sido exponencial, pese a la resistencia del precepto clave sostenido en el reconocimiento de la dependencia y ajenidad para la identificación de ambos sujetos del contrato de trabajo¹. Ahora bien, bajo nuestro punto de vista, sí se ha de indicar que el elemento de cambio más novedoso en los últimos tiempos en el ejercicio de esos poderes empresariales que permiten el reconocimiento de la subordinación jurídica es, sin duda, la incorporación de la tecnología en los procesos productivos con la expansión de la digitalización de la economía. Dicha transformación ha incidido decisivamente en el modo de organización de las estructuras empresariales, repercutiendo en las formas de trabajar y organizar el trabajo, y consecuentemente en el desarrollo de los vínculos de trabajo que se formalizan bajo estos procesos.

¹ Sobre el particular, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., “Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, La evolución de las relaciones de trabajo en 40 años de Estatuto de los Trabajadores*, n° 444, 2020, págs. 23-58.

Con carácter general, existe un consenso acerca de que la tecnología ha robustecido y fortalecido el poder empresarial, sirviendo para ahondar el desequilibrio existente en la relación laboral². La digitalización ha tenido el poder de impactar en todas las facultades que lo integran, que, como ya indicara el profesor Montoya Melgar en su obra clásica “El poder de dirección del empresario”, Universidad de Sevilla, en 1962, está compuesto por la facultad ordenadora, de control, *ius variandi* y organización y dirección del trabajo. Por razones de espacio, nos vamos a limitar a los cambios que se han producido a raíz de la expansión de las plataformas digitales que recurren a los sistemas de algoritmos para la adopción de un variado número de decisiones empresariales, pese a reconocer que los sistemas basados en inteligencia artificial se está propagando a una velocidad vertiginosa a modelos de negocio cada vez más distintos y diversos. No obstante, como ha indicado la OIT, “la economía de plataformas es una de las manifestaciones más significativas de los cambios inducidos por la digitalización del mundo del trabajo, transformando radicalmente las formas en que se organiza y se ejecuta el trabajo, lo que plantea nuevos retos a la hora de garantizar que los trabajadores de plataformas tengan acceso al trabajo decente”³. Por ello, la organización internacional ha venido realizando una importante labor orientada a que en 2026 se pueda disponer de su primera norma internacional sobre el trabajo decente en la economía de plataformas,

Y es que se ha de llamar la atención sobre la creciente respuesta normativa internacional y nacional frente a estos sistemas con un objetivo nuclear: mejorar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras con el objetivo de frenar las prácticas empresariales sin control que se estaban imponiendo, con un grave riesgo para el empleo y las condiciones laborales. Y ello, porque la legislación laboral no estaba en su origen preparada para afrontar los retos que se producen, cuando entra en juego la utilización de los algoritmos en la gestión del trabajo, al haber afectado directamente a modo en que se puede ejercitar el poder de dirección empresarial, estableciéndose una relación con matices distintos entre trabajador y empresa. La gestión algorítmica entra directamente en el corazón o en la esencia de los poderes organizativos, de dirección y control del trabajo, pero lo hace de una manera diferente a la tradicional, que lejos de lo que se pudiera en principio pensar no los debilita o reduce en su intensidad, en favor de una mayor autonomía de quienes prestan sus servicios para la misma, sino que por el contrario los robustece. La dirección y organización del trabajo adquiere una mayor precisión y detalle -determina rutas, ritmos de trabajo, plazos de entrega etc- y se ejerce en cualquier tiempo y lugar, el poder de control y vigilancia en el trabajo se agudiza a través de geolocalizadores, videovigilancia u otros sistemas de monitorización que no sólo controlan el resultado, sino que pueden supervisar su ejecución al instante, y, finalmente, el poder sancionador es facilitado a través de la acreditación de los incumplimientos laborales cuya trazabilidad permite su más fácil comprobación⁴.

² CRUZ VILLALÓN, J., “El poder directivo del empleador en el marco de la inteligencia artificial en España”, en BARBERA, M., y GUAGLIANONE, L., *Welcome to the machine. Lavoro e intelligenza artificiale*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2023, pág. 95.

³ OIT, *Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas*, Informe V.

⁴ TODOLI SIGNES, A., “La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva”, *Revista de trabajo y seguridad social. CEF* (2023),

Como se debatió en su origen, dicha cuestión crucial fue la primera que se dirimió en España a raíz de las plataformas de reparto de productos o mercancías, a la que se había de dar respuesta, fijándose la calificación jurídica de la relación contractual que mantenían las personas trabajadoras que desempeñaban la prestación de servicios para una plataforma. Una importancia crucial en su resolución tuvo en primera instancia la Inspección de Trabajo y por supuesto quien resultó decisivo fue el Tribunal Supremo, que tras varios pronunciamientos judiciales contradictorios en tribunales de instancia, recurrió a la conocida jurisprudencia de indicios para delimitar la frontera entre el trabajo autónomo y asalariado, flexibilizando la noción de dependencia o subordinación jurídica en aras de profundizar sobre su significado real en el novedoso entorno tecnológico⁵. Como se puso al descubierto en distintos pronunciamientos judiciales, lo cierto es que el empleador-plataforma era el responsable de la fijación de los aspectos más decisivos que configuraban la relación de trabajo y su desarrollo, recurriendo a una aplicación informática o *app* basada en la gestión algorítmica y en su caso a una página web, que se erigía en el recurso esencial e imprescindible para la prestación del servicio a los clientes. Se configuraba así una prestación de servicios enormemente flexible en el lugar de desempeño y en sus tiempos de ejecución, configurando un trabajo ágil, dinámico y muy eficiente desde la óptica empresarial, que sin duda se separaba de los criterios tradicionales o clásicos que habían identificado al trabajador asalariado con una noción de dependencia apoyada reconocible en unos indicios mucho más rígidos que los que permite la IA⁶.

Y es que, como indicaba CRUZ VILLALÓN, “con la gestión algorítmica y la implantación de la IA el ejercicio de los poderes organizativos y de control propio del empleador en el trabajo subordinado cambia de forma de expresión y de modo de desarrollo, pero pervive cualitativamente a todos los efectos”⁷. Bajo nuestra perspectiva, con carácter general, la balanza se inclina a favor de la laboralidad de la relación de trabajo, que aparentemente autónoma, esconde una subordinación jurídica endurecida e intensa frente al titular de la plataforma que dirige, organiza y controla sustancialmente el trabajo que se lleva a cabo para la misma. Como se sabe, la dificultad de la aplicación práctica de la laboralidad de la relación contractual en el mercado de las plataformas digitales provocó la aprobación de la Ley 12/2021 que fijó la presunción de laboralidad pero contraída a las plataformas digitales de reparto, fundamentándose nuclearmente en la presencia de las “facultades empresariales de organización, dirección y control (...) mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo” (Disp. Adicional 23ª ET). Por tanto, la norma legal marcada por sus antecedentes configuro el ejercicio de los poderes empresariales y, consecuentemente, la presencia de la subordinación o dependencia jurídica en la clave de la calificación de la relación de trabajo. Ahora bien, su campo de visión quedó sustancialmente limitado

nº 476, págs. 73 a 79. También, TODOLI SIGNES, A., *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Pamplona, págs. 55 y ss.

⁵ STS 25 septiembre 2020, Rec 4746/2019.

⁶ MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, págs. 74 y ss.

⁷ “El poder directivo del empleador en el marco de la inteligencia artificial en España”, *cit.*, p. 96.

a un ámbito de actuación, debiendo próximamente ser revisado normativamente a la luz de la aprobación de la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, que ha optado por la incorporación de la presunción legal de laboralidad en cualquier plataforma digital de trabajo (art. 5).

Indudablemente, la norma comunitaria amplía enormemente el espectro de la laboralidad de las relaciones de trabajo de las plataformas digitales, puesto que no limita la presunción a un sector de actividad, sino que puede estar implicado cualquier actividad productiva u ocupación, puesto que lo esencial para que opere es que, de una parte, intervenga una plataforma digital de trabajo, y de otra, el modo en que se organice y gestione el trabajo por dicha plataforma. En suma, la clave esencial es cómo se ejercitan los poderes empresariales. Por tanto, es fundamental para que actúe la presunción que en la relación este implicada “una plataforma digital de trabajo” definida como una persona física o jurídica que presta un servicio a petición de un destinatario o tercero, en el que en todo o en parte se utilicen medios electrónicos, básicamente por medio de un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles que se valgan de sistemas automatizados de seguimiento o sistemas automatizados de toma de decisiones (art. 2.1). Finalmente, como elemento necesario y esencial de la plataforma se indica que la organización del trabajo se realizará por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado.

A partir de ahí la laboralidad se presupone al entender que la plataforma ejerce la “dirección y control” del trabajo que se lleva a cabo, primando el principio de la realidad frente a la denominación formal adoptada por las partes, o lo que es lo mismo, lo fundamental serán “los hechos relacionados con la realización real del trabajo”, al margen del *nomen iuris*, siendo la plataforma la que tendrá que desvirtuar la presunción *iuris tantum* que se configura legalmente con la Directiva de plataformas, que deberá ser objeto de trasposición antes del 2 de diciembre de 2026. Asimismo, es importante subrayar que la presunción opera tanto si la relación de trabajo con la plataforma es directa, o si es a través de intermediario, incidiendo acertadamente en las cadenas de subcontratación, puesto que las personas trabajadoras que directa o indirectamente preste sus servicios para una plataforma han de disfrutar del mismo nivel de protección que sí hubieran sido contratados directamente por dicha entidad, puesto que se entiende por la norma comunitaria que dicha plataforma digital es la beneficiaria última de su trabajo.

El último aspecto a reseñar nada desdeñable es que la norma prevé que los Estados dispongan de “procedimientos adecuados y eficaces para verificar y garantizar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas” (art. 4.1.). Dichos procedimientos en principio no están pensando en una reclamación judicial individual, sino de dimensión colectiva, bien se promoverá de oficio o a instancia de parte por la Inspección de Trabajo, o se liderará por las representaciones colectivas de los trabajadores con el fin de restablecer la situación laboral correcta de quienes prestan servicios para una plataforma digital. Es una

garantía esencial para que los objetivos de la directiva tengan éxito en un mercado de trabajo enormemente precarizado.

II. La repercusión de los sistemas de algoritmos en la gestión del trabajo asalariado

Por otro lado, el sistema por algoritmos va sirviendo en la gestión progresiva de cada vez más decisiones empresariales que configuran el ejercicio del poder empresarial y afectan a sus condiciones de trabajo, habiendo recibido una reglamentación específica en el ámbito de las plataformas por la Directiva 2024/2831. De una parte, las tecnologías basadas en algoritmos permiten sistemas automatizados de seguimiento que se utilizan o sirven de apoyo para la supervisión, el control o la evaluación por medios electrónicos del trabajo de personas que realizan trabajo en plataformas, o de actividades del entorno laboral mediante la recopilación de datos personales. De otra, los sistemas automatizados de toma de decisiones se utilizan para adoptar o respaldar decisiones empresariales que afectan a la contratación de las personas que trabajan en las plataformas, el acceso a las tareas asignadas y la organización de las mismas, retribuciones, fijación del precio de la tarea, su seguridad y salud, su tiempo de trabajo, formación y promoción profesional y “su situación contractual incluida la restricción, suspensión o cancelación de sus cuentas” (art. 1 i)). La mera lectura de dichas disposiciones conduce a entender que los sistemas automatizados sirven de una u otra forma para adoptar las principales decisiones empresariales que configuran el ejercicio ordinario y extraordinario del poder de dirección, organización y control empresarial, hasta poder alcanzar incluso al poder disciplinario en la relación de trabajo.

La gestión algorítmica provoca que el proceso de adopción de decisiones sea más ágil y eficiente, reforzándose la capacidad de decidir de la empresa, mediante mecanismos dotados de una supuesta objetividad o neutralidad, pero que pueden producir resultados lesivos de los derechos de las personas trabajadoras aun cuando éstos no sea deseados⁸. De esta forma, cuando comienzan a funcionar emerge la idea de que la utilización de algoritmos permite adoptar decisiones plenamente acertadas y objetivas, al no ser éstas adoptadas por humanos, sino por la propia máquina, al postularse la genuina idea de que “los números no mienten”⁹. Y es que en esta economía de plataformas, y a través de estos sistemas automatizados se configura un empleador frío, puesto que la relación se digitaliza y se despersonaliza, deshumanizándose a un tiempo, teniendo en su poder la propiedad de los medios principales para prestar el servicio que condicionan por entero el trabajo, pero sin apenas contacto personal y directo con el asalariado¹⁰. Dicha deshumanización provoca que se llegue incluso a afirmar que “el algoritmo se está convirtiendo en el jefe de ciertos empleados”¹¹.

⁸ PÉREZ DEL PRADO, D., “Poder de dirección del empresario y digitalización: nuevos límites desde el plano colectivo”, en GARCÍA GONZÁLEZ, G., y MORENO SOLANA, A., *La negociación colectiva ante los nuevos retos jurídico-laborales*, ed. Dyckinson, Madrid, 2023, pág. 368.

⁹ Idea que destierra GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información”, *Revista Trabajo y Derecho*, 2022, nº 86, págs. 10.

¹⁰ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., “Claves y evolución del concepto de empresario laboral o empleador en los 40 años del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pág. 83 a 88.

¹¹ ALOISI, A. y DE STEFANO, V., *Your boss is an algorithm: Artificial Intelligence, Platform work and Labour*, ed. Hart Publishing, 2022.

Ahora bien, lo cierto y verdad es que la utilización de algoritmos y sistemas de IA en la gestión del trabajo implica grandes riesgos de intrusión en la intimidad y los datos personales de la persona trabajadora, pues las empresas adquieren una capacidad enorme para acceder sus datos e interconectarlos entre sí, lo que provoca que ésta se haga “plenamente transparente” a los ojos del algoritmo¹². De igual modo, las facultades empresariales de control se amplían considerablemente, permitiendo el acceso instantáneo a información relacionada con la productividad o el tiempo de trabajo, con los riesgos para la salud psicosocial de la persona trabajadora que ello conlleva, sin obviar las eventuales lesiones que se pueden producir en la igualdad de trato en el trabajo, por la introducción consciente o inconsciente en su diseño u aplicación de sesgos discriminatorios.

Ante este escenario, resulta fundamental poner límites a la gestión de los sistemas algorítmicos y sistemas de inteligencia artificial en las relaciones de trabajo, tutelando así los derechos de las personas trabajadoras. Como expondría el profesor Montoya Melgar, “la autolimitación no es suficiente, por lo que se impone necesariamente también la heterolimitación”¹³. En el marco europeo, ya se introdujo el Reglamento 2016/679 de protección de datos personales que reglamenta distintas exigencias frente al uso de sistemas automatizados con el objetivo de tutelar el derecho a la protección de datos personales. En fechas más recientes, se ha aprobado el Reglamento 2024/1689, de inteligencia artificial que se enfoca en el nivel de riesgo de los distintos sistemas de IA, identificando los que en el ámbito laboral son de mayor o menor riesgo, para articular determinadas garantías de obligado cumplimiento en el entorno del trabajo (Vid. art. 6.2, Anexo III).

Ahora bien, a estos efectos, resulta fundamental las previsiones dispuestas por la Directiva de plataformas para proteger la posición de estas personas trabajadoras frente al ejercicio automatizado de los poderes empresariales¹⁴. Dicho en esquema de síntesis, se establece una doble garantía en torno al principio de transparencia en relación a los sistemas automatizados que son resultado siempre de una programación humana que implica un deber de información muy completo sobre el diseño y utilización de los sistemas en todo su alcance, así como las condiciones laborales a las que afectan, cuyo destinatario son los representantes de los trabajadores, las personas que trabajan para la plataforma y las autoridades nacionales competentes. Asimismo, es importante destacar que “la información se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo” (art. 9.2, tb arts. 13 y 14).

La segunda de las garantías que resultan esenciales para reducir la indefensión que generan estos sistemas algorítmicos para las personas que trabajan bajo este régimen, es el principio de intervención humana. La norma comunitaria establece todo

¹² EXTREMEIRA MÉNDEZ, F.M., “Al fin la Directiva 2024/2831 sobre condiciones de trabajo en plataformas: retos y oportunidades de su trasposición al Derecho español”, *Revista Lex social: Revista de los derechos sociales*, Vol. 15, nº 1, 2025, pág. 16.

¹³ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Universidad de Sevilla, 1962, págs. 217 a 236.

¹⁴ TODOLÍ SIGNES, A. “La Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo. Contenido y propuestas para la trasposición”, *Briefs AEDTSS*, nº 40, 2024.

un conjunto de disposiciones en las que se incorpora al humano o persona humana, con el objetivo de recuperar la “humanización” en la relación de trabajo, desterrando la idea de que la decisión ha sido adoptada por un algoritmo, debiendo imputarse a una persona que se erige en sujeto obligado y responsable directamente o por delegación del empresario (art. 20.1 ET)¹⁵. En este contexto, la Directiva 2024/2831 construye en torno a la garantía de intervención humana un régimen de rendición de cuentas, en virtud del cual las plataformas quedan obligadas a revisar y explicar las decisiones adoptadas por los sistemas automatizados implementados por éstas¹⁶. De este modo, la norma prevé el derecho a “obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo, sin demora indebida” sobre cualquier decisión adoptada o respaldada por sistemas automatizados (artículo 11.1). A tal efecto, se deberá nombrar una “persona de contacto” a la que las personas trabajadoras puedan acceder para “debatar y aclarar los hechos, circunstancias y motivos que hayan conducido a la decisión”. Del mismo modo, la plataforma digital deberá informar mediante una declaración escrita sobre los motivos de toda decisión respaldada o adoptada por un sistema automatizado de la que deriven efectos perjudiciales para la persona trabajadora o afecte a aspectos esenciales del empleo (artículo 11.1). Expresamente, se incluyen las decisiones empresariales dirigidas a restringir, suspender o cancelar la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas, o negar la remuneración por el trabajo realizado.

En suma, las decisiones adoptadas en el ejercicio de los poderes empresariales que sean apoyadas, respaldadas o adoptadas por un sistema automatizado o sistema por algoritmos debieran ser, a partir de la trasposición de la Directiva, explicadas en su motivación y fundamento por una persona física. Se recupera así la personalización del poder empresarial y se abandona la concepción algorítmica de dicho poder, siendo fundamental que el legislador español establezca expresamente dicho conjunto de garantías en el propio Estatuto de los Trabajadores. Nuestro ordenamiento no ha llevado consigo hasta el momento la incorporación, en términos generales, de las exigencias previstas en materia transparencia, control e intervención humana, optando sólo por un mero derecho de información colectiva sobre las reglas de funcionamiento de los sistemas de IA usados en la empresa que a todas luces es insuficiente a la luz de las nuevas disposiciones (art. 64.4 d) ET). Corresponde al legislador desarrollar y fijar los límites del ejercicio del poder de dirección cuando entran en juego dichos sistemas, incluyendo y contemplando a los titulares de las plataformas digitales como centro de imputación de derechos y obligaciones, sin que el ejercicio del poder de dirección se pueda desplazar al gestor del algoritmo por más que sea éste quien programe, implante y ejecute el sistema algorítmico. El empleador continúa siendo el titular del contrato de trabajo, con independencia de que se utilicen dichos sistemas automatizados para ejercer el poder de dirección empresarial, y, consecuentemente, también se erige en el titular del poder de dirección con todas las consecuencias que ello conlleva.

¹⁵ Vid. en esta dirección CRUZ VILLALÓN, J., “El poder directivo del empleador en el marco de la inteligencia artificial en España”, *cit.*, pp. 106-107.

¹⁶ EXTREMERA MENDEZ, F.M., “Al fin la Directiva 2024/2831 sobre condiciones de trabajo en plataformas: retos y oportunidades de su trasposición al Derecho español”, *cit.*, pág. 20.

El poder de dirección en el teletrabajo

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

I. Introducción

El poder de dirección y el teletrabajo, por definición, no hacen buena pareja. La distancia hace que las posibilidades de controlar sean menores. Desde hace décadas se advierte que el “control a distancia”, a priori, resulta más complicado que el directo, surgiendo en el empleador el miedo a perder el control sobre sus remotos subordinados¹. Pero siempre habrá un control, porque “el poder de dirección posee una dimensión *instrumental*, que conecta en cada momento su empleo con los sistemas de organización de la producción y los métodos de desarrollo del trabajo imperantes”².

Las posibilidades de controlar a distancia han ido aumentando a medida que la tecnología lo ha ido permitiendo. La tecnología, y el software, posibilitan monitorear el trabajo de los empleados, hasta límites casi invasivos con su intimidad y dignidad³. Hay casos en los que trabajar a distancia no es obstáculo para un poder de dirección intenso, aunque siguen habiendo muchas situaciones en las que el control es generalmente menor, dado que si se decide trabajar en el hogar, los límites inherentes a la privacidad derivada del lugar de trabajo son un importante límite al control, sobre todo en caso de

¹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “2Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo* (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 939 y ss.

² SANGUINETI RAYMOND, W.: “El poder de dirección ante el cambio económico y productivo y la emergencia de la inteligencia artificial”, *Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales* núm. 109. 2024, págs. 1 y 2.

³ Un análisis de los principales instrumentos de control digital, en BLANCAS BUSTAMANTE, C., “El poder de dirección del empleados y las nuevas tecnologías”, disponible en <https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IX-Congreso-Nacional-full-555-620.pdf>.

teletrabajo *off line*, dado que se carece de una “vigilancia directa e inmediata por parte del empresario”⁴.

Es algo más frecuente, y que seguirá aumentando. La generalización del trabajo a distancia y del teletrabajo, acelerada de la mano de la pandemia, puso de manifiesto -entre otras cuestiones- que el recelo que todo empleador siente cuando no tiene un control directo del empleado. Tan es así, que pese a los pronósticos que algunos hacían de que “el teletrabajo había llegado para quedarse”, lo cierto es que posteriormente numerosas empresas optaron por revertir el proceso, apostando por la presencialidad o a lo sumo el teletrabajo intermitente y como medida para facilitar la conciliación familiar. Ni en el sector público ni en el privado se concibe como el modo habitual de prestación de servicios.

II. El control y dirección del empleador en el trabajo prestado a distancia

Para que el poder de dirección sea efectivo en el trabajo a distancia requiere adecuar las formas de control y concretar las particularidades que rodean el puesto. La propia “implantación del teletrabajo exige una necesaria actividad de previa gestión y organización de la propia actividad de la (empleadora) (conocimientos de las actividades y contenidos de los puestos, automatización, rediseños de puestos de trabajo...), a lo que se unen una particular “planificación de recursos humanos” y la implementación de una “evaluación del cumplimiento” en remoto para el control del desempeño, que debe basarse en objetivos y calidad del trabajo, más que en el control de tiempos”⁵.

Es un control adaptado al tipo de trabajo, por lo que un trabajo online demanda un control a través de medios digitales. Así, certeramente se ha indicado que emergen “poderes de control tecnológico”⁶.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, agrupa en un mismo Capítulo la regulación de las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia. Es el Capítulo IV, que realmente no puede considerarse un marco detallado del poder de dirección y el control empresarial de ese tipo de actividad, ya que solo uno de los preceptos hace una referencia genérica al control empresarial (el 22), mientras que el 20 y 21 recogen los deberes que recaen sobre las personas trabajadoras para cumplir instrucciones sobre dos aspectos muy específicos: protección de datos y seguridad de la información (artículo 20); y condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos (artículo 21).

El artículo 22 Ley 10/2021, intitulado “Facultades de control empresarial”, señala el marco general del control, indicando que “la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la

⁴ LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2025, pág. 124.

⁵ VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Régimen de prestación de servicios en el teletrabajo”, en *Régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones Públicas* (Dir. CASTILLO BLANCO y MALDONADO MOLINA), Ed. Dykinson, Madrid, 2024, págs. 130 y 131.

⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020, pág. 270.

persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”. Por tanto, parte de la admisión de tipo de control pero con dos límites: el respecto de la dignidad de la persona; y la adecuación a cualesquiera circunstancia personales confluyan, como sería la discapacidad (fórmula similar a la contemplada en el art. 20.3 ETT, cuestión criticada por la doctrina, al mantener la desfasada redacción original⁷). A estos límites hay que añadir un tercero, previsto en los artículos 20 bis ETT y artículo 17 Ley 10/2021: el respecto a la intimidad, cuestión clave cuando el trabajo se presta en el domicilio (ya sabemos que no todo trabajo a distancia se presta en el domicilio, pero es lo más frecuente).

En efecto, el artículo 20 bis ETT reconoce a las personas trabajadoras el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En concreto, el artículo 87 Ley Orgánica 3/2018 garantiza el derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador. Pero a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos, permite que el empleador acceda a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a las personas trabajadoras. Los números 3 y 4 fijan unas leves garantías: los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente, contemplando que en su elaboración deben participar los representantes de los trabajadores. Y por otro, que el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización.

Y más orientado al empleador, el artículo 17 Ley 10/2021 se dedica a los límites que no debe rebasar el empleador en el control tecnológico so pena de vulnerar el derecho a la intimidad. Y con esa finalidad, hace una primera declaración genérica, y es que el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados. Pero a continuación excluye determinados sistemas de control si se usan en dispositivos que no sean de la empresa, salvo que la persona trabajadora los consienta: la empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo

⁷ SANGUINETI RAYMOND, W.: “Intimidad del teletrabajador y control del empresario”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 85, 2022.

a distancia. Esta segunda regla es asistemática en este precepto, ya que se orienta a no obligar a que la persona trabajadora suministre la herramienta de trabajo.

Desarrollando el respeto a la intimidad, el número 3 del artículo 17 Ley 10/2021 concreta que “Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras”. Por tanto, el respetar estos criterios es un deber empresarial a la hora de implementar el control⁸. Y a continuación añade que “Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

Todo este análisis conduce a concluir que la regulación deja en el aire cuestiones clave, como puede ser el uso o no de la videovigilancia o la geolocalización en teletrabajo a domicilio, cuestiones que deberían contemplarse legalmente⁹, si bien en el caso de la videovigilancia es más fácil de considerar que excede los estándares mínimos y los usos sociales, claramente. Y en caso de que se admitiera por concurrir razones de seguridad para la adecuada protección de los equipos o cuando el teletrabajador tenga acceso a datos sensibles, deberá limitarse la filmación a la zona en que se desempeñe el trabajo¹⁰. Respecto de grabaciones sonoras, el artículo 89 LO 3/2018 sí que recoge una regulación más clara, al admitirlo solo cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima.

III. El control de la prevención de riesgos laborales

En materia de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, PRL), tanto antes como después del COVID-19, el teletrabajo ha tenido una regulación parca, en ocasiones era casi inexistente, quedando todo lo más en una declaración genérica del derecho a la salud laboral de quienes prestan sus servicio a distancia, en las mismas condiciones que los presenciales, y remitiéndose a la normativa aplicable en la materia. En la práctica, se centraba en modificar el régimen de la evaluación de riesgos, pasando de hacerla el empleador, a ser autoevaluado por la persona trabajadora.

⁸ DE CASTRO MARÍN, E.: “El poder de control empresarial tras la promulgación del Real Decreto-ley 28/2020, de trabajo a distancia”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X. (Dirs.): *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre*, Madrid, Wolter Kluwer, 2021, pág. 338.

⁹ LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, cit., pág. 208.

¹⁰ POQUET CATALÁ, R., “La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, enero-junio 2018, vol. 8, núm. 1/2018, pág. 121; OLMOS PARÉS, I., “El poder de dirección y los medios de control del empresario en el teletrabajo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* Vol. 25 (2021), pág. 167.

Así, el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su artículo 5 contempló el trabajo a distancia como mal menor frente a la otra alternativa, que era el cese de la actividad, con lo que podría llamarse “teletrabajo improvisado”¹¹, que en lo relativo a la prevención de riesgos laborales recogía una sola indicación: excepcionalmente se relajaban las obligaciones empresariales al respecto¹².

La prioridad era mantener en la medida de lo posible la actividad económica, implementando un modo de organización capaz de minimizar el proceso de contagios. Ese era el riesgo a prevenir (el contagio), mientras que los demás riesgos eran menores¹³. Y es que sin perjuicio de los riesgos derivados del trabajo a distancia, como balance general hay que adelantar que en esta modalidad de trabajo hay menos riesgos que los existentes cuando el trabajo se presta en el centro de trabajo (eliminar los peligros del camino ya hace que estadísticamente baje considerablemente la siniestralidad). Por ello, y ante la imposibilidad de que el empleador evaluara los riesgos existentes en el lugar elegido por la persona trabajadora, se optó por una autoevaluación voluntaria, que es una forma de que se tome conciencia y preste atención a los riesgos existentes¹⁴. La voluntariedad en la autoevaluación de riesgos se contempló como algo excepcional, porque las normas donde se recogían eran excepcionales.

Posteriormente se mantendrá la autoevaluación, pero no ya como algo voluntario, sino obligatorio. Supone trasladar a la persona teletrabajadora una carga que normalmente le corresponde al empleador, y supone invertir el responsable de velar por la salud laboral, eximiendo al empleador de la carga de evaluar los riesgos, pero además fijando la responsabilidad de la teletrabajadora en el cumplimiento de las medidas a implementar. Y es que cuando el empleador necesita información acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona que teletrabaja, necesita de la colaboración necesaria del trabajador (salvo que autorice la entrada al domicilio), para poder evaluar y prever los riesgos de ese puesto. Por ello los “cuestionarios que deben ser respondidos, obligatoriamente, por el trabajador bajo la obligación de cooperar con el empresario en la garantía de unas condiciones eficaces de seguridad y salud”¹⁵.

¹¹ MUROS POLO, A.: “Riesgos laborales en el teletrabajo y medidas preventivas adecuadas: luces y sombras”, en *Trabajo y Derecho* núm. 81/2021, septiembre, pág. 1.

¹² En concreto, se indicaba: “Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”.

¹³ MALDONADO MOLINA, J.A.: “La prevención de riesgos laborales en el teletrabajo del sector público”, en *Régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones Públicas* (Dirs. CASTILLO BLANCO y MALDONADO MOLINA), Ed. Dykinson, Madrid, 2024, pág. 136.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Luces y sombras del teletrabajo a domicilio en una nueva economía de bajo contacto”, *Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 233, 2020, pág.184.

¹⁵ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Buenas prácticas en el teletrabajo: priorizando la salud de los trabajadores”, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B. (Dir), *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*. Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 19.

Lo importante son las garantías que rodeen la autoevaluación. Y es que no es igual que se realice la evaluación tras recibir formación, que antes. Y el contenido del autocuestionario, y su revisión por el Servicio de PRL es clave, igualmente. Pero hay un problema, y es que la autoevaluación puede cumplir un papel preventivo en orden a los riesgos ergonómicos o de usos de equipos, iluminación, uso de pantallas, pero difícilmente cumple tal objetivo con los riesgos de tipo psicosocial. Además, se corre el riesgo de minusvalorar unos riesgos que no siempre son fáciles de prevenir, porque trabajar en el domicilio supone introducir hábitos laborales en un medio que no está concebido para ello, con riesgos que en ocasiones provocan problemas de salud en el largo plazo (como ocurre con los riesgos ergonómicos, iluminación) o difícilmente evaluables, como son los psicosociales o los derivados del sedentarismo. Precisamente en el contexto de la pandemia, estos riesgos psicosociales fueron más graves por la incertidumbre sobre la viabilidad de la empresa ante una coyuntura económica adversa, de la presión familiar consecuencia del confinamiento en el domicilio de menores o de mayores necesitados de cuidados o de la carencia de espacios y herramientas adecuados, como indica Rodríguez Escanciano¹⁶. Por ello, esa evaluación de baja intensidad (como es la autoevaluación), debiera compensarse con mayor formación e información, para mejorar la concienciación y la asunción de hábitos de vida ordenados (temporalmente) y saludables.

¹⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”, *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (11,2020), pág. 47.

La plataforma digital de trabajo como instrumento de ejercicio del poder de dirección empresarial (Comentario de la Sentencia 166/2025 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, de 10 de julio)

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

I. Síntesis de la sentencia

JUST-EAT demanda a dos entidades de GLOVO por deslealtad (competencia desleal) por beneficiarse de un sistema de contratación de “falsos autónomos”, que la jurisdicción social ha terminado declarando ilegal. No existe ventaja competitiva adquirida con infracción de leyes, y no se aprecia vulneración de la normativa laboral. Con lo que, en el fallo, la demanda es íntegramente desestimada.

II. Introducción

Al iniciar el comentario esta sentencia, conviene ya advertir que se hará particular hincapié en aquellos argumentos que inciden, desde el ámbito laboral, en las nuevas manifestaciones del poder de dirección que vienen ejerciendo las plataformas digitales de trabajo. Para justificar el interés de proceder a su realización aquí, valgan las palabras del propio juez, cuando dice ser plenamente consciente de que “la clave de bóveda de este procedimiento se residencia en el ámbito del derecho laboral”. Con lo que, a la vista de la sentencia, y de acuerdo con el tema que nos ocupa, nos centraremos en las consideraciones realizadas en ella en torno a despejar si la plataforma es o no inexorablemente, y en todo caso, un instrumento de ejercicio del poder de dirección.

Para lo cual, hay que tener bien en cuenta que, en el contexto actual de rápida evolución tecnológica y digital, resulta cada vez frecuente la presencia de las plataformas digitales en la economía, implicando diferencias notorias, con la de las

empresas tradicionales, en la forma de operar en el mercado laboral. Hasta el punto de que se ha hecho preciso redefinir algunos de los elementos característicos del trabajo por cuenta ajena, que han dado lugar en muchos casos a encuadramientos incorrectos en el Sistema de Seguridad Social. Con lo que entendemos resultará preciso referirse, en nuestro análisis, a la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, que trata de hacer frente a los riesgos asociados a la expansión de este trabajo, particularmente en lo relativo a la eventual clasificación errónea de la situación laboral de quienes realizan el trabajo y al uso, por tales plataformas, de sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones. Con plazo, para su transposición por los Estados miembros, hasta el 2 de diciembre de 2026.

Como, asimismo, es de tener presente el fenómeno de fraude en el mercado de trabajo que representa la figura del falso autónomo, que presta servicios bajo las aparentes condiciones de una relación laboral, aunque sin disfrutar de los derechos y protección propios de una persona trabajadora. Lo que, además de desproveer a las personas trabajadoras de sus derechos laborales y de sus prestaciones, al reducir los costes laborales y de Seguridad Social de las empresas, provoca una clara distorsión en la competencia leal entre empresas.

III. Argumentos principales y su comentario valorativo

Tras afirmar que el abordaje de la sentencia lo hace desde una perspectiva básicamente económica y mercantil, sostiene el Juez que el escenario regulado por el derecho de la competencia tiene poco que ver con la naturaleza tuitiva y proteccionista del derecho del trabajo. Ya que, dice, aquí de lo que se trata es de garantizar las mismas condiciones para todos los partícipes en el juego. Y añade, en esta inusual¹ sentencia, que “eso es lo que significa la libertad de empresa; reglas, cuantas menos mejor, para todos iguales y el resto debe ser el resultado de las interacciones en el mercado porque, sin duda, se trata del mejor instrumento de asignación de recursos jamás inventado por la mente humana”.

Momento este que entendemos preciso para recordar lo que, de forma inmejorable, expresó el Profesor MONTROYA²: que la libertad de empresa y la discrecionalidad del poder del empresario no son absolutas, pues entonces se trocarían en arbitrariedad, sino que han de adecuarse a las limitaciones fijadas por el Ordenamiento. Y que el ejercicio del poder del empresario debe adaptar el interés empresarial al “interés del sistema” o interés general, ajustándose a criterios de racionalidad técnico-productiva, y debe además respetar los derechos e intereses legítimos de los trabajadores. Resultando, así, que libertad de empresa y poder del empresario tienen un límite externo, impuesto por el conjunto de derechos y facultades que integran el estatuto jurídico del trabajador.

¹ Como “peculiar” ha sido calificada, cundo también incorpora una introducción metodológica del Juez, por MORALES ARAGÓN, A.: “Una visión de la sentencia 166/2025 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona: *Ne supra crepidam sutor iudicaret*”, *Brief AEDTSS*, nº 79, 2025, pág.1.

² MONTROYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 150-153.

Lo que, desde luego, nos parece que claramente conecta con la, ya antes mencionada por el juez, naturaleza tuitiva del derecho del trabajo, siendo que la incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales, mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena, bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral. De ahí, que no pueda sorprender que hayan venido a reprobarse, penalmente, las conductas empresariales de plataformas digitales de reparto que insisten en utilizar falsos autónomos, pese a las sanciones administrativas impuestas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tratándose de empresas que, además de incumplir la normativa laboral vigente, se rebelan contra dicho organismo. Entendiéndose así mayormente que, con el endurecimiento de los delitos contra las personas trabajadoras, al sancionar por no utilizar el contrato de trabajo, lo que la modificación del art. 311 del Código Penal (LO 14/2022, de 22 de diciembre) pretendió fue cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo³. Y que, pese a la imprecisión de la expresión utilizada en el citado precepto “fórmulas ajenas al contrato de trabajo”, lo que parece sancionar es que no se haga uso del contrato de trabajo cuando se trate decidida o indudablemente de una relación laboral.

Pero continuando con las consideraciones del juez, lo que dice cabe preguntarse es si las diferentes modalidades contractuales utilizadas por Glovo en distintos periodos de tiempo (Slot 1, Slot 2 y Flex) presentan características definitorias suficientes para configurar una relación de trabajo autónoma o, por el contrario, no son más que un mero artificio cosmético para sortear la legalidad vigente. Planteamiento que dice solo cabe articular, desde el análisis minucioso de los contratos que cree haber efectuado, donde advierte que la modalidad Slot 2 presenta un muy notable ámbito de disposición para el *rider*. Resultando difícil imaginar una empresa, en régimen de trabajo asalariado, que conceda a sus trabajadores (repartidores) tan extraordinario grado de autonomía, o independencia, para organizar libremente su trabajo y disponer de su tiempo y donde se evidencia la falta de control por parte del supuesto empleador.

Señala el juzgador, además, que aferrarse al algoritmo de la plataforma para blindar la laboralidad carece de todo rigor. Y que sostener, en base a ello, que la empresa goza de un poder de dirección y control que genera dependencia y ajenidad en el trabajador es tanto como laboralizar por completo cualquier prestación de servicios, criterio que dice no poder compartir, por cuanto “la plataforma es un instrumento imprescindible, un activo esencial en una economía digitalizada. Pero no es inexorablemente y en todo caso un instrumento de ejercicio del poder de dirección de su propietaria sobre la actividad de recadería de los repartidores”.

³ Según señala el Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, sobre transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, en los párrafos tercero y quinto de su apartado V.

Pues bien, lo que aquí entendemos requiere tenerse en cuenta es que, si bien nuestra normativa legal se refiere a un concepto relevante del poder de dirección empresarial como es impartir órdenes e instrucciones a cada persona trabajadora en el marco de cada contrato individual de trabajo, ello no impide la existencia de facultades también dotadas de relevancia jurídica, a través de las cuales los empresarios adoptan medidas organizadoras del trabajo de carácter general. Siendo la propia fórmula del art. 1.1 ET (La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios ... y dentro del ámbito de organización y dirección...) la que pone de relieve que el legislador no está acogiendo un concepto restringido, puramente contractual, de poder empresarial, sino que da entrada a la entera organización laboral de la empresa que sirve de fundamento y marco global (jurídico) al propio poder de organización empresarial⁴. Amplitud que consideramos guarda total sentido cuando también ahora se observa que, para la definición de plataforma digital de trabajo, uno de los requisitos que la Directiva (UE) 2024/2831 estima debe cumplir el servicio prestado por la plataforma es el de implicar, como elemento necesario y esencial, “la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica” (art. 2. 1 a) iii) Directiva (UE) 2024/2831). Y cuando define el trabajo en plataformas como “todo trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo” y realizado por una persona física sobre la base de una relación contractual entre la plataforma digital y la persona (art. 2. 1 b) de la Directiva).

Ciertamente, al evaluar el juez la alternativa que ofrece la Disposición adicional 23ª ET, considera que la ley no ha optado por una homogeneidad excluyente, sino que admite diversas modalidades contractuales, al contemplar, más allá de la presunción de laboralidad que en ella se contiene, la posibilidad de prestar el servicio en régimen de autonomía. Y que, por tanto, dicha norma no cancela esa alternativa, solo la subordina mediante una presunción que admite prueba en contrario, por lo que resulta perfectamente posible realizar la actividad de distribución, mediante plataformas digitales, en régimen de autonomía laboral. Pese a lo cual, advierte que, en opinión de las inspectoras de trabajo, los trabajadores que prestaban servicio en Glovo lo hacían en régimen de “falsos autónomos”, dado que hay quienes afirman que “la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía lo es siempre por cuenta de empleadoras que ejercen facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa o indirecta o implícita mediante la gestión algorítmica del servicio de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital”. Y concluye que esta interpretación, según reflejan las recientes sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es la que incorpora la Administración Laboral y la de la Seguridad Social (Tesorería General e ITSS), y que se traduce en que “la plataforma evidencia el poder de dirección de GLOVO”.

Entendiendo también el Juez que esta, según él, incorrecta interpretación conduce a la siguiente antinomia: o bien la única forma de prestar servicios en plataformas es en régimen de trabajo asalariado (que contradice frontalmente la regulación legal), o bien los modelos Slot 2 y Flex utilizados por Glovo configuran una relación de trabajo

⁴ MONTOTOY MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *cit.*, pág. 159.

autónomo, siendo esta la opción por la que el juzgador se decanta⁵. Y argumenta que no hay que olvidar que, como se ha acreditado en el procedimiento, muchos trabajadores prefieren el régimen de trabajo autónomo porque les permite prestar el servicio a su conveniencia en una u otra plataforma, en uno u otro lugar o durante el tiempo que deseen. A la vez que aprovecha para aclarar que, en su criterio, no hay nadie más indicado que los propios afectados para decidir lo que mejor les conviene.

Con todo, lo que observamos, al respecto, es que la Directiva (UE) 2024/2831 reconoce (considerandos 34 y 54) que la relación entre una persona que realiza el trabajo en plataformas y la plataforma digital puede no cumplir los requisitos de una relación laboral de conformidad con la definición establecida en el Estado miembro en cuestión, y que un cierto número de personas que realizan trabajo en plataformas son trabajadores por cuenta propia. Pero también señala que no se deben aplicar a las personas que realizan trabajo en plataformas que no tengan una relación laboral los derechos relativos a la salud y la seguridad en el trabajo, los relativos a la información y consulta de los trabajadores de plataformas o sus representantes, que son específicos de los trabajadores por cuenta ajena con arreglo al Derecho de la Unión. Inaplicación, por tanto, que convendrá tener presente ante la pregunta, que dice surge el juzgador, sobre la razón por la que no se permite elegir a los trabajadores el modo de prestar servicios en la plataforma.

En definitiva, no cabe duda a nuestro juicio, que, para la distinción del contrato de trabajo de otras figuras contractuales afines, resulta preciso indagar las circunstancias de cada caso concreto. De modo que, ante la dificultad que pueda plantearse para detectar la existencia de los elementos definitorios en la relación laboral, a falta de pruebas rotundas sobre la laboralidad o no de la relación, son los indicios o signos de exteriorización los que deben ser ponderados para valorar si se está ante un contrato de trabajo, o ante una prestación de servicios profesionales de una persona trabajadora autónoma. Siendo precisamente a través del método indiciario, aplicado por los Tribunales para determinar si existe o no relación laboral en el trabajo de las plataformas digitales, como se ha venido superando las dificultades que presenta con frecuencia tal calificación⁶.

También es claro que nuestro Derecho, tanto en su vertiente jurisprudencial como normativa, con la inclusión de la Disposición adicional 23ª en el ET, se ha decantado por la laboralización de la actividad de las plataformas, estableciendo la presunción, por aplicación de lo previsto en el art. 8. 1, de inclusión en el ámbito de la ley del ET de la actividad de las personas que presten servicios retribuidos, consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del

⁵ Avalando así el Juez el modelo de contratación de autónomos sometido a juicio. PARDO GABALDÓN, R.: “El modelo de contratación de los *riders* de plataformas digitales: ¿competencia desleal o libertad de empresa? La controvertida sentencia que avala la legalidad de los “supuestos falsos autónomos” de GLOVO”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, núm. 488 Septiembre-October, 2025, pág. 259.

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Trabajadores en plataformas digitales: la STS 805/2020 y el RDL 9/2021”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, págs. 18 y 22.

servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Básicamente, porque esta presunción de laboralidad, frente a la que cabría probar lo contrario, se apoya en la identificación de la forma en que se ejercen tales poderes empresariales, que revela un ejercicio de estos poderes y un control de la ejecución del servicio a través de la plataforma⁷, permitiendo constatar la existencia de la dependencia propia de la relación laboral.

Y resulta cierto, igualmente, que esta opción por la laboralidad de la actividad que se presta en el ámbito de las plataformas digitales de reparto no impide que, tanto actualmente, como en lo sucesivo, siga siendo necesario el análisis casuístico de las prestaciones de servicios en dichas plataformas para comprobar si en cada supuesto concreto los elementos reales de la laboralidad tienen mayor peso que los de signo contrario⁸. Al igual que también la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la realización real del trabajo, incluida la utilización de sistemas automatizados de seguimiento, o de toma de decisiones, en la organización del trabajo en plataformas (art. 4. 2 Directiva (UE) 2024/2831). Siendo, además, que las plataformas digitales de trabajo tienen una visión completa de todos los elementos fácticos que determinan la naturaleza jurídica de la relación, en particular los algoritmos a través de los cuales gestionan sus operaciones (considerando 34)

Sucede, entonces, que, en estos mercados laborales, reconfigurados por la transición digital, se utilizan sistemas automatizados para asignar tareas, controlar, tomar decisiones, y adaptar la oferta de trabajo a la demanda, mediante prácticas de “gestión algorítmica”. Donde, con las nuevas formas de organización del trabajo en plataformas, nos parece claramente que lo que se ha venido a incorporar son también nuevas herramientas, las digitales o electrónicas, de apoyo para tomar decisiones que afectan a las condiciones laborales de las personas trabajadoras, y que, en definitiva, siguen permitiendo identificar la forma en que se ejercen los poderes empresariales, a la vez que evidencian la existencia de dependencia jurídica. Por más que ello dificulte la prueba en contra de la laboralidad pero que, en modo alguno impide y que, según prevé la Directiva (UE) 2024/2831, deberá corresponder a la plataforma, refutando la presunción legal. Al ser también posible realizar la actividad de distribución, mediante plataformas digitales, en régimen de autonomía laboral.

Con lo que concluimos que, a nuestro juicio, si bien el algoritmo no blinda la laboralidad, al no laboralizar por completo la figura, sí es, en todo caso, un instrumento de ejercicio del poder de dirección de su propietaria sobre la actividad de recadería de las personas repartidoras. Lo que, aún en mayor síntesis, para este comentario, bien cabría traducirse, en que la plataforma evidencia el poder de dirección de GLOVO.

⁷ FJ Vigésimo Primero STS núm. 805/2020, de 25 de septiembre.

⁸ MONTOTO MELGAR, A.: “Trabajadores en plataformas digitales: la STS 805/2020 y el RDL 9/2021”, *cit.*, pág. 30.

Límites al ejercicio de los poderes del empresario en el teletrabajo: ¿puede la empresa exigir a los trabajadores que faciliten su correo electrónico y número de teléfono personal?

SHEILA LÓPEZ VICO

Contrata Posdoctoral FPU Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Colaboradora en la Gestión de Actividades de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

<https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

I. Planteamiento general

La digitalización de las relaciones laborales se ha alzado, sin lugar a dudas, como el tema por excelencia en el marco del debate doctrinal. No en vano, el rápido proceso de introducción, transformación y generalización de dispositivos de carácter tecnológico en el ámbito laboral ha transformado de manera determinante la forma de organización empresarial y, con ello, de las relaciones laborales.

En los últimos años en dicho debate ha ocupado un papel central el teletrabajo o trabajo a distancia. Esta figura, si bien no es para nada novedosa en nuestro marco económico y social, sí que vio reavivado su protagonismo como consecuencia de la pandemia del COVID-19. Como es bien sabido, la generalización de la misma obligó a recluir a la población a sus domicilios y, con ello, el trabajo a distancia se alzó como una de las pocas opciones viables que permitían continuar el desarrollo de la actividad productiva sin vulnerar las múltiples y restrictivas normas de emergencia aprobadas durante dicho periodo de tiempo.

Sin embargo, ello evidenció también las manifiestas lagunas legales que la normativa española presentaba de cara a regular este fenómeno, más aún ante una situación de emergencia como la descrita. De este modo, de forma apresurada, se aprobó la primera norma que de manera exhaustiva se dirigió a normar esta figura y sus modalidades, actualmente recogida en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD). Pese a lo cuál, la misma ni mucho menos ha puesto fin a los múltiples interrogantes que surgen en la aplicación de esta forma de trabajo. De hecho, esta norma, es un claro ejemplo del proceso de liberalización del sistema de relaciones laborales ya anticipado por la doctrina iuslaboralista¹.

Si bien no es la finalidad de este estudio realizar un análisis exhaustivo de la figura del trabajo a distancia, sí que consideramos oportuno recordar que cabe entender como tal. Así, define el art. 2 LTD el trabajo a distancia como una “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*” y, en consecuencia, el teletrabajo como “*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”.

Esta norma, si bien se dirige a normar una figura muy concreta dentro de nuestro marco laboral, sirve, tal y como ha señalado la doctrina, como un “observatorio privilegiado para analizar las nuevas tendencias del Derecho del Trabajo y los desafíos a los que este se enfrenta ante la digitalización de las relaciones laborales²”.

En este sentido, uno de los retos que ha planteado la digitalización de las relaciones laborales ha sido precisamente su impacto en los poderes de control y vigilancia del empresario. Concretamente, ha venido afirmándose que la introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TICS) en el desarrollo de la actividad productiva podía suponer un aumento de dichos poderes del empresario, precisamente por los medios más amplios, precisos e incluso cabría decir invasivos que ofrecen dichos dispositivos tecnológicos para vigilar la actividad productiva de las personas trabajadoras³.

Pues bien, como puede imaginarse, este debate se ve acrecentado en el marco del teletrabajo y trabajo a distancia al concurrir, además de dichas tecnologías, un factor más que no tardó en suscitar un intenso debate en nuestro país. Siendo este precisamente el lugar desde el que habitualmente se lleva a cabo la prestación del

¹ Véase MONTOTOY MELGAR, A.: “La progresiva liberalización del sistema de relaciones de trabajo”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015. [Recurso de acceso digital]

² Véase LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, Murcia, Laborum, 2025.

³ Sobre esta cuestión véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dirs.) *et al: Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares, 2020, p. 270, GOÑI SEIN, J.L.: “El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y «extimidad») del trabajador”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, p. 27, disponiendo este último que “la digitalización ha abierto la puerta a analizar la experiencia completa del trabajador en la empresa y fuera de la misma, prácticamente sin límite alguno”.

servicio en el teletrabajo, esto es, el domicilio de la persona trabajadora. Así, junto a la libertad empresarial constitucionalmente reconocida en el art. 38 CE, concurre el derecho a la intimidad (art. 18.4 CE) o incluso, a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

II. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2025

Pues bien, en el marco descrito cabría plantearse si el empresario puede exigir al trabajador facilitar su número de teléfono y un correo electrónico personal para poder contactar con el mismo en caso de que el trabajo se lleve a cabo a distancia o, por el contrario, si ello vulneraría, además del derecho a la intimidad del trabajador, su derecho a la desconexión digital.

Esta cuestión ha sido recientemente resuelta por la STS 267/2025 de 2 de abril de 2025⁴, dedicando lo que resta de estudio a analizar la misma.

En el marco de dicha Sentencia, se entra a examinar por la Sala, entre otras cuestiones, la legalidad de determinadas cláusulas incorporadas en un contrato tipo de trabajo a distancia.

Concretamente, en lo que ahora nos interesa, cabe destacar la siguiente cláusula:

«El trabajador facilitará a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio»

Junto a esta, cabe tener en cuenta también las siguientes cláusulas objeto de análisis por la Sala ya que, si bien no se entrará a analizar el conflicto específico planteado en el marco de este estudio, las mismas presentan una indudable relación con la anteriormente señalada:

«El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula».

«Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador»

Pues bien, para determinar la posible nulidad de la primera de las cláusulas analizadas, trae a colación la Sala, por un lado, el art. 11 LTD:

“1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación...”

2. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”.

Y, en segundo lugar, el art. 17.2 LTD:

⁴ Un estudio más detallado de este pronunciamiento puede encontrarse en LOUSADA AROCHENA, J.F.: “¿Qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo de teletrabajo?”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2025.

“La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”.

Sobre la base de dichos preceptos, lejos de lo que cabría esperar, la Sala realiza en este punto una interpretación flexible, considerando que la exigencia de dicha información no resulta desproporcionada ni abusiva y, por tanto, eliminándose del fallo de la sentencia recurrida la declaración de nulidad de la presente cláusula.

Para ello, el razonamiento seguido por la Sala es el siguiente.

En primer lugar, se sostiene que la aportación de dicha información por parte del trabajador puede ser “*necesaria*” para el correcto desarrollo de la actividad productiva en los términos del art. 6.1 b) 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/CE (Reglamento general de protección de datos). Concretamente, aduciendo que “*la realidad social actual hace que la facilitación de esos datos como medios de comunicación socialmente prototípicos de nuestro tiempo, pueda ser necesaria, en efecto, para el desenvolvimiento del contrato de trabajo*”⁵.

En segundo lugar, se hace referencia al carácter justificado de dicha exigencia, al concurrir las “exigencias de la finalidad, adecuación, pertinencia y limitación a lo necesario de la transmisión de datos personales”⁶ ex arts. 5.1 b) y 5.1 c) del Reglamento general de protección de datos). En este caso, al aludirse en la cláusula a que en todo caso la aportación de dicha información responde a la posible necesidad de la empresa de contactar con la persona trabajadora por “*urgencias del servicio*”. Precisamente, la utilización de cláusulas generales de este tipo que otorgan prerrogativas al empresario sin ir acompañadas de límite alguno que permitan evitar posibles abusos por parte del mismo ha venido siendo criticado por la doctrina⁷.

En este sentido cabría plantearse que cabe entender por “urgencias del servicio” y hasta que punto puede hacerse prevalecer el posible interés económico y empresarial del titular de la empresa frente a otros derechos del trabajador como es, sin ir más lejos, su derecho al descanso y la desconexión digital. Pues bien, como hemos adelantado anteriormente, se recoge posteriormente en el contenido de dicho contrato de trabajo a distancia que “*se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador*”.

De nuevo, nos encontramos con una fórmula extremadamente amplia que, a modo de cajón de sastre, permitiría al empresario englobar en la misma prácticamente cualquier situación imprevista que tuviese el más mínimo impacto en la empresa. Esta cuestión, bien es cierto, es también objeto de crítica por la Sala, sin embargo, finalmente,

⁵ Véase FJ cuarto STS 267/2025 de 2 de abril de 2025.

⁶ *Ibidem*.

⁷ LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, cit., p. 194.

no entra la misma a examinar esta cuestión. De hecho, justifica la necesidad de aportar dichos datos en la obligación de la empresa en el teletrabajo de *“garantizar a la persona trabajadora a distancia..., la atención precisa en el caso de dificultades técnicas a que se refiere el artículo 11.2 LTD”*. En nuestra opinión esto podría haberse logrado por otras vías, como por ejemplo facilitando la empresa los datos de contacto de los servicios técnicos pertinentes, mediante la creación de una dirección web empresarial (evitando así que el trabajador tuviese que aportar su cuenta personal) o un teléfono de empresa.

III. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, el urgente e improvisado desarrollo de la regulación legal del teletrabajo y del trabajo a distancia en nuestro país ha derivado en que nos encontremos en nuestro país ante un marco legal en esta materia extremadamente genérico que, como puede extraerse de su propio contenido, requiere de su concreción por parte de la negociación colectiva o, en su defecto, de la autonomía individual para su aplicación práctica.

Ello puede derivar en conflictos como el que acabamos de analizar y que, en definitiva, ante la distinta posición y los contrapuestos intereses de ambas partes de la relación laboral, acaba reflejándose en cláusulas recogidas tanto en la negociación colectiva como en los acuerdos de trabajo a distancia que caminan en una fina línea entre la garantía del ejercicio de los poderes empresariales y la posible vulneración del derecho a la intimidad, a la protección de datos, al descanso y desconexión digital de las personas trabajadoras.

Esto ocurre por ejemplo, como hemos podido ver, en la regulación de los medios y recursos que la empresa debe de aportar a los teletrabajadores y aquellos que en su caso puede exigirles de cara a su control y vigilancia.

En el caso objeto de estudio, el conflicto se planteó por la posible exigencia o no por parte del empresario del número de teléfono y correo electrónico personal de las personas trabajadoras ante la posible necesidad de contactar con estas ante situaciones de urgencia.

En nuestra opinión, en este caso, la Sala ha realizado una interpretación que indudablemente beneficia más al empresario que a los trabajadores, al haber primado los posibles intereses empresariales frente a derechos esenciales como son en este caso el derecho al descanso o a la desconexión digital.

Centrándonos en este último, si bien la normativa reguladora en nuestro país sigue dejando mucho que desear, son numerosas las recomendaciones que desde distintas instancias se han promulgado y que en definitiva tratan de evitar que el empresario pueda abusar de las múltiples y rápidas vías de comunicación que proporcionan las TICS. Entre dichas recomendaciones o buenas prácticas pueden destacarse por ejemplo las recogidas en el marco del Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre Digitalización del año 2021 (en adelante AMED) y que, entre otras, recoge la necesidad de introducir medidas de formación y concienciación sobre el uso de las TICS como puede ser en lo relativo a la *“manera de utilizar las herramientas digitales, como por ejemplo, el correo electrónico”* o, por otro lado, fomentar un compromiso de la

dirección para crear una cultura empresarial que evite el contacto con los trabajadores fuera de la jornada laboral.

Este tipo de prácticas también han venido siendo recogidas en nuestro país en el marco de la negociación colectiva, en la que pueden encontrarse medidas específicas que persiguen garantizar la desconexión digital, como puede ser concretar los dispositivos utilizados para el trabajo que quedan incluidos en el marco del derecho a la desconexión digital y que, en consecuencia, no deben de ser atendidos fuera del tiempo de trabajo⁸ o elaborar de una guía de recomendaciones sobre el uso eficiente del correo electrónico⁹.

Sin embargo, cláusulas genéricas como la que es objeto de análisis en este pronunciamiento no solo omiten estas buenas prácticas, sino que incluso caminan en sentido contrario.

Debe de recordarse que en el teletrabajo el empresario tiene el deber de “dotación y mantenimiento adecuado..., de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad”, ello, en nuestra opinión, debe de incluir, al menos, una dirección de correo electrónico si esta es necesaria para el desarrollo de la actividad productiva.

Del mismo modo, el derecho a la desconexión digital se encuentra reconocido en nuestro país tanto en el art. 18 LTD como en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, lo cual, en nuestra opinión, debería de conllevar un límite al posible uso de cláusulas genéricas que bajo el uso de términos indeterminados como “fuerza mayor” “urgente necesidad” u otros similares, permitiesen vulnerar dicho derecho.

Deberemos esperar para ver como en el futuro se entra a normar esta cuestión, pero sin duda y en nuestra opinión, pronunciamientos como el objeto de análisis supondrán un aumento significativo de los poderes del empresario en el marco del trabajo a distancia en particular y del trabajo que implique el uso de las TICS en general.

⁸ Véase el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (2023) en el que se recoge que se incluirán “*todos los dispositivos y herramientas susceptibles de mantener la jornada laboral más allá de los límites de la legal o convencionalmente establecida: teléfonos móviles, tabletas, aplicaciones móviles propias de las Empresas, correos electrónicos y sistemas de mensajería, o cualquier otro que pueda utilizarse*”.

⁹ En este sentido el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (2023-2026), en el que se alude a la programación de respuestas automáticas fuera del horario de trabajo, envío retardado de correos, etc.

Poder de dirección y algoritmos en las plataformas digitales: la metamorfosis

INMACULADA BALLESTER PASTOR

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón*

I. Algoritmo y plataformas: conceptos relevantes

Las plataformas digitales facilitan la entrada virtual a un trabajo flexible y accesible desde cualquier parte del mundo resultando ser una fuente de ingresos -mayor o menor- para un número creciente de trabajadores. A cambio, el trabajo generado no es de calidad: es precario y no responde al concepto del trabajo decente: proporciona escasos ingresos, irregulares e inseguros, está basado en ofertas inmediatas, a demanda, está muy fragmentado y es transitorio, es decir, constituye un trabajo atípico, precario, de mala calidad o *in-decente*¹ pues falta seguridad en el empleo y en los ingresos. Este subempleo manifiesta una desprotección del empleado que es directamente proporcional a su mayor o menor dependencia económica respecto de la plataforma, lo que se relaciona con la modalidad de plataforma².

Las plataformas son un instrumento o una vía para ejercitar el poder de control empresarial, sirviéndose, o no, del desarrollo de la inteligencia artificial para un diseño

¹ Vid, acerca de la plasmación jurídica del trabajo decente de la OIT, LENZI, O., “Trabajo decente: de la teoría a la práctica de unas condiciones de trabajo mínimas”, *Revista Justicia y Trabajo*, número 3, diciembre de 2023.

² Así, aunque, según estimaciones de la OIT, solo un 30% de los trabajadores de plataformas en línea dependen de estas plataformas como fuente principal de ingresos, en el caso de las plataformas basadas en la ubicación en el sector del transporte, esta actividad sí es la principal fuente de ingresos para el 84% de los trabajadores y en el sector del reparto este trabajo es la mayor fuente de ingresos en un 90% de las ocasiones. Vid. OIT: *Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas*, 5º punto del Orden del día de la 113ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo 2025. página. 23. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/documento-de-conferencia/hacer-realidad-el-trabajo-decente-en-la-economia-de-plataformas>.

más eficaz y efectivo³, un trabajo que aparece a distancia, sin sede, sin jornada efectiva, a llamada, sin contacto físico real y a nivel mundial. Más concretamente, los algoritmos de las plataformas sirven para asignar tareas a los potenciales prestadores de servicios de la forma más objetiva y eficiente posible a través de los cálculos que ejecutan; el algoritmo se puede encargar también de la propia evaluación del rendimiento del prestador del servicio, incluso puede dar lugar a un despido automatizado si el prestador de servicios lleva a cabo un rechazo de tareas. Y el control o la dirección de la empresa a través de la plataforma mediante un algoritmo ocurre cuando éste ofrece y adjudica servicios o tareas a los trabajadores, cuando se define el tiempo de trabajo, cuando se calcula la remuneración, cuando se aplican los sistemas de calificación y clasificación e, igualmente, cuando se determina si los trabajadores van a seguir prestando servicios, o no. En las plataformas de transporte y reparto es corriente, también, el uso de la geolocalización, la fijación del plazo de entrega y el control de la disponibilidad; en las plataformas de trabajo en línea se suelen usar capturas de pantallas periódicas y aleatorias, el seguimiento del tiempo de utilización del teclado, los registros de tareas diarias o el control de la calidad de las tareas. Todo ello facilita el control de la plataforma sobre la actividad del trabajador, pero este seguimiento y evaluación puede desencadenar una mayor carga de trabajo, más agotamiento, inseguridad y ansiedad. Entre otros efectos, los algoritmos automatizan la supervisión humana del trabajo a través de los sistemas de clasificación por parte de los clientes.

Según el art. 2.1º de la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre, existe la plataforma digital de trabajo cuando una persona física o jurídica presta un servicio que cumpla todos los requisitos siguientes: 1º) que se efectúe, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, por ejemplo, por medio de un sitio web o de una aplicación para dispositivos móviles; 2º) que sea a petición de un destinatario del servicio; 3º) que constituya la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado, y 4º) que aparezca el uso de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones⁴.

II. El algoritmo como elemento constitutivo e identificador del empleador y clave en la presunción de laboralidad

Esta forma de trabajar ha propiciado que sus las relaciones de trabajo hayan podido camuflarse bajo el prisma de relaciones de trabajo autónomas. De hecho, el mero uso del algoritmo exteriorizaría la existencia de órdenes o reglas desde la que aparece la dependencia; por ello, el trabajo que surge en torno al algoritmo sería laboral, aunque ello solamente si de la realidad de los hechos se deduce que existen indicios de que el trabajador no actúa de forma independiente quedando sometido a las órdenes de éste, de manera que corresponde indagar en la realidad del modo en el que se ha prestado la actividad para concluir si existe, o no, la dependencia o la

³ SOLÍS PRIETO, C., “El empresario tecnológico: nueva configuración y poder de dirección en el ámbito de la empresa digitalizada”, en AAVV, *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2023, pág. 45.

⁴ En la primera propuesta de Directiva no aparecía el cuarto de los requisitos, el que se exija el uso de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones.

subordinación -Recomendación nº 198 OIT y arts. 1º y 8º ET-. Por todo lo anterior, la primera actuación que ha protegido a los trabajadores de las plataformas ha sido reconducirlos hacia su verdadera condición de laborales, condición que les atribuye directamente una serie de derechos socio-laborales de los que los autónomos quedan privados.

En España esta operación comenzó en los Tribunales ya que ellos fueron quienes iniciaron este desenmascaramiento⁵ a través de un control judicial a instancias de la Inspección de Trabajo, de la Tesorería General de la Seguridad Social o en respuesta a denuncias sindicales⁶, un control que se ha centrado casi exclusivamente en los riders. Como consecuencia de ello, fuimos testigos durante aquellos años de una gran conflictividad judicial hasta que el Alto Tribunal pronunciara la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 805/2020, de 25 de septiembre de 2020⁷, el primer pronunciamiento del Alto Tribunal en el que se califica como laboral la relación de trabajo de un repartidor de Glovo con su plataforma⁸.

Esta doctrina judicial la asume entonces la Ley rider, Ley 12/2021, de 28 de septiembre, una Ley paccionada que regula por vez primera una presunción de laboralidad específica para el trabajo de plataformas en la DA 23ª del Estatuto de los Trabajadores. Dicha presunción fortalece la posición jurídica del trabajador de las plataformas creando un mecanismo jurídico que beneficia a los más vulnerables: los

⁵ TODOLI SIGNES, A., “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, número 140, 2017/18, pág. 99.

⁶ Vid. RIVAS MORENO, J.A., “El fenómeno rider: actuaciones inspectoras y modificaciones normativas frente a las fórmulas de evasión del orden social”, en AAVV., *Derecho del trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación*, Murcia, Laborum, 2024.

⁷ Casi coetáneamente a esta Sentencia Vid. el Auto del TJUE de 22 de abril de 2020 (asunto 692/19).

⁸ En dicho pronunciamiento el Tribunal analiza la forma en la que se desarrolla la actividad y concluye que Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores ya que no se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Además, Glovo presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio y las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio y es también titular de los activos esenciales para la realización de la actividad -la plataforma-. Y Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos; decide la forma de prestación del servicio, su precio y forma de pago; fija instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo y establece los medios de control que operan sobre la actividad del repartidor y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, usando las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante: por lo tanto, el repartidor no organiza por sí solo la actividad productiva. Igualmente, para prestar estos servicios, Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además, Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, y ello es una manifestación del poder directivo del empleador. Y, a través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Por lo tanto, el rider goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto. En suma, aparecen en el supuesto planteado las notas definitorias del contrato de trabajo entre el repartidor y Glovo previstas en el art. 1.1 del ET, se estima el recurso de casación unificadora y se declara la laboralidad del trabajador de Glovo.

*riders*⁹. No obstante, la disposición huye de crear una presunción en toda regla, como hace el ET con los familiares o con los societarios; en su lugar, alude al art. 8º ET y crea una presunción “*iuris tantum*” débil, que implica que aparezca la relación laboral y, también, la figura del empleador, si se aprecia que las órdenes establecidas -indirecta o implícitamente- mediante la plataforma dejan traslucir la existencia del poder de organización ínsito a la existencia de dependencia o a la subordinación. En la práctica, la Ley no ha sido tan positiva porque las resistencias a cumplir la Ley y a laborizar a los rider fueron¹⁰ -y parecen que siguen siendo-, muy potentes y ha continuado la conflictividad judicial. De hecho, ello generó una insólita necesidad de insistir en el cumplimiento de la Ley, una “prueba de fuerza” frente a la negativa de las Compañías¹¹.

Asimismo, como adelantábamos más arriba, en España resulta aplicable al trabajo en plataformas tanto la Ley *rider* como la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales, una Directiva que es norma aplicable a todo trabajo que físicamente se efectúe sobre un territorio de la UE¹². La Directiva incluye, en primer lugar, un procedimiento que asegura la correcta clasificación de la situación en el empleo a través de una presunción legal refutable. En segundo lugar, la Directiva recoge la regulación de la dirección algorítmica. Estos dos objetivos, el primero y el segundo, se encuentran íntimamente relacionados porque el ocultamiento algorítmico puede impedir que se conozca cómo la plataforma controla la realización del trabajo, lo que prohíbe que se active y se pueda aplicar la presunción de laboralidad que la Directiva incorpora. Y, en tercer lugar, la Directiva pretende el

⁹ La nueva DA 23ª ET dice así: *Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.*

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La Ley rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular”, *Revista de Estudios Jurídico-laborales y de Seguridad Social*, nº 7, 2023, pág. 13 y ss.

¹¹ La primera de estas reformas se incluye en la Ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de Directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Ley que modifica la redacción del art.311 del Código Penal, un cambio que ha entra en vigor el 12 de enero de 2023 y que consiste en incluir un nuevo párrafo segundo en el art. 311 del Código penal que castiga con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses a los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa. En segundo lugar, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, incorpora en su DF 9ª una modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo contenido se limita a disponer que “se suprime el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”.

¹² Por tanto, no resulta clave el lugar de establecimiento de la plataforma o el derecho que le resulte aplicable a la plataforma digital de acuerdo con la normativa correspondiente, sino que lo importante es que el lugar de trabajo de la persona física sea algún país de la Unión europea. Esta regla es relevante porque, como apunta CRUZ VILLALÓN, “La propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo en plataformas digitales”, *Lavoro e Diritto*, número 1, 2023, pág. 113, modifica parcialmente los criterios establecidos en el Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las relaciones contractuales.

fortalecimiento del intercambio de información y la trazabilidad, algo que se hace especialmente necesario en contextos transfronterizos.

La presunción de laboralidad aparece en el art. 5.1º de la Directiva¹³, aunque no es aplicable en nuestro país hasta el 2 de diciembre de 2026 porque tiene carácter no retroactivo (art.5.6º Directiva)¹⁴. Por lo tanto, España debe adaptar su presunción de laboralidad -la de la DA 23ª ET- haciéndola extensible a todas las plataformas de trabajo y, entre otras obligaciones, debe contar con medidas de apoyo nacionales para aplicar la presunción laboral para garantizar la aplicación eficaz y el cumplimiento de la presunción legal¹⁵.

Por lo demás, el otro gran cambio introducido por la Ley *rider* en España es el nuevo apartado d) del párrafo 4º del art 64º ET -dedicado a regular los derechos y competencias del comité de empresa- un precepto que reconoce el derecho que tiene el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones y que pueden

¹³ Tiene el siguiente tenor: *Debe presumirse que, desde el punto de vista jurídico, una relación contractual es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control de conformidad con el derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.(art. 5.1º).*

¹⁴ De forma que afecta a las relaciones contractuales celebradas después del 2 de diciembre de 2026 -fecha de su entrada en vigor- y por lo que respecta a las relaciones contractuales celebradas antes del 2 de diciembre de 2026 y que estén vigentes en esa fecha, se aplica únicamente al período que comience a partir de ese día. Todo ello, en aras a la seguridad jurídica, para que dé tiempo, también a regular las normas que sean necesarias para transponer el dictado de la norma comunitaria. Por tanto, las reclamaciones relativas a la posible existencia de una relación laboral antes de esa fecha, y los derechos y las obligaciones resultantes hasta entonces, deben evaluarse únicamente sobre la base del Derecho de la Unión y nacional aplicables antes de dicha fecha, incluida la Directiva (UE) 2019/1152, de 11 de julio de 2019, relativa a unas condiciones laborales y transparentes y previsibles en la Unión europea.

¹⁵ Y estas medidas han de consistir en: a) Desarrollar orientaciones -recomendaciones concretas y prácticas- para que se comprenda y se aplique la presunción, incluida su refutación; b) desarrollar orientaciones y establecer procedimientos para las autoridades competentes, también en materia de cooperación, para que se centren en las plataformas digitales de trabajo que incumplan la normativa de la determinación de la situación laboral correcta de las personas, para que se identifiquen y persigan dichas plataformas; c) establecer controles e inspecciones por autoridades nacionales competentes, garantizando al mismo tiempo que dichos controles e inspecciones sean proporcionados y no discriminatorios; y d) proporcionar una formación adecuada a las autoridades nacionales competentes y asegurar la disponibilidad de conocimientos técnicos en el ámbito de la gestión algorítmica a dichas autoridades.

En este sentido, las autoridades nacionales deben contar con el personal adecuado, una cuestión que compete a cada Estado y resultaría aplicable el Convenio Nº 81 OIT sobre la Inspección del trabajo (1947) -ratificado por España aunque sistemáticamente incumplido ya que todos los países deben asignar un número suficiente de inspectores de trabajo para el desempeño efectivo de sus funciones-; además, las autoridades competentes en los Estados miembros deben cooperar entre sí y hay que recordar que en el ámbito de la Unión existe la Autoridad Laboral europea. En España uno de los grandes problemas que aparecerán será que, a la hora de controlar el cumplimiento de las normas laborales, siguen faltando Inspectores. Contamos con un inspector de trabajo por cada 15.000 trabajadores: por lo tanto, es necesario actuar y dotar a la Inspección de medios humanos suficientes.

incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Este derecho de información sí se extiende hacia cualquier empresa -y a sus trabajadores- que usen algoritmos no solamente las que funcionen a través de plataformas virtuales, algo que no hace la Directiva 2024/2831 que se centra en las plataformas de trabajo. La Directiva es, de todas formas, mucho más ambiciosa que nuestra Ley contemplando garantías más específicas en relación con el tratamiento de datos personales ya que no puede presumirse que las personas que realizan trabajo en plataformas hayan consentido libremente al tratamiento de sus datos personales. Estos preceptos constituyen una normativa muy completa y novedosa (arts. 7º y ss) que debe relacionarse con el Reglamento de protección de datos, Reglamento (UE) 2016/679¹⁶.

III. Algoritmo, trabajo autónomo y cesión ilegal: viejos problemas y nuevos problemas de identificación

A lo largo de estos años las compañías han actuado variando los parámetros de las aplicaciones informáticas o en los sistemas de facturación para eludir la aplicación de la presunción legal y que no trasluzca la sumisión o la dependencia del rider. Este sistema es el que implementa Uber, según el cual los repartidores autónomos acceden a un mecanismo en el que ellos mismos pueden decidir cuánto quieren cobrar y dónde realizar los pedidos. Y también lo hace Glovoapp²³, lo que sirve para atribuirles la condición de autónomos en la Sentencia del Juzgado central contencioso-administrativo de 26 de julio de 2024, Sentencia en la que juzgador concluye que los mismos *riders* de Glovo que el Tribunal Supremo dijera en 2020 eran laborales ahora sí son autónomos. La razón de ello es que Glovo define así -ahora- su manera de actuar: los repartidores tienen libertad para rechazar el pedido ya aceptado previamente, sin penalización; se eliminan los incentivos o las restricciones en la reasignación de pedidos; no existe un algoritmo que asigna el pedido sino que el repartidor elige el pedido; el repartidor ha de estar legalizado en la asignación del reparto y escoge libremente el itinerario; el repartidor puede trabajar para varias plataformas; y el repartidor paga por el uso de la aplicación (en la factura)¹⁷.

Otro modo de eludir o confundir de las Compañías consiste en recurrir a subcontratas ficticias o a Empresas de trabajo temporal, en intercambios que muchas veces eluden la laboralidad y que llegan a suponer un fenómeno de cesión ilegal. Y es que el recurso a la subcontratación por parte de las plataformas tendría serias dudas de encaje con la legalidad, fundamentalmente del art. 42 en conexión con el art. 43 ET, porque la dirección del personal sigue efectuándose por la plataforma a pesar de

¹⁶ Hay que tener en cuenta que en España tenemos hasta el 2 de diciembre de 2026 -dos años- para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias que den cumplimiento a la misma (art. 29º).

¹⁷ Se analiza también el Auto del TJUE de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19. A la vista de la mentada operativa, el Juez entiende que la plataforma carece de una estructura que permita llevar a cabo un control y un seguimiento de los repartidores, que la presunta independencia de los trabajadores no es ficticia y que no existe subordinación, aunque en este caso concreto hay que tener en cuenta que esta manera de operar es la que se describe sobre el papel y no queda completamente claro que sea la que se realiza a diario en la plataforma dado que no se llega a analizar de forma detenida algunas pruebas que la Inspección de Trabajo había recabado en el proceso.

la apariencia de la interposición de un contrato mercantil entre empresa contratista y subcontratista. Estos preceptos, como veremos, deberían hacer referencia expresa a esta prohibición o castigarla específicamente en la LISOS.

Y ya se confirman por los Tribunales condenas sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo al haberse detectado complejos fenómenos de cesión ilegal. Valga como ejemplo la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2024, nº rec. 83/2023, nº res. 328/2024 en la que se impone a Maxi Mobility Spain, S.L. (antes Cabify) una multa de Inspección de Trabajo de 60.000 euros por cesión ilegal. Esta empresa actúa de la siguiente manera: subcontrata con tres empresas -Costa Fleming Car, Murilo 65 y Servigrallar de la Cerdanya- sendos contratos mercantiles de prestación de servicios para el transporte de terceros y/o contratos de arrendamiento de vehículo con conductor; y, a su vez, dichas empresas subcontratan la gestión de la flota con otras dos empresas: Gescab Mobility Madrid y Turia Taxi¹⁸.

Por eso, el propio art. 3º de la Directiva obliga, también, a los Estados a que adopten las medidas necesarias para garantizar que, cuando se recurra a intermediarios, las personas que realizan el trabajo en plataformas -tanto por cuenta ajena como por cuenta propia- disfruten del mismo nivel de protección que las personas que son contratadas de forma directa; estos mecanismos de protección pueden incluir sistemas de responsabilidad solidaria. A este respecto y, aunque en España contamos ya con el art. 43 ET, precepto desde el que aparecería la cesión ilegal, sería bueno regular una previsión especial dirigida hacia el trabajo en plataformas para evitar que los fenómenos de subcontratación escondan -demasiadas veces- la cesión ilegal. Y, por esa misma razón, también se exige en el art. 4º que deben estar identificados los empleadores cuando la relación de trabajo se produzca sobre la base de los hechos (art. 4º), ya que dicha identificación -ya exigible en el art. 42 ET cuando se produce la subcontratación- sirve para proteger a los trabajadores implicados en dichas cadenas de subcontratación.

IV. La complejidad de la regulación futura de los algoritmos por normas internacionales

Por finalizar, en el ámbito internacional y en cuanto a la gestión algorítmica, hasta el momento no parece que exista consenso acerca de si la regulación de temas tales como la posibilidad de que los Gobiernos tengan acceso a los códigos fuente de los algoritmos para regularlos, la necesidad de evitar que los algoritmos discriminen a los trabajadores y los representantes sindicales, la transparencia en la gestión de los algoritmos para apoyar la correcta clasificación de los trabajadores y la imparcialidad de

¹⁸ Pero hay un elemento fundamental para concluir que aparece la cesión ilegal: el que tiene que ver con el poder de dirección y control: es Cabify quien organiza la actividad que ha contratado y quien indica de manera precisa cómo quiere que se ejercite ese trabajo por los conductores; es Cabify quien asigna los viajes concretos a los conductores a través de la aplicación; las empresas de transporte no tienen asignadas facultades a la hora de decidir los servicios asignados a los conductores ni las rutas; en cuanto a las facultades de control de los conductores, corresponde a Cabify, ya que es esta compañía la que tiene a los conductores geolocalizados y Cabify identifica los incumplimientos de los conductores, y es Cabify, también, quien ejerce el poder disciplinario, a pesar de la existencia de todas esas empresas interpuestas; finalmente, la formación de los propios conductores la lleva a cabo Cabify, incluso las tarifas las impone Cabify pues son las que figuran en su página web.

las decisiones automatizadas, como las calificaciones y la desconexión de la plataforma y otras sanciones y controles, entran, o no, dentro de las competencias normativas de la OIT. No obstante, sí se detecta claramente que las normas internacionales del trabajo no abordan la gestión algorítmica o el uso de la inteligencia artificial en el mundo del trabajo, aunque algunas normas sí resultan pertinentes en este contexto: y esto es lo que ocurre, particularmente, con el Convenio n° 111 con respecto a la prevención de sesgos discriminatorios en el diseño de los algoritmos.

Sentado lo anterior, ha quedado inscrito en el Orden del día de la 114ª reunión (2026) un punto titulado “Trabajo decente en la economía de las plataformas”, en el que se pide elaborar un Proyecto de Convenio y de Recomendación que se aplique a todas las plataformas digitales de trabajo -sea cual sea su modalidad- y a todos los trabajadores de plataformas digitales, a menos que se disponga otra cosa en este Convenio, tanto si se encuentran en la economía formal como en la informal¹⁹.

¹⁹ Según el Documento publicado por la Comisión Normativa sobre el trabajo decente en la economía de plataformas -fechado el 12 de junio de 2025- aparecen, entre los puntos que se han de abordar en dichos instrumentos: los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, la violencia y acoso, la promoción en el empleo, la relación de trabajo, la remuneración, la seguridad social o el impacto del sistema de sistemas automatizados, entre otros.

Sobre el poder de dirección del empresario en el trabajo a distancia: releendo al profesor Montoya Melgar

NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO

Universidad Complutense de Madrid

Resulta obligado comenzar manifestando mi agradecimiento y reconocimiento a los profesores Sempere Navarro, Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta por liderar esta iniciativa que permitirá realzar la persona y la obra del profesor Montoya Melgar, a través de una de las materias sobre las que el homenajeado sentó doctrina de referencia, el poder de dirección del empresario.

Antes de entrar en el análisis del poder de dirección en el trabajo a distancia quiero referir brevemente la forma en que D. Alfredo ejercía su magisterio, y por ende la responsabilidad de dirigir. Tuve la fortuna de conocerlo hace casi 30 años, cuando estaba al frente del Departamento de Derecho del Trabajo del Centro de Estudios Superiores y Jurídicos Ramón Carande, adscrito a la Universidad Complutense, y me incorporé como profesora Ayudante en el curso 1996-1997.

La dirección de Don Alfredo se caracterizó siempre por el apoyo constante, promoviendo la motivación y la autonomía a través del ejemplo y la colaboración¹. D. Alfredo inspiraba respeto y admiración, y reunía en su persona la *autoritas* y la *potestas* justa y necesaria, combinando el reconocimiento natural con la autoridad institucional, lo que lo convertía en un maestro con mayúsculas.

¹ Buena muestra de lo dicho son las palabras finales de su “Discurso en la conmemoración de los cincuenta años de catedrático de Derecho del Trabajo”, en MONTAYA MELGAR, A., *complutenses y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, 2025, p. 143, “Con ello he querido dejar prueba de cuánto debe lo que yo pueda haber hecho a lo que tantos han hecho junto a mí”.

Su jubilación no supuso el fin de su vida académica, porque siguió frecuentando Ciudad Universitaria hasta que a finales de 2016 fue nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, donde siempre tuvo abierta la puerta de su despacho de la calle Doménico Scarlatti para escuchar y atender con su cercanía y disponibilidad a sus discípulos.

D. Alfredo destacó también por la humanidad que acompañó a su magisterio, ponía a las personas en el centro de su pensamiento, de su forma de actuar y comportarse, y de su actividad profesional. No por casualidad se dedicó a la rama social del Derecho, tal y como el mismo reconoce, *“El Derecho del Trabajo me interesó por su significado profundamente humano y, sobre todo, me cautivó por la forma en que Alonso Olea lo enseñaba”*².

Formarme de la mano del profesor Montoya en la Universidad Complutense de Madrid me ha hecho aprender a pensar, a sentir y a ser una persona más humana, y alcanzar una formación integral como laboralista con valores humanos, con conciencia social y sentido ético. Además, día a día me permite reforzar el papel de la Universidad en la construcción de una sociedad más justas, cultivar la empatía, el pensamiento crítico y el compromiso con la justicia social, y consolidar espacios de transformación y encuentro, ya fuera en el despacho núm.526 de la quinta planta del edificio departamental de la Facultad de Derecho, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en el Tribunal Constitucional o en su propio domicilio.

La obra científica del profesor Montoya Melgar, recopilada recientemente por el profesor Cámara Botía, da buena cuenta de las aportaciones científicas del homenajeado a la construcción de los fundamentos doctrinales del poder de dirección del empresario, desde su tesis doctoral dirigida por el profesor Alonso Olea y publicada por el Instituto de Estudios Políticos en 1965 hasta los numerosos capítulos de libros y los trabajos en revistas españolas y extranjeras³.

Releer su tesis doctoral permite disfrutar y reflexionar sobre las certeras reflexiones sobre el poder de dirección y las relaciones especiales de trabajo, y en

² Así lo describe en el ensayo titulado “El Seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla (recuerdos de hace medio siglo)”, en MONTAYA MELGAR, A., *Tres maestros complutenses y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2025, p. 102.

³ Entre otros, *El poder de dirección del empresario*, en la obra colectiva “El Derecho laboral en Iberoamérica”, Ed. Trillas, México, 1981; *Dirección de la actividad laboral*, en “Comentarios a las Leyes Laborales”, dir. por E. Borrajo, EDERSA, vol. V, Madrid, 1985; *La nueva configuración del poder de dirección del empresario*, “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados a Prof. Manuel Alonso García”, Asociación Española de Derecho del Trabajo, Madrid, 1995; *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (dir. F. Pérez de los Cobos), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005; *Poder de dirección y videovigilancia laboral*, en “Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; *El poder de dirección del empresario (art. 20 ET)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, marzo-agosto 2000, Poder de dirección del empresario y estructuras productivas complejas, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 33, 2003, véase CÁMARA BOTÍA, A., “La obra científica [y literaria] del profesor Alfredo Montoya Melgar, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 69 (2024), Iustel.

especial la relación de trabajo a domicilio -incluida hoy en el trabajo a distancia-. Con la claridad propia Montoya escribía que “la configuración del poder directivo varía, a veces de modo importante, según las relaciones laborales que le sirvan de marco”. Así, añadía “el contenido del poder de dirección del empresario viene comúnmente determinado por la configuración de la relación laboral en la que se desenvuelve, de tal manera que a relaciones “comunes” de trabajo corresponden poderes también comunes, y a relaciones “especiales” corresponden especiales poderes de dirección. De este modo, resulta que la especialidad de la relación jurídica se comunica a todos sus elementos, el poder de dirección incluido. Tal especialidad puede traducirse, respecto de la naturaleza de poder de dirección, en dos consecuencias contrapuestas: o en la intensificación del poder o en su atenuación”⁴.

Un caso típico de atenuación del poder de dirección apuntado por el profesor Montoya es la relación de trabajo a domicilio, es decir, la que realiza el trabajador en su domicilio u otro lugar libremente elegido por él, sin la vigilancia empresarial, donde “el poder de dirección es inferior al que se ejerce en el seno de las relaciones comunes de trabajo”⁵.

Al efecto, señalaba acertadamente que “la falta de vigilancia nada dice respecto de la existencia o inexistencia de un poder de dirección empresarial. ... Resulta evidente que la facultad de vigilancia del empresario no es más que un aspecto del poder de dirección, con el que se encuentra en relación de “parte” a “todo”. La vigilancia, en suma, sería el control fiscalizador continuado que el empresario ejerce, dentro de la esfera de su poder de dirección”⁶. Y, añadía que “una construcción científica atenta a la realidad, posiblemente debe detenerse antes de afirmar que en el contrato de trabajo a domicilio falta por completo y siempre todo indicio de poder de dirección empresarial”⁷. Al efecto, acudiendo al art. 114.1 LCT, Montoya advierte que en ese precepto no se hace la menor alusión a la falta de dependencia, hablándose de la ausencia de vigilancia⁸.

Pasados más de 30 años, la globalización, la internacionalización y los avances tecnológicos han conllevado nuevas formas de organización del trabajo, incluido el impulso del trabajo a distancia. El trabajo a domicilio se engloba en lo que hoy se denomina trabajo a distancia⁹, y adopta numerosas formas, trabajo artesanal, industrial, teletrabajo, trabajo en plataformas, hasta trabajo de mano de obra intensiva.

⁴ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 73.

⁵ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 82. Al efecto señalaba el profesor Alonso Olea en el prólogo que uno de los aciertos de la tesis era el análisis singularmente acertado sobre el poder de dirección en el trabajo a domicilio, y añadía, “tema de gran delicadeza por estar este singular tipo de contrato de trabajo al borde de las prestaciones de servicios, *El poder de dirección del empresario*, cit., p. XV.

⁶ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 86.

⁷ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 84.

⁸ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 85.

⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El trabajo a domicilio”, *El trabajo*, coord.: L.E. DE LA VILLA GIL, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2020, pág. 222. Al respecto, el propio MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed., Tecnos, Madrid, 2025, pág. 581, señala que el contrato de trabajo a distancia viene a adaptar al tiempo presente la tradicional figura del trabajo a domicilio.

Además, este tipo de trabajo se utiliza en sectores muy distintos, desde los más clásicos (textil o industrial) hasta los más digitalizados, a través del teletrabajo y del trabajo en plataformas. El marco conceptual previsto en la vigente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, incluye el trabajo a domicilio y el teletrabajo dentro del concepto de trabajo a distancia, equiparando todas las instituciones a los efectos de su régimen jurídico¹⁰.

El trabajo a distancia no implica la desaparición de los tradicionales mecanismos de ejercicio del poder de dirección empresarial en el trabajo a domicilio, sino que exige su adaptación y modernización¹¹. No se modifica el esquema contractual ni el equilibrio entre las potestades del empleador y la esfera de derechos del trabajador, si bien se posibilita una redefinición del control empresarial. Así, tal y como señala recientemente Montoya Melgar, “dentro del poder de dirección del empresario se sitúa un conjunto de facultades empresariales entre las que se encuentra la de controlar la actividad del trabajador; ... que puede ejercerse tanto por medios personales como por sistemas mecánicos y tecnológicos”¹².

En efecto, el uso de las TICs en el poder de dirección empresarial conlleva una multiplicación sustancial de las capacidades de vigilancia y control, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, por lo que será imprescindible fijar límites claros al poder empresarial. El objetivo del ordenamiento jurídico es lograr un equilibrio entre las facultades del poder de dirección y los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que se hizo necesaria una regulación más minuciosa del ejercicio de los poderes de vigilancia y control del trabajador a distancia, y de manera especial del teletrabajador. Los derechos fundamentales asumen un papel central, y cualquier limitación a los mismos sólo será legítima cuando sea estrictamente necesaria e imprescindible para proteger el interés empresarial y siempre que no exista una alternativa menos restrictiva para alcanzarlo¹³. Sobre la incidencia de las nuevas tecnologías el propia Montoya señalaba que “el incremento del poder empresarial se ha traducido inevitablemente en un aumento de las posibilidades de afectación, por excesos en el ejercicio de dicho poder, de derechos fundamentales del trabajador (singularmente, el derecho a la intimidad, y, próximo a él, el derecho a la protección de sus datos personales)”¹⁴.

El ordenamiento jurídico ha ido dando respuesta a los riesgos de vulneración de la esfera personal del trabajador en el trabajo a distancia, a través de la implementación

¹⁰ Art. 2 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

¹¹ Sobre el trabajo a distancia, véase, *El trabajo a distancia*, F. PÉREZ DE LOS COBOS/X. THIBAUT ARANDA (Dirs.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

¹² *Poder de dirección y videovigilancia laboral*, en “Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.191.

¹³ Sobre el control de la actividad laboral, véase, DE CASTRO MARÍN, E., *El control de la actividad laboral del teletrabajador*, en “Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 466 y ss.

¹⁴ *Poder de dirección y videovigilancia laboral*, cit., p.189.

de mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los trabajadores. Al efecto, el poder de dirección empresarial en el trabajo a distancia debe ejercerse con pleno respeto a los límites constitucionales y a los límites legales. Los límites constitucionales, recogidos en los arts. 10.1, 18.1 y 18.4 de la Constitución Española, reconocen la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como base del orden político y la paz social. Y, garantizan derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen, e imponen al legislador la obligación de limitar el uso de la informática para proteger la intimidad, el honor y los datos personales.

Por su parte, los límites legales, establecidos en el Estatuto de los Trabajadores [arts. 4.2 e), 20.3 y 20 bis], reconocen el derecho del trabajador al respecto de su intimidad y dignidad, limitando el poder empresarial en la adopción de medidas de vigilancia y control, que deben ejercerse siempre con respeto a la dignidad del trabajador. También regulan la intimidad en el ámbito digital y el derecho a la desconexión, garantizando la protección frente al uso de dispositivos digitales, videovigilancia o geolocalización. Además, ocupan un lugar destacado los derechos de las personas trabajadoras relacionadas con el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, protección de datos y derecho a la desconexión digital reconocidos en los arts. 87 a 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

A todos ellos se suman los límites previstos en el art. 22 de la Ley de trabajo a distancia que autoriza a la empresa a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad. Todos estos límites integran el nuevo estatuto jurídico del trabajo a distancia, y deben ser respetados por las decisiones empresariales, a fin de garantizar la necesaria armonía entre el poder de dirección del empresario -en particular, sus facultades de vigilancia y control- y los derechos fundamentales del trabajador relativos a la dignidad, intimidad y protección de datos¹⁵. Además, esos límites recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo están siendo fijados por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional.

Concluyendo, el régimen jurídico vigente del poder de dirección del empresario en el trabajo a distancia da cumplida respuesta al reto al que se enfrentaba el ordenamiento jurídico y que había sido advertido muy oportunamente por el profesor Montoya al señalar que “el Derecho debe esforzarse en asegurar el delicado equilibrio en el que han de convivir el legítimo interés de la empresa (y del empresario) y el de los

¹⁵ MONTAYA MELGAR, A., *Poder de dirección y videovigilancia laboral*, cit., p. 192 señalaba que “Si el empresario es titular de un poder de dirección del trabajo y, dentro de él, de una facultad de control de la actividad laboral, tanto a través de medios personales como mecánicos o tecnológicos, el trabajador es a su vez titular de un estatuto jurídico que las decisiones empresariales fundadas en aquel poder y aquella facultad deben respetar”.

propios trabajadores”, de modo que “ni el empresario pued[a] ignorar e invadir la esfera jurídica del trabajador ni éste obstruir el ámbito de poder que compete al patrono”¹⁶.

Termino manifestando mi agradecimiento y orgullo de formar parte de esta gran familia académica. Parafraseando al profesor Montoya Melgar el oficio del profesor universitario es un peculiar oficio, que hace brotar de modo natural afectos y responsabilidades cuasi familiares hacia discípulos y alumnos. Un oficio que conlleva a veces molestas cargas burocráticas, que parecerían más propias de un jefe de personal que de un estudioso, pero que implica, también a veces, inesperados y fulgurantes gozos como este de participar en este libro homenaje a Alfredo Montoya Melgar¹⁷. No me queda más que agradecer a D. Alfredo su legado, ahora nos corresponde a los que estamos aquí mantenerlo vivo para entregarlo a quienes nos sucedan. Valgan estas páginas para recordar su memoria, y para seguir manteniéndolo presente entre nosotros.

¹⁶ MONTAYA MELGAR, A., “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, comentario a la STC 99/1994, de 11 de abril, en ALONSO OLEA, M./MONTAYA MELGAR, A., *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo XII, 1994, Civitas, p. 241.

¹⁷ En el “Discurso de investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid”, en MONTAYA MELGAR, A., *Tres maestros complutenses y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, p. 123.



Poder de dirección y permisos retribuidos: la rigidez de una relación condenada a entenderse

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo CEU*

I. Introducción

El poder de dirección es una manifestación de la subordinación jurídica característica de la relación laboral. Este poder se traduce en la facultad del empleador para organizar, controlar e incluso sancionar la prestación de trabajo, con los límites y respeto a los derechos fundamentales y los recogidos en las normas legales o convencionales.

Junto a este poder, la legislación española, recoge una serie de permisos, en virtud de los cuales la persona trabajadora puede ausentarse de su trabajo durante un período de tiempo, sin que signifique la proporcional pérdida del salario, al ser considerados como permisos retribuidos.

II. El poder de dirección del empresario

La doctrina jurisdiccional define el poder de dirección como: “La facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo. El poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales”¹

Su reconocimiento legal se encuentra recogido a lo largo de diferentes preceptos legales, a saber, el art 38 de la CE, el 1.1; el 5.c) el 20, el 39 (entre otros) del ET.

Es el poder de dirección un elemento definidor de las relaciones laborales y, por ende, de todo el Derecho del Trabajo. Sin embargo no es un poder absoluto y cada

¹ MONTÓYA MELGAR. A. en “Derecho del Trabajo” pág 490-Alonso Olea y Casas Baamonde, Madrid. Thomson Civitas. 2008.

vez más los poderes del empresario son objeto de limitaciones por derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores.

Tiene una faceta singular como son las órdenes e instrucciones que el empresario (o sus delegados), imparten a cada trabajador para que éste dé cumplimiento a su contrato de trabajo, dentro del ejercicio regular de sus facultades directivas, así como la realización “del trabajo convenido”, actuando con la diligencia debida en el trabajo, pudiendo adoptar las medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Dentro del poder directivo general encuadramos decisiones globales cuyo objetivo es la organización laboral de la empresa, entre ellas: la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo; los sistemas de selección y clasificación del personal, la retribución y tiempos de trabajo, ...etc.

Manifestaciones, del poder de dirección del empresario son también el llamado *ius variandi* en sus distintos grados y manifestaciones, los desplazamientos y traslados, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las suspensiones y, como no, las extinciones de la relación laboral teniendo en cuenta la normativa legal.

El poder de dirección está sometido a los límites establecidos en las regulaciones nacionales e internacionales, y de ninguna manera es discrecional, pues podrá ser modificado por las leyes y la negociación colectiva. Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional² ha establecido una serie de pautas para considerar correcto y constitucional el poder de dirección y la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de esos derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Más en concreto: “...para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”³.

III. Concepto y régimen de los permisos retribuidos

Son permisos retribuidos las autorizaciones para faltar al trabajo, durante el tiempo y por las razones que se prevén en la legislación aplicable, con derecho a remuneración.

La casuística es múltiple y variada, y su peculiaridad, es que la persona trabajadora queda exonerada de la prestación laboral, para atender a las diversas necesidades legal

² En otras muchas STC 39/2016, de 3 de marzo, Rec 7222-2013.

³ Sentencia 119/2022, de 29 de septiembre de 2022. Rec 7211-2021.

o convencionalmente establecidas, ya sean personales, familiares o de carácter social o cívico (previo aviso y justificación)⁴.

Según el TS⁵ “los permisos retribuidos obedecen a situaciones transitorias en las que se encuentra el contrato de trabajo, en las que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas legal o convencionalmente, queda liberado de la obligación de la prestación laboral, pero mantiene el derecho a la retribución” además sigue considerando el TS⁶ que: “... los permisos retribuidos son permisos finalistas, cuyo objeto es atender a las situaciones de necesidad, a la necesidad de conciliar la vida profesional y familiar o al cumplimiento de determinados deberes, que deben disfrutarse en días laborables, con la excepción del permiso por matrimonio ...”.

El nacimiento se produce cuando ocurre un suceso determinado que imposibilita asistir al trabajo, con independencia de si coincide o no con la jornada laboral.

Regula el ET estas situaciones con carácter de mínimos, lo que faculta que, a través del contrato individual o convenio colectivo, se añadan otros motivos o, incluso la exigencia de determinados requisitos para su disfrute y control. Estamos ante una norma de derecho necesario relativo, puesto que es posible que sea mejorada, y en todo caso es de obligada observancia lo recogido en la misma⁷.

Su naturaleza jurídica requiere varias precisiones:

- a) Estos permisos, no pueden ser considerados como tiempo de descanso en la jornada laboral, puesto que su sentido y fin no es que la persona trabajadora pueda o necesite recuperarse de la prestación de sus servicios, sino el disfrute de unos días que son considerados como de trabajo, pero que por imperativo legal se otorgan a la persona trabajadora para atender a ciertas necesidades.

⁴ Para SEMPERE NAVARRO, AV; “El empresario asume un riesgo que le es ajeno, ya que la interrupción tiene su origen en eventos que imposibilitan o tornan gravoso para el trabajador el cumplimiento de su obligación de trabajar, quizá por la ocasionalidad, excepcionalidad o breve duración de la mayoría de las circunstancias que dan lugar al disfrute del permiso”. En “¿Cómo se retribuye el permiso por horas sindicales? *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, núm., 11/2020.

⁵ STS de 3 de diciembre de 2019; (rec.141/2018).

⁶ Esta interpretación finalista es la preponderante para el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 14 de enero de 2021. (rec. 3962/2018).

⁷ Tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio de 2023, en el que por ejemplo se aumentan los días de permiso y aun no se recogen en los convenios, la empresa debe conceder el permiso que marca la ley.

- b) Los permisos laborales sólo tienen sentido si se proyectan sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar⁸, pues en otro caso se anularía su principal efecto de poder “ausentarse del trabajo”⁹.
- c) Los derechos que se le conceden a la persona trabajadora no tienen carácter periódico (como puede ocurrir con los tiempos de descanso), están sujetos al nacimiento de la contingencia que de acuerdo con la ley hace que surjan.
- d) La persona trabajadora mantiene el derecho a la retribución, quedando eximido de la prestación de sus servicios.
- e) Al ser un derecho necesario relativo que puede mejorarse en virtud de contrato o de convenio, cabe la posibilidad de aumentar las duraciones de estos, o añadir situaciones no recogidas por la norma¹⁰.

IV. Tensiones entre el poder de dirección y los permisos retribuidos, algunas cuestiones prácticas

En este apartado se van a desarrollar determinados aspectos críticos (no todos por cuestiones de espacio¹¹) que provocan fricciones y desavenencias entre las partes de la relación laboral y que han sido solventadas por los tribunales.

1. El permiso por matrimonio y pareja de hecho

La duración del permiso establecido por ley en 15 días, que el propio art.37.3 determina como “naturales”.

Por días naturales entendemos todos los días del año (de lunes a domingo), con independencia de que sea festivo, fin de semana o laborable; de forma que a los efectos de este permiso se absorberán los festivos y los descansos semanales que quedasen dentro de ese periodo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 13 de febrero de 2018¹² decidió sobre un recurso de casación ordinario frente a la SAN núm. 124/2016 de 13 de julio. El objeto de ambas resoluciones era determinar cuál era el *dies a quo* de los permisos retribuidos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de familiar, reconocidos en el

⁸ Las circunstancias que justifican la concesión de los permisos retribuidos deben de producirse durante un período de trabajo, en este sentido la STJUE(Gran Sala) de 4 junio de 2020 (C -588/18 FETICO) que sostienen que “en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos están indisolublemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas.

⁹ STS 11 de marzo de 2020, (rec.193/2018).

¹⁰ Conviene tener en cuenta que las nuevas situaciones generadoras de permisos retribuidos contempladas por el convenio colectivo no tienen por qué recibir necesariamente el tratamiento dado a los permisos previstos legalmente.

¹¹ Se pueden consultar en MARTÍN JIMÉNEZ, R: “Una aproximación legislativa y jurisprudencial a los nuevos permisos de los trabajadores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, ISSN-e 2386-8112, N.º. 114, 2024.

¹² Núm. 124/2016.

artículo 28.1¹³ del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (Contact Center), en caso de que el hecho causante de dichos permisos aconteciese en día festivo, ya que ninguno de estos permisos es por días laborables.

Se estima por el Alto Tribunal el recurso de casación frente a la SAN y determina que “si el día en que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable es claro que no se inicia el permiso por matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar hasta el primer día laborable que le siga”. Realiza una interpretación finalista, literal, lógico-sistemática y sociológica del precepto del convenio.

Con posterioridad a esta sentencia, llegan a la Audiencia Nacional¹⁴ varias demandas solicitando la interpretación de los correspondientes artículos de permisos

¹³ El artículo 28.1 del Contact Center establece: “1. Los trabajadores, previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Tres días en caso de nacimiento de un hijo. c) (...) d) Cuatro días en caso de fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos y dos días en caso de fallecimiento de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos”.

¹⁴ La Audiencia Nacional emite el auto núm. 57/2018 el 3 de septiembre de 2018 planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En dicho auto, la Audiencia Nacional se cuestiona la compatibilidad del artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores con los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a los descansos semanales y a las vacaciones anuales. O lo que es lo mismo, si es posible disfrutar simultáneamente de un permiso retribuido y del derecho al descanso y/o a las vacaciones anuales.

Se ha dictado sentencia por la Gran Sala en fecha de 4 de junio de 2020. En ella se establece que los días de permiso retribuido previstos en el Ordenamiento Español para que los trabajadores puedan atender a necesidades u obligaciones determinadas no forman parte de la Directiva 2003/88, sino del ejercicio por un Estado miembro de sus competencias propias. El TJUE afirma rotundamente que, dada la finalidad y objeto de estos permisos retribuidos, los mismos están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas, y que ello no merma la seguridad y salud de los empleados, que son los principios rectores de la ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho Social Europeo. Por lo tanto, estos permisos retribuidos españoles no son subsumibles en la jurisprudencia europea dictada en caso de concurrencia de bajas médicas o de maternidad y vacaciones, en la que no se admite el solapamiento, doctrina que ya fue integrada en nuestro ordenamiento interno hace años.

En este sentido, en las conclusiones emitidas por el Abogado General de la cuestión prejudicial, se pone de relieve que las vacaciones anuales previstas en el Derecho de la Unión tienen una naturaleza distinta y persiguen finalidades diversas a los permisos, puesto que éstos se conceden para que el trabajador pueda atender, si así lo desea, situaciones de su vida privada o pública que tienen lugar durante el tiempo de trabajo; además, no merman la capacidad para trabajar del empleado -a diferencia de la incapacidad temporal- y, finalmente, su disfrute es voluntario, lo que no sucede en caso de baja médica o de suspensión del contrato por cuidado del recién nacido. A mayor abundamiento, los permisos retribuidos no se vinculan al derecho al descanso, que está garantizado en nuestra normativa interna por encima del Derecho Europeo tanto anual como semanalmente, sino a la necesidad ocasionada por circunstancias personales que provocan su posibilidad de disfrute como ausencia justificada y retribuida en tiempo de trabajo en caso de que esta acontezca cuando el trabajador viene obligado a prestar servicios profesionales; dado que si tal necesidad particular tiene lugar durante su tiempo de descanso, el empleado puede atenderla personalmente, si así lo considera, sin necesidad de faltar al trabajo y sin que, por ende, se ocacione el presupuesto básico para que tenga lugar el permiso retribuido, que es la superposición de tiempo de trabajo y situación personal que origina la licencia retribuida.

retribuidos de acuerdo con dicha doctrina. La Audiencia matiza la sentencia del TS y fija su posición determinando que:

- a) el permiso por matrimonio por “días naturales”, en tanto que permiso largo, debe iniciarse el día del hecho causante y su cómputo debe incluir días laborales y festivos.
- b) los permisos cortos por “días”, son permisos por días laborales y, por tanto, tanto su inicio como su cómputo debe realizarse en días hábiles.

Las últimas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictadas al respecto¹⁵, en relación al día inicial del disfrute del permiso por matrimonio -único que está expresado en días naturales-, establecen que, en caso de que la ceremonia nupcial tenga lugar en día festivo o no laborable para el trabajador, el día inicial del permiso será el siguiente laborable a su celebración, ratificando así la doctrina establecida por la STS de 13 de febrero de 2018¹⁶ relativa a otros permisos regulados sobre vida personal y familiar.

Y así, en términos prácticos, y atendiendo a la jurisprudencia del TS, de celebrarse la ceremonia del matrimonio, o la inscripción en el registro en día festivo, se mantienen quince días de permiso además del propio de la ceremonia, mientras que, si se celebrare en día laborable, se habría de computar desde este mismo día el periodo de quince, porque, en caso contrario, el periodo total sería de dieciséis días, y la finalidad buscada por la ley es que en todo caso los beneficiarios del derecho disfruten de quince días de permiso retribuido, ni uno más ni uno menos; entiende algunos autores consideran “que esta interpretación debe limitarse a aquellos convenios colectivos que únicamente respeten los 15 días naturales del artículo 37.1.a) ET. Por ende, si se mejora convencionalmente dicha regulación, el cómputo debe iniciarse desde el hecho causante.”¹⁷.

2. El permiso de cuidadores

El tema objeto de controversia, reside en la persona que puede solicitar el permiso recogido por la norma (art. 37.3 b) ET). A este respecto, la AN¹⁸, ha declarado nula la práctica empresarial, que exige la convivencia o el carácter de cuidador principal respecto del cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluyendo al familiar consanguíneo de la pareja de hecho. Si se atiende a una interpretación literal de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, no se puede predicar una obligación de convivencia respecto del cónyuge, pareja de hecho o parientes. Solo existe esta obligación cuando se trata de otra persona

¹⁵ STS 695/2023 de 3 de octubre (rec. 239/2021). STS 414/2023 de 7 de junio (rec. núm. 280/2021).

STS 189/2022, 24 de febrero de 2022, (rec. 189/2022). STS 834/2022, 18 de octubre de 2022 (rec. 834/2022). STS 229/2020, 11 de marzo de 2020; (rec. 192/2018) STS 1181/2020 17 de marzo de 2020 (rec 193/18).

¹⁶ Rec 266/2016.

¹⁷ PEÑA MONCHO, J., “El inicio y cómputo de los permisos retribuidos Comentario a la STS 145/2018 de 13 de febrero y las reacciones generadas en la Audiencia Nacional”. 2019.

¹⁸ SAN (Social) de 31 enero de 2025. EDJ 2025/50351.

distinta de las anteriores que conviva en el mismo domicilio con la persona solicitante y que requiera de su cuidado efectivo.

Con respecto a la duración, se ha establecido en 5 días, sin límite anual; no estamos ante un permiso de cinco días anuales, puesto que nuestra legislación ha mejorado lo recogido en la Directiva Comunitaria¹⁹, y no existe limitación anual: si se cumplen los requisitos, la persona trabajadora tendrá derecho a cinco días cada vez que se produzca un escenario de este tipo²⁰.

Sobre el momento del disfrute, no es necesaria una intermediación de la licencia al tiempo en que se produzca el suceso que la justifica, y es posible que se coja en un momento posterior al primer día de hospitalización, si dura más de esos cinco días. Es más, si las necesidades de hospitalización, enfermedad o reposo domiciliario superan los cinco días, el trabajador puede elegir las fechas en que disfrutará del permiso (en función de lo que el convenio colectivo indique al respecto).

La SAN 9/2024 de 25 de enero, ha establecido²¹ que los cinco días de permiso por varios supuestos de enfermedad, accidente u hospitalización de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 5/2023, deben considerarse como días hábiles y no naturales.

Y así en el Fundamento Jurídico 4, señala que: “Es cierto que el artículo 37.3 b) del ET nada dice sobre la naturaleza natural o hábil de los días del permiso en él establecido, pero no debemos olvidar que la actual redacción del mismo, como ya se ha indicado ut supra, es fruto de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2019/1158, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023. De forma meridianamente clara se dice en la Exposición de Motivos de esta última norma que “se modifica el artículo 37.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, [...] en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158”. Pues bien, en el artículo 6 de dicha Directiva se establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador”. El mandato de la Directiva resulta claro e incondicionado, los Estados deben garantizar un permiso de cinco días “laborables”, no pudiendo éstos obviar esta clara obligación. Es verdad que la norma española en la trasposición solo ha procedido a establecer el parámetro cuantitativo de los días -cinco-, obviando el parámetro cualitativo - hábiles-; pero ello

¹⁹ 2019/1158 de 20 de junio de 2019.

²⁰ En este sentido SAN (Social) de 7 marzo de 2025. EDJ 2025/521977, que reconoce expresamente el derecho de las personas trabajadoras a disfrutar del permiso del artículo 37.3.b) ET tantas veces como concurren hechos causantes, sin limitación a cinco días anuales y el derecho a continuar disfrutando del permiso tras una hospitalización o intervención quirúrgica con ingreso hospitalario, cuando se prescriba reposo domiciliario para el familiar que requiera cuidados efectivos.

²¹ La sentencia estima en parte la demanda presentada por USO, CGT, CCOO y UGT, en la que solicitaban que declarase la nulidad del término “natural” previsto en las letras c) y d) del apartado 1º del artículo 30 del III convenio colectivo del Sector del Contact Center, al considerar que el cómputo de los permisos en días naturales es contrario a lo establecido en la directiva 2019/1158 -que prevé expresamente que sean días laborables- y en el Estatuto de los Trabajadores.

no impide concluir que los días de este permiso traspuesto deben ser considerados hábiles, dado que la Directiva es clara, habla de días hábiles; además, respecto al posible margen de configuración otorgado a los Estados miembros, la Directiva no da pie a éstos a que elijan si los días tienen que ser hábiles y naturales. La obligación que a estos se impone, insistimos, es clara y concreta - cinco días laborables-. Obligación que tiene que ser observada por la legislación nacional y por la autonomía colectiva de cada Estado miembro.”.

Además es jurisprudencia reiterada del TS “que se tiene dicho que el artículo 37.3 del ET constituye un norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado, pero no empeorado [STS de 25 de enero de 2011 (Rec. 216/2019)]; en el que “los permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja” [STS de 13 de febrero de 2018 (Rec. 266/2016)]; por tanto, cualquier permiso del artículo 37.3 del ET “sólo es concebible si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues de lo contrario carecería de sentido que su principal efecto fuese “ausentarse del trabajo”. En consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario” [STS de 25 de enero de 2023 (Rec. 124/2021)]; de suerte que “la regla general es que estos permisos retribuidos deben disfrutarse durante los días de trabajo efectivo, salvo que el convenio colectivo, al establecer una mejora respecto de los permisos establecidos en el ET, acuerde que se disfrutan en días naturales” [STS de 7 de junio de 2023 (Rec. 280/2021)]. Concretándose el rol que se otorga a la autonomía colectiva en la premisa de que “la regulación convencional no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el art. 37.3 ET. Y si el convenio dispone mejoras o ampliaciones respecto del catálogo legal de permisos, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos” [STS de 11 de marzo de 2020 (Rec. 188/2018) y STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 104/2021)].

3. El permiso por fuerza mayor

Cumpliendo con la Directiva 2019/1158²², el ET recoge en el 9 del artículo 37, el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor, siendo objeto de controversia la posibilidad de mayor número de horas y su retribución.

La duración del permiso viene establecida por horas (las necesarias para cubrir esa urgencia), con el límite de cuatro días.

Es por ello por lo que una persona trabajadora, podrá disfrutar un número de horas que dependerá de las horas que trabaje en el día: una trabajadora a jornada completa que realice 8 horas al día podrá ausentarse de su puesto de trabajo por un total de 32 horas al año. Si la jornada no está distribuida de forma homogénea, pueden surgir dudas con respecto a su cómputo.

Por otro lado, y con respecto a si es posible un número mayor de horas, los términos de la trasposición de la Directiva permiten entender que existe el derecho a ausentarse más allá, aunque sin garantía de remuneración.

²² Art. 7.

La Audiencia Nacional²³ en Sentencia 19/ 2024 de 7 de abril, y con respecto a la retribución, ha dictado una resolución innovadora que reconoce el carácter retribuable de las de las horas de ausencia por fuerza mayor, sin necesidad de previsión expresa al respecto en pacto colectivo o acuerdo empresarial.

La argumentación de la empresa²⁴ ante la AN, para no retribuir las ausencias del permiso instaurado por RDL 5/2023, es precisamente que no se encuentran reguladas ni en el Convenio colectivo, ni en Acuerdo de empresa²⁵.

Sin embargo para la Audiencia Nacional el art. 37.9 ET (haciendo una interpretación literal de la norma), genera en favor del trabajador que disfrute de las horas previstas en el mismo, un derecho a que tales horas sean retribuidas de origen legal, y aunque manifiesta que la redacción del precepto sería mejorable, se reconoce un derecho a la ausencia manteniendo el derecho a la retribución, y la remisión que se efectúa al Convenio colectivo o al Acuerdo de empresa es únicamente para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia, pero no para supeditar la retribución.

Siguiendo con la interpretación sistemática, pone de manifiesto que, antes de la reforma, “las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor de carácter temporal estaban reguladas en los arts. 45. 1 l) y 47. 5 y 6, como causas de suspensión del contrato de trabajo en las que el empleador estaba exonerado de retribuir, conforme al art. 45 del ET, encontrándose mientras tanto el trabajador en situación legal de desempleo para el trabajador, susceptible de generar una prestación o un subsidio por esta causa.”²⁶.

Sin embargo, el legislador regula un derecho a la interrupción de la prestación cuando se genera una situación de fuerza mayor en la esfera familiar o de convivencia del empleado²⁷. No es posible una interpretación literal restrictiva ya que en otros supuestos en los que la ausencia acarrea la pérdida del salario se recoge expresamente,

²³ Sala de lo Social Rec. 315/2023.

²⁴ Que se dedica a la explotación de centros de trabajo radicados en más de un Comunidad Autónoma, cuyas relaciones laborales se rigen con arreglo al III Convenio Colectivo del sector del Contact Center suscrito con fecha 14 de marzo de 2023.

²⁵ “Informaros que, respecto al permiso retribuido por horas de ausencia equivalentes hasta 4 días para “causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata”, aunque en un primer momento, con carácter conservador, mantuvimos el carácter retribuido del mismo, una nueva revisión de dicho precepto en profundidad, unido al estudio de la reciente doctrina administrativa sobre el asunto, nos lleva a concluir que dicho permiso tiene carácter NO retribuido salvo que el convenio colectivo, o en su defecto acuerdo con la empresa, indique lo contrario” Hecho Probado Sexto, cita textual que notifica la empresa.

²⁶ Fundamento Jurídico Cuarto.

²⁷ “No la desarrolla en el art. 47- como se hizo con la fuerza mayor impropia derivada de lo que tradicionalmente venía denominándose “factum princeps” -”limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”-, sino que lo regula en el art. 37 del ET, rubricado como “Descanso semanal, fiestas y permisos.”, precepto este que regula interrupciones en la prestación de servicios que en principio son retribuidas, debiendo significarse que en este artículo cuando la ausencia acarrea la pérdida consiguiente del salario (apartados 4 a 7 del art. 37), así se expresa en el precepto”. Fundamento Jurídico Cuarto.

por lo que la falta de previsión debe llevar a entender que sí son retribuibiles (“no puede aceptarse la tesis defendida por la empresa según la cual el hecho de que este permiso de horas por fuerza mayor no esté regulado en el art. 37.3 del ET, implica que la ley no reconozca que la ausencia deba ser retribuida”).

Destaca la Audiencia, desde el punto de vista finalista e histórico, la Nota Informativa que emitió la Vicepresidencia 2ª del Gobierno y el Ministerio de Trabajo Economía social en la que se recalca que la intención del Gobierno es que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos.

Por último, y como señala la sentencia no puede dejar de hacerse una interpretación sociológica, que pone de manifiesto el análisis de la cuestión desde una perspectiva de género; y así establece que: “La realidad social sobre la que se plasma esta norma ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia, por todas la ya citada STS 9-12-2019, y no es otra que los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Esta misma descripción de la realidad social es la que se deduce de los considerandos de la Directiva 2019/1158, que pretende transformar la misma favoreciendo mecanismos que faciliten la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares”.²⁸

Esto le lleva a la Audiencia a poner de manifiesto que cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento desde esta perspectiva de género²⁹, en aras a no perpetuar la denominada “brecha laboral de género”, ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermada su retribución por esta causa, a la par que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares.

En conclusión, declara que estas ausencias por fuerza mayor tienen carácter retribuable y no es necesaria prevención convencional alguna o pacto de empresa ya que ha quedado fijado así por norma legal. Además, niega a las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos la facultad para resolver un conflicto como el que se está dirimiendo, en el que se está interpretando una norma legal, aunque incida en el convenio de aplicación.

V. Conclusiones

El poder de dirección es una facultad esencial para el funcionamiento de la empresa, pero no es absoluto.

Los permisos retribuidos son derechos legalmente reconocidos cuya finalidad es permitir al trabajador atender situaciones personales sin merma salarial.

El conflicto entre ambos derechos debe resolverse en favor del equilibrio, evitando tanto el abuso del poder empresarial como la utilización fraudulenta de los permisos.

²⁸ Fundamento Jurídico Cuarto.

²⁹ Teniendo el carácter informador del Ordenamiento Jurídico del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres conforme proclama el art. 4 de la Ley Orgánica de Igualdad, de forma que dicha igualdad sea verdaderamente efectiva.

Nuestra doctrina jurisprudencial tiende a reforzar la posición del trabajador en cuanto al disfrute de permisos, exigiendo su adecuación temporal al hecho causante, pero reconociendo al empresario ciertas facultades de comprobación

VI. Bibliografía

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, “Derecho del Trabajo”. ED. Thomson Civitas. Madrid 2008

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C: “Permisos retribuidos y reglas aplicativas sobre el cómputo de los días de disfrute”. *Revista Aranzadi Doctrinal Navarra*, N.º. 7, 2019

MARTÍN JIMÉNEZ, R: “Una aproximación legislativa y jurisprudencial a los nuevos permisos de los trabajadores” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, ISSN-e 2386-8112, N.º. 114, 2024.

MONTOYA MELGAR A: “Derecho del trabajo” ED Tecnos 2024.

MONTOYA MELGAR A: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, marzo-agosto, 2000.

MONTOYA MELGAR: A: “El poder de dirección del empresario” Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

PEÑA MONCHO, J., “El inicio y cómputo de los permisos retribuidos Comentario a la STS 145/2018 de 13 de febrero y las reacciones generadas en la Audiencia Nacional”. 2019.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C: “Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Madrid N.º. 133, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derecho del Trabajo. Conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo), págs. 139-183.

SEMPERE NAVARRO, AV; “¿Cómo se retribuye el permiso por horas sindicales? *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, núm., 11/2020.

RIVAS VALLEJO, P: “El cómputo del dies a quo en los permisos retribuidos en la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo. STS-SOC núm. 257/2020, de 12 de mayo”. *Revista de Jurisprudencia Laboral* - Madrid Número 6/2020.

Sobre el registro del tiempo de trabajo, los excesos de jornada y la prueba en torno a las horas extraordinarias¹

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Burgos*

I. Supuesto de hecho

La sistemática y la concisión requeridas por una contribución de esta naturaleza conducen a abrir el análisis con una somera descripción de la situación de partida, paso imprescindible antes de emprender el examen más minucioso de la concreta problemática jurídica elevada a la fase de suplicación por la parte actora. Así, con gruesos trazos, los principales aspectos a considerar dentro de la litis son:

- Sirviéndose para ello del cauce ordinario configurado en los artículos 80 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (LRJS)², el periplo del trabajador pleiteante comenzó con una demanda por reclamación de cantidad presentada contra su empleadora ante el Juzgado de lo Social de Madrid. En su escrito alega la presunta realización de una serie de horas extraordinarias no resarcidas por la entidad.
- Previos los trámites oportunos, el órgano judicial *a quo* dictó sentencia el 10 de junio de 2024. En ella declara probados, entre otros, los siguientes extremos:
 - Durante la vigencia de la relación laboral el actor ejerció la función de director del restaurante donde prestaba servicios.

¹ Resolución comentada: STSJ de Madrid de 10 de abril de 2025 (rec. 1060/2024).

² Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

- En la cláusula adicional cuarta de su contrato (relativa al tiempo de trabajo) figuraban dos previsiones de honda repercusión: 1) «Dada la naturaleza del puesto a desempeñar, se entiende por las partes que la jornada de trabajo será flexible y se adaptará a las necesidades de la empresa y de los plazos de *reporting* a nivel internacional, todo ello dentro de los límites establecidos por la normativa legal vigente». 2) Cuando «eventualmente sea necesario realizar horas extraordinarias, se pacta [...] que estas deberán ser previamente autorizadas por la Dirección [...] y serán compensadas por descanso equivalente».
 - Como quiera que eso último ya no sería posible (el vínculo laboral se extinguió el 16 de septiembre de 2022), con su acción el demandante persigue la percepción del subsiguiente importe económico, de ahí que, por obra del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET)³, contara con un plazo de prescripción de un año para efectuar la reclamación⁴.
 - En razón a su posición dentro de la estructura jerárquica del centro de trabajo, el empleado tenía atribuido el cometido de elaborar y notificar (a través de un grupo de Whatsapp) los cuadrantes horarios del conjunto de la plantilla (no siempre definitivos, dada la relativa frecuencia con que devenía preciso modificarlos *a posteriori*).
 - Al objeto de que toda persona registrara el inicio y el final de cada jornada, la empresa implantó un sistema individualizado y automatizado de fichaje (mediante huella dactilar o clave alfanumérica) accesible desde cualquiera de los terminales de punto de venta disponibles en el establecimiento.
- A la postre, la sentencia judicial dictada en instancia desestimó la pretensión formulada contra la empleadora. Fundamentalmente, esto obedeció a que el trabajador, sobre quien recaía dicha carga, no acreditó en juicio las horas extraordinarias reclamadas, pues, de un lado, su prueba testifical no resultó ni «clara ni contundente» y, de otro, no evidenció un efectivo desempeño profesional a lo largo de los diferentes períodos reflejados en los cuadrantes que él mismo confeccionó.
- Contra esta resolución, la parte demandante interpuso el consabido recurso de suplicación, del cual entró a conocer la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Particularmente, al amparo del artículo 193.c) de la LRJS, en él denuncia la supuesta infracción de los preceptos 217 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento

³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre).

⁴ Repasando con detalle la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre el instituto de la prescripción, la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2024 (rec. 2421/2023).

Civil (LEC)⁵, 34.9 del ET⁶ y 15 y 16 del convenio colectivo autonómico para el sector de la hostelería y las actividades turísticas.

En opinión del recurrente, si bien de manera general compete a la persona trabajadora la carga procesal de demostrar con detalle y rigor la realización de las horas extraordinarias reivindicadas, esta regla deja de operar cuando de la realidad de los hechos quepa inferir la ejecución habitual de una jornada superior a la de referencia. Entonces, la empresa ha de acreditar que tales excesos de jornada no tuvieron lugar (o que ya fueron compensados total o parcialmente), para lo cual le atañe aportar en el juicio, por ejemplo y de forma señalada, el registro diario con los períodos específicos de prestación de servicios.

II. Marco regulador

Dentro del nutrido conjunto de elementos conectados al tiempo de trabajo, uno de los más significativos viene representado por las horas extraordinarias, a las que la norma laboral sustantiva dedica su artículo 35. *Grosso modo*, dicha figura alude a los intervalos por encima de la jornada ordinaria (convencional, contractual o, en último término, legalmente establecida) durante los cuales la persona asalariada ejecuta un genuino cometido profesional.

Como se desprende, su primer elemento definitorio viene dado por la existencia de una tangible y extemporánea prestación de servicios. Condición que, a pesar de su aparente simplicidad, «plantea especiales problemas» en algunas ocasiones⁷, como cuando concurren ciertos periodos a disposición de la empleadora o determinados márgenes de ductilidad en la parcelación del desempeño.

Evidentemente, el estudio singularizado de cada supuesto de hecho emerge como una condición *sine qua non*. En esta máxima se insiste una y otra vez desde el foro judicial. No en vano, ya que hoy por hoy «el tiempo diario de las personas en las sociedades avanzadas [...] se divide en los tres segmentos conocidos (de actividad laboral, descanso y ocio) [...] [y] que cualquier posible desbordamiento de cualquiera de estos tiempos [...] [traerá] consigo una [...] [intromisión] en las [restantes] zonas horarias [...] [tiene que] examinarse con precaución cualquier prolongación de la

⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero).

⁶ En virtud del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE núm. 61, de 12 de marzo), el apartado número 9 fue incorporado al artículo 34 del ET «para regular el registro de jornada, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (preámbulo).

A mayor abundamiento, ese novedoso deber patronal se instauró a nivel interno antes de que la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, confirmara que una regulación nacional donde no se fuerce a las empresas a establecer un mecanismo de este tipo va en contra de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE núm. 299, de 18 de noviembre).

⁷ STSJ de las islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de marzo de 2024 (rec. 1176/2022).

jornada, y más cuando [...] [esta última] incide en los lapsos temporales que son ajenos al trabajo»⁸.

A este respecto, junto con los que adicionalmente puedan figurar en el convenio colectivo de cabecera, el ET (art. 35.5) impone a la empresa un deber formal de indudable trascendencia, el de anotar día a día, aun cuando la labor se desarrolle a distancia⁹, las eventuales horas extraordinarias prestadas por el personal a su servicio. A continuación, tendrá que totalizarlas en consonancia con el plazo fijado para el pago de la retribución, momento en el cual, junto con el preceptivo recibo de salarios, entregará una copia individualizada del respectivo resumen¹⁰.

La mencionada obligación ambiciona dos propósitos capitales: 1) Procurar que se respeten los límites establecidos en materia de tiempos de trabajo y de descanso. 2) Proporcionar a quien las haya efectuado «un medio de prueba documental, que facilite la acreditación [...] siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias»¹¹.

Eso sí, se trata de una responsabilidad distinta¹², pero también complementaria y compatible¹³, a la del artículo 34.9 del ET, precepto cuya literalidad fuerza a las empresas a garantizar «el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que [...] [pueda resultar de aplicación]». A tal fin, servirá «cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, apto y que cumpla con el objetivo legal que se establece, para proporcionar una información fiable, inalterable y no manipulable *a posteriori* [por ninguna de las partes]»¹⁴.

III. Solución al debate suscitado

Conforme razona y argumenta la instancia jurisdiccional *ad quem*, «la obligación del registro de jornada resulta un medio de prueba determinante para verificar el cumplimiento de las normas en materia de tiempo de trabajo y de descanso y, en consecuencia, también la realización de horas extraordinarias». No solo eso. Asimismo y por lo que aquí más interesa, su incorporación al ordenamiento jurídico «supuso un cambio de paradigma en el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la carga de la prueba en aquellos casos en los que [...] [la persona asalariada] plantease una reclamación por haber excedido su jornada ordinaria».

⁸ STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2025 (rec. 277/2025).

⁹ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015).

¹⁰ Modalidad específica que, a diferencia del registro diario contemplado en el precepto 34.9 del ET, no resulta aplicable en el ámbito del empleo doméstico, dada la exclusión expresa prevista en el artículo 9.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE núm. 277, de 17 de noviembre). Confirmándolo, la STSJ del País Vasco de 6 de marzo de 2025 (rec. 517/2023).

¹¹ SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. 301/2015).

¹² STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 2024 (rec. 1850/2024).

¹³ Subrayando ya antes de la publicación del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, que el registro de la jornada perfectamente podía servir para satisfacer ambos compromisos de manera simultánea, las SSAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. 301/2015) y 19 de febrero de 2016 (rec. 383/2015).

¹⁴ STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2024 (rec. 4483/2023).

Dejando a un lado que, antes y ahora, cualquier reclamación de esta índole ha de reflejar con nitidez aspectos tan básicos como el número de horas extraordinarias presuntamente llevadas a cabo y las condiciones particulares que rodearon su materialización (fecha, horario, etc.)¹⁵, con vistas a su adecuada «individualización, de manera directa o por remisión a tramos horarios fijos, ya que, de otro modo, se colocaría a la empresa en la más absoluta indefensión»¹⁶, hasta esa fecha era la parte demandante quien, por lo usual (pues la pauta podía modularse gracias al criterio de la asequibilidad acreditativa), tenía que evidenciar de un modo riguroso esa circunstancia¹⁷, no bastando con «la mera manifestación de haberlas trabajado»¹⁸. Esto a pesar de que, en el recordatorio hecho por el pronunciamiento ahora analizado, ello pudiera implicar «una interpretación restrictiva del apartado 7 del artículo 217 de la LEC, que establece que la aplicación de las reglas de la carga de la prueba deberá hacerse conforme a la “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”».

De todos modos, existía una importante salvedad a ese canon tan categórico y global. En concreto, la exigencia decaía cuando se desarrollara con asiduidad una jornada uniforme superior a la ordinaria, es decir, de mediar excesos reiterados respecto del tiempo base de prestación de servicios¹⁹.

Con la aprobación del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, se ha simplificado notablemente esa tarea a la persona trabajadora, sobre todo en aquellos escenarios donde la obligación de registro no ha sido debidamente observada por su empleadora. A partir de ahí, aunque no sin matices o excepciones²⁰, la solución adoptada por la mayoría de los órganos jurisdiccionales (en esencia, Tribunales Superiores de Justicia) ha variado de un modo elocuente. Ahora, de proporcionar la parte demandante al menos unos indicios claros e idóneos sobre el exceso de jornada pretendido²¹, si la empresa soslayó o no cumplió de manera adecuada con su obligación de consignar la jornada (o no presenta el preceptivo registro en el proceso)²², le competará a ella

¹⁵ STSJ de Andalucía (Málaga) de 1 de abril de 2024 (rec. 1699/2023).

¹⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de febrero de 2025 (rec. 374/2024).

¹⁷ STS de 22 de julio de 2014 (rec. 2129/2013).

¹⁸ STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2025 (rec. 1159/2024).

¹⁹ STSJ de las islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de julio de 2024 (rec. 199/2024).

²⁰ Por ejemplo, una de las discrepancias más importantes con el sentir mayoritario puede encontrarse en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de abril de 2022 (rec. 4005/2021). Como se expresa en este pronunciamiento, ni la normativa reguladora del registro diario ni la propia jurisprudencia europea sancionan «el incumplimiento de la obligación de control con la aplicación de una presunción iuris tantum a favor de la jornada extra reclamada, como si existe en el artículo 12.4.c) del Estatuto de los Trabajadores [...] para el caso de [...] los contratos a tiempo parcial [...] [siendo además] sabido que las normas de naturaleza sancionadoras o limitadoras de derechos están sujetas a una interpretación restrictiva». En parecidos términos, entre otras, la STSJ de Extremadura de 22 de enero de 2025 (rec. 626/2024).

²¹ Algo que debe hacer incluso de no acudir al procedimiento la parte demandada, ya que esto «no implica, *per se*, una presunción automática de la realización de las horas extraordinarias». El inciso, en la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2024 (rec. 6342/2023).

²² Acerca de un supuesto donde el «sistema de control horario se ha mantenido sin reparar durante meses [...] [sin que la] dejadez de la empresa en el cumplimiento de sus obligaciones [...] [pueda] perjudicar a

«acreditar que no se hicieron, en todo en parte, las horas extraordinarias o que [estas] han sido debidamente compensadas»²³.

Lo anterior constituye una plasmación en la práctica de lo previsto en el artículo 217 de la LEC, particularmente, dentro de su apartado número 7²⁴. Al fin y al cabo, lo señalado en el precepto «no responde a unos principios inflexibles, sino que se debe adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte»²⁵. Por eso, juega en contra de quien no ha llevado a cabo el registro que la actuación de su rival en el juicio siquiera permita atisbar apropiadamente un potencial exceso de jornada²⁶.

En definitiva, ya no cabe exigir a la persona trabajadora que evidencie los hechos «en el sentido y con el alcance tradicionales, sino que, afirmada por [...] [ella] la existencia de horas extras con mención de sus distribución e importe, su comprobación deberá derivarse ineludiblemente del examen del registro horario, cuya creación, conservación y aportación en el acto del juicio corresponde [...] [a la empleadora]»²⁷. Y es que, al estar ante una responsabilidad patronal, la ausencia o el carácter anómalo de ese elemento «en modo alguno le puede beneficiar»²⁸. Con otras palabras, no deviene admisible que la parte demandada «obtenga una ventaja procesal en materia de prueba basándose en el incumplimiento de lo que le ordena el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores»²⁹.

Ítem más, ni siquiera puede recaer sobre quien acciona «la carga procesal de reclamar la aportación a los autos por la empresa del registro horario, pues [...] en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria [...] [esta debe hacerlo en su propio interés para intentar] desvirtuar la prueba de la parte actora»³⁰.

Eso sí, lo expuesto no equivale a la entrada en escena del principio *in dubio pro operario* (art. 3.3 del ET), ya que este último tan solo «proyecta su influencia en el conflicto o colisión de normas y en su interpretación, para, cuando esta permita distintos sentidos, atribuir[le] [...] el que resulte más favorable para [...] [la persona asalariada, pero sin extender sus efectos] al acreditamiento fáctico que cada [...] [uno de los] litigantes debe realizar en el proceso»³¹.

la [persona] trabajadora», cuya pretensión, además, se vio reforzada por otros elementos de verificación (testificales y documentales), la STSJ del Principado de Asturias de 30 de enero de 2024 (rec. 1711/2023).

²³ STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2025 (rec. 1159/2024).

²⁴ «Para la aplicación de lo dispuesto [...] [en el artículo se] deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», reza este pasaje del precepto.

²⁵ STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2024 (rec. 1038/2023).

²⁶ STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016).

²⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de febrero de 2025 (rec. 374/2024).

²⁸ STSJ de Navarra de 9 de abril de 2025 (rec. 50/2025).

²⁹ STSJ de las islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de julio de 2024 (rec. 199/2024).

³⁰ STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2024 (rec. 1737/2024).

³¹ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de octubre de 2024 (rec. 3468/2022).

Sin embargo, merece la pena subrayar que «la no aportación del registro horario, por sí misma, no [...] [comporta] la veracidad de la realización de horas extras reclamadas en la demanda [...] [es decir] no va a implicar automáticamente el reconocimiento del derecho a percibir las horas extras reclamadas»³². Para que bajo dichos parámetros prospere la petición de la persona trabajadora, esta ha de brindar a la instancia judicial un «panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permita una mínima cuantificación»³³, pues desde el ordenamiento no se ha establecido «una presunción *iure et de iure* de veracidad sobre las horas extras [...] [reivindicadas en] aquellas empresas que no cumplan con dicho registro de jornada»³⁴. Siempre con el requisito añadido de que la pretensión puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional no pueda ser tildada de «desproporcionada, desmesurada y, por ello, desconectada de cualquier criterio realista»³⁵.

Igualmente, al tratarse de un medio acreditativo más, aunque sin duda cualificado, «la no llevanza de registro horario, o la llevanza de un registro no fiable [...] [puede ser paliada por la empleadora mediante] alguna otra corroboración»³⁶. Por lo tanto, incluso ante un escenario como el bosquejado, se ha de «tener en cuenta la valoración de los demás medios de prueba [...] [y] atender en cada caso [...] a las posibilidades reales [y razonables] de prueba existentes»³⁷.

En virtud de lo expuesto, la acción planteada no prosperará si la persona trabajadora, por propia iniciativa, evita hacer uso del sistema de fichaje establecido³⁸. Tampoco si ella es la responsable de controlar el correspondiente instrumento (por ejemplo, al ocupar la dirección del departamento de recursos humanos³⁹) o disfruta de amplias dosis de flexibilidad en materia de horario o de jornada (al punto de poder autoorganizarse y compensar según su criterio los hipotéticos excesos en los tiempos de prestación de servicios)⁴⁰.

Al final, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid tuvo que compartir la conclusión alcanzada «con depurada y convincente motivación» por el Juzgado de instancia. No en vano:

- De manera libre y consciente (no constan factores que impidieran o dificultaran su utilización y adecuado funcionamiento), el trabajador decidió obviar el mecanismo específico habilitado por la entidad demandada, la cual sí dio satisfacción a la obligación de implementar una herramienta adecuada, fidedigna y de obligado empleo para encauzar el registro individual de cada jornada de trabajo.

³² STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2025 (rec. 4581/2024).

³³ STSJ de Extremadura de 22 de enero de 2025 (rec. 626/2024).

³⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 2024 (rec. 1850/2024).

³⁵ STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2024 (rec. 127/2023).

³⁶ STSJ de Galicia de 8 de abril de 2025 (rec. 2764/2024).

³⁷ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de enero de 2025 (rec. 4480/2022).

³⁸ STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2024 (rec. 5058/2023).

³⁹ STSJ del Principado de Asturias de 22 de octubre de 2024 (rec. 1188/2024).

⁴⁰ STSJ de Cantabria de 4 de julio de 2024 (rec. 416/2024).

- El demandante, a la sazón director del establecimiento, «conocía el sistema de fichaje y su funcionamiento [...] comunicaba a la plantilla la necesidad de disponer de las contraseñas para hacer uso de él y, en definitiva, era el último responsable de su cumplimiento, que también él debía observar, al menos para poder acreditar la totalidad de horas realizadas».
- Además, «mal cabe deducir [que aquel] haya realizado horas extras con base en unos cuadrantes que él mismo elaboraba [...] [máxime cuando, en paralelo, sus] jornadas eran flexibles y variables». Es decir y dado el caso, estos últimos documentos ni siquiera habría servido como un elemento indiciario suficiente.

Evidentemente, en la postrera reflexión del Tribunal *ad quem*, «cuestión diferente habría sido [...] [si] ese sistema de fichaje diario no hubiera existido o no fuera facilitado por la empresa, ya que, en ese caso, operaría [...] la presunción de realización de horas extras, recayendo entonces sobre la empresa [...] la carga de acreditar que no se han realizado las horas que figuran en la planificación».

Liberalidad empresarial y límites al poder de dirección en materia de permisos laborales

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

*Profesor Permanente Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. El alcance de los permisos laborales del ET

En su tradicional manual de Derecho del Trabajo, el profesor Montoya Melgar estudiaba las diferencias dogmáticas y legales entre interrupciones y suspensiones de la prestación laboral, además de aquellas otras derivadas de la exigencia legal de un descanso, señalando los requisitos de estas vicisitudes de escasa importancia para no llegar a configurar causa de extinción de la relación contractual, ni tampoco incidir en el derecho retributivo de la persona trabajadora¹. El margen de acción para la dirección empresarial y control de la actividad laboral no era, ni es absoluto para las cesaciones ocasionales de la prestación de trabajo legalmente tasadas, de ahí que en el presente trabajo se trate de exponer los aspectos propios y comunes² que la doctrina judicial ha asentado a la liberalidad empresarial respecto a los permisos laborales, especialmente tras la acción de los RD-Ley 5/2023³, RD-Ley 2/2024 y RD-Ley 9/2025.

1. Permiso por traslado de domicilio habitual

El permiso de mudanza regulado por el art. 37.3 c) ET es de carácter retribuido. Este permiso permite la ausencia de 1 día por mudanza, siempre que sea “imprescindible”

¹ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 447-450.

² SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Tres criterios consolidados sobre cómputo de los permisos laborales remunerados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2022.

³ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 9, 2023, págs. 11-33.

para la persona trabajadora para trasladar su domicilio habitual⁴, lo cual excluye traslados temporales por reformas en el hogar o traslados a segundas residencias. La duración de este permiso está destinada a cubrir el “tiempo indispensable” o necesario para la mudanza, aunque la negociación colectiva puede ampliar la duración del permiso, como por ejemplo, en aquellos supuestos que impliquen cambio de ciudad. En caso de no existir tales previsiones pero se requieran días adicionales, éstos deberán negociarse directamente entre la empresa y la persona trabajadora, siendo frecuente el empleo adicional de tiempo de vacaciones o la concesión de un permiso sin sueldo. En estos momentos, este permiso no se ha visto afectada por los cambios en la Ley de Familias.

En un sentido cuantitativo, por carácter “indispensable” se ha entendido como aquel tiempo razonable, desestimándose la solicitud de varios días completos cuando la mudanza podría haberse realizado en unas horas⁵, aunque, en puridad, el ET no impone un número concreto de mudanzas o limitaciones al número solicitudes por año, como tampoco lo hace respecto al volumen o magnitud de la mudanza por los enseres a trasladar, u otras cuestiones familiares, escolares, etc. En un sentido cualitativo, estaría el conflicto solucionado sobre consideración del tipo de días que comprendería el permiso, esto es, descartándose los naturales (incluidos festivos) e incluyendo los días hábiles⁶.

2. Permiso por matrimonio o registro de pareja de hecho

El art. 37.3 a) ET contempla 15 días “naturales” retribuidos en caso de matrimonio. La duración no puede ser modificada, ni reducida por acuerdos o Convenios Colectivos, ya que es un derecho irrenunciable⁷. Como sucede con otros permisos, el precepto legal no contempla un número límite de solicitudes, o una limitación temporal, o un periodo de carencia para su ejercicio, ni tampoco el reintegro en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial. La retribución de permiso debe comprender los complementos que sean parte habitual del salario, como antigüedad, transportes o responsabilidades⁸, y llegado el caso, también los complementos por horas extras, puntualidad o absentismo⁹, siempre y cuando formen parte de la retribución habitual.

Respecto a las parejas de hecho, tradicionalmente, el permiso venía enfocado al matrimonio, aunque algunos Convenios Colectivos lo equiparaban a las parejas de hecho legalmente constituidas. Para la doctrina judicial, debía descartarse la pareja de hecho,

⁴ STS 13 mayo 2008 (Rec. 1063/2007).

⁵ STSJ Madrid 15 noviembre 2017 (Rec. 2281/2017).

⁶ SSTs 17 marzo 2020 (Rec. 193/2018), 9 julio 2020 (Rec. 223/2018), 29 septiembre 2020 (Rec. 244/2018) MONEREO PÉREZ, J.L., y GUINDO MORALES, S.: “¿Pueden las personas trabajadoras reclamar el derecho al disfrute de los permisos retribuidos en días laborables cuando el hecho causante se produce durante el descanso semanal o anual retribuido a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?: sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2020, asunto C- 588/18: FETICO y otros” *La Ley Unión Europea*, núm. 83, 2020.

⁷ STSJ Cataluña 16 de marzo de 2015 (Rec. 160/2015).

⁸ STS 27 marzo 2015 (Rec. 3022/2014).

⁹ STSJ Cataluña 5 octubre 2016 (Rec. 32/2016).

sin que constituyera una discriminación por vulneración de derechos fundamentales, en tanto que, el precepto legal hacía omisión expresa, a pesar de que existieran otros beneficios laborales en cuanto a las parejas de hecho, y en tanto que, este tipo de parejas, como figura legal, no han conestado equiparadas legal al matrimonio civil¹⁰, hasta la publicación del RD-Ley 2/2024. No en vano, si con posterioridad la pareja de hecho contrajera matrimonio, el permiso disfrutado se entenderá ya consumido. Respecto al matrimonio, el permiso puede ser concedido independientemente de si el trabajador tiene o no el certificado de matrimonio al inicio del permiso, siempre que éste se celebre dentro del plazo legalmente establecido¹¹, incluso, el permiso retribuido por matrimonio debe ser otorgado independientemente de la situación de residencia del trabajador, ya sea que se celebre en territorio nacional o fuera de España, siempre que el matrimonio sea legal¹².

3. Exámenes prenatales

La regulación de este permiso retribuido prevista por el art. 37.3 f) ET se mantiene sin variaciones. La imprecisión de la norma todavía se hace sentir tanto en la nomenclatura como en la concreción de su duración. Sobre la duración, ésta está circunscrita al tiempo indispensable que fuese coincidente con la jornada laboral. En este sentido es cuando se hacen sentir los distintos programas médicos y calendarios laborales de cada autonomía, que afectarían al mínimo indispensable. En cuanto a la nomenclatura, ésta puede dar lugar a confusión, ya que la finalidad del permiso es bastante amplia, y no únicamente la preparación al parto. De hecho, en el precepto habría encaje para los exámenes psicosociales preceptivos previos al acogimiento, guarda con fines de adopción y adopción.

Así pues, el supuesto material abarca cualquier medida que proteja la salud de la trabajadora embarazada, como la posibilidad de asistir a consultas médicas, actividades preventivas¹³, para lo cual, la empresa debe permitir la flexibilidad horaria necesaria para asistir a este tipo de actividades relacionadas con la preparación al parto, ya que se considera parte del derecho a la salud y al bienestar de la madre y de la criatura¹⁴, llegando incluso a anular el llamamiento a un examen de oposición¹⁵. Por último, se observa el carácter mayoritariamente feminizado del mismo, aunque a los trabajadores varones también se les extienda el permiso siempre y cuando sea para asistir a técnicas de preparación al parto, no así, el permiso retribuido para acudir a los exámenes prenatales¹⁶, el cual sólo corresponde a la madre gestante¹⁷.

¹⁰ STSJ Madrid 22 de enero de 2014 (Rec. 1618/2013).

¹¹ STS 19 de noviembre de 2019 (Rec. 193/2018).

¹² STSJ Contencioso-Administrativo Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2016 (Rec. 368/2015).

¹³ SSTs núm. 67/2013, de 18 julio y 145/2018, de 18 de febrero.

¹⁴ STSJ Cataluña 30 octubre 2016 (Rec. 3496/2016).

¹⁵ STSJ Contencioso-Administrativo Madrid 25 marzo 2014 (Rec. 1920/2013).

¹⁶ STSJ Galicia 7 noviembre 2023 (Rec. 4144/2023).

¹⁷ STJUE 30 septiembre 2010 (C-104/09, Roca Álvarez) diferencia entre derecho de maternidad ex Directiva 92/85/CE de un derecho de conciliación.

4. Permiso de lactancia

El art. 37.4 ET contempla en los supuestos de nacimiento, acogida, guarda con fines de adopción, y adopción, el derecho de la persona trabajadora a ausentarse para atender la lactancia del menor. Esta ausencia se cuantifica en 1 hora diaria, susceptible de dividirse en 2 fracciones o salidas de media hora, o incluso la acumulación del volumen de horas equiparándose a días laborales completos¹⁸, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla 9 meses de edad, en función de las circunstancias de la trabajadora y del tipo de trabajo que desempeñe¹⁹. Igualmente, todo ello es de aplicación proporcionalmente para las personas trabajadoras a tiempo parcial²⁰. Aunque la norma no establecía explícitamente la posibilidad de ser ejercido por los varones, ya ha de entenderse que abarca ambos progenitores, previo acuerdo con la empresa para su distribución²¹. En puridad, debe hablarse en términos de ausencia justificada, y no como una ausencia regular, y por ende, no debe ser penalizada en la retribución²². La reducción de jornada constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, sin que las empresas puedan restringir o modificar este derecho²³, y sin que pueda transferirse su ejercicio a la otra persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, podrá limitarse su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito, debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

El contenido mínimo del preaviso se compone de las fechas de inicio y finalización. Cuando ambos progenitores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción entonces proporcional del salario pero subsidiables por la Seguridad Social *ex arts.* 183-185 LGSS.

5. Menores hospitalizados por parto prematuro y hospitalización por enfermedad grave o cáncer

En el caso de parto prematuro o por cualquier causa el menor deba permanecer hospitalizado, el art. 37.5 ET permite la ausencia retribuida de 1 hora diaria²⁴, o hasta un máximo de 2 horas, en tal caso, con la disminución proporcional del salario. En cambio, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018, págs. 9-18.

¹⁹ STS 19 abril 2018 (Rec. 1286/2016).

²⁰ CAVAS MARTÍNEZ, E.: “Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2024.

²¹ STS 26 mayo 2015 (Rec. 1807/2014).

²² STSJ Castilla-La Mancha 18 febrero 2019 (Rec. 53/2019).

²³ STS 20 noviembre 2012 (Rec. 4381/2011).

²⁴ STSJ Castilla y León (Burgos) 18 febrero 2016 (Rec. 64/2016).

ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, el art. 37.e) ET permite al progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario (cubierto por la prestación de Seguridad Social homónima *ex art.* 190-192 y RD 1148/2011) hasta los 18 años o hasta que el menor cumpla 23 años si se mantiene la necesidad de cuidado directo continuo y permanente por dolencias causadas antes de la mayoría de edad, o 26 años si antes de alcanzar 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

6. Permiso parental de 8 semanas

La finalidad de la Directiva 2019/1158 de 20 de junio era tutelar a menores de 8 años mediante la concesión a los progenitores de un permiso retribuido por cuidados de menor, independiente de los permisos de maternidad y paternidad²⁵. En España, el art. 127.7 RD-Ley 5/2023, de 28 de junio introdujo un nuevo art. 48 bis ET, por el cual, se regulaba el derecho intransferible entre progenitores a disponer de 8 semanas de permiso no retribuido, a disfrutar a tiempo completo o parcial, de manera continua o discontinua, hasta que, el hijo/a o menor acogido por tiempo superior a 1 año, alcanzase los 8 años de edad, pero sin ser retribuido, aspecto cuestionado por algunas sentencias²⁶. La demora y sanción en la transposición han abocado a la publicación del RD-Ley 9/2025, el cual ha incrementado la duración de la prestación por cuidado y nacimiento de menor de 16 a 19 semanas: aumentando las 10 semanas adicionales dentro del primer año de vida del menor a 11 en el igual lapso temporal, así como el incremento a 32 semanas para las familias monoparentales²⁷. A ello se sumarán 2 semanas más de disfrute subsidiado que se podrán disfrutar antes de que el menor cumpla los 8 años, generando un total de 19 semanas de prestación por nacimiento y cuidado. En puridad, se ha evitado que quienes hubieran tenido hijos/as menores de 8 años pudieran solicitar el permiso de manera retroactiva. Al introducir el permiso de 2 semanas subsidiadas dentro del permiso por maternidad sólo para progenitores de menores de 1 año (nacidos del 2 agosto 2024 a 30 julio 2025) no se alcanzará plenamente el permiso parental hasta dentro de 7 años, cuando todas las familias con menores de 8 años podrán solicitarlo en cualquier momento.

7. Permiso por cuidados de menores de 12 años o persona con discapacidad

El art. 37.6 ET permite la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada diaria, acompañada de la disminución proporcional de salario, para quienes tuvieran por guarda legal a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. Igualmente será aplicable

²⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: La subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, págs. 86-109.

²⁶ GARCÍA VIÑA, J.: “Sobre la retribución del permiso parental. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Barcelona, de 30 de junio de 2025”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 71, 2025.

²⁷ FERRANDO GARCÍA, F.M.: “La prestación por nacimiento y cuidado de hijo en las familias monoparentales: consideraciones desde las perspectivas de género e infancia”, en SELMA PENALVA, A.: *Una visión multidisciplinar de la violencia sexista*, T.R. Aranzadi, 2025, págs. 495-520.

dicha reducción cuando se estuviera al cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

8. Permiso por accidente o enfermedad grave con o sin hospitalización de familiares

El RD-Ley 5/2023, de 28 de junio ha ampliado a de 2 días o 4 en caso de necesitar desplazamiento, a 5 días de permiso cuando concurra accidente o enfermedad grave²⁸, hospitalización²⁹ o intervención quirúrgica, sin hospitalización que precisasen reposo domiciliario³⁰ del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el 2º grado por consanguinidad o afinidad (incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho) así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella³¹. La situación de cuidado se puede presentar de manera urgente, en cuyo caso, la exigencia de certificado médico puede ser excesivamente gravosa³², o también, la persona trabajadora puede haber estado cuidando del familiar sin haber hecho utilización del permiso, lo cual, no obsta para que en cualquier momento, siempre y cuando concurran las circunstancias pueda ser solicitado³³. Sobre la extinción del permiso, éste no lo hace con el alta hospitalaria, sino con el alta médica, pues la necesidad de atención puede persistir, e incluso, e incluso, cuando su disfrute fuera fraccionado, éste no podrá extenderse más allá de la situación de enfermedad³⁴. En otro orden de cosas, la letra g) [sic] del art. 37.3 ET, a tenor de la introducción del art. 2 de la Ley 6/2024, de 20 de diciembre, reconoce el carácter retribuido del tiempo indispensable para la realización de los actos preparatorios de la donación de órganos o tejidos siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.

9. Permiso por fuerza mayor por motivos familiares y por fallecimiento

El art. 127.3 del RD-Ley 5/2023 incorporó el apartado 9 al art. 37 ET, por el cual, la persona trabajadora puede causar horas de ausencia, manteniendo la retribución, hasta 4 días al año, por causa de fuerza mayor cuando fuera necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente (el precepto omite el requisito de gravedad) y que hagan indispensable su presencia inmediata³⁵. Asimismo, el art. 37.3 b) bis ET reconoce 2 días de permiso retribuido por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes

²⁸ STS 11 marzo 2014 (Rec. 44/2012) y STS 17 noviembre 2015 (Rec. 2757/2015).

²⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El permiso por hospitalización de familiar (tras la STC 71/2020)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

³⁰ SAN 12 mayo 2017 (Rec. 2017).

³¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 25 enero 2018 (Rec. 1367/2017).

³² STSJ Madrid 16 junio 2020 (Rec. 487/2019).

³³ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 octubre 2020 (Rec. 1003/2019).

³⁴ STS 6 mayo 2025 (Rec. 104/2023).

³⁵ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Los permisos de corresponsabilidad: el permiso para cuidadores, por fallecimiento y por fuerza mayor”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 273, 2024, págs. 33-62.

hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, ampliables en 2 días si se precisase desplazamiento.

10. Permiso ante catástrofes naturales

La DF 2.1 del RD-Ley 8/2024, de 28 de noviembre reconoce 4 días por imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones (salvo que sea posible el trabajo a distancia), limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso. Posteriormente, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan tales circunstancias o sea aplicada una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor *ex. art. 47.6 ET*.

11. Permiso de Formación

El art. 23.1ET contempla una serie de supuesto para la participación de las personas trabajadoras en actividades de formación oficial o preparatoria para esta³⁶, asistencia a exámenes oficiales³⁷, así como su derecho a la formación continua. Para distinguir el carácter retribuido del mismo, la nota de obligatoriedad para el puesto de trabajo, es decir, la relación directa o no con las funciones laborales prima sobre las demás características de la formación. No en vano, esta relación inmediata entre formación-puesto se ve matizada cuando la formación sea continua, en cuyo caso sí prevalece el carácter retribuido a pesar de no guardar conexión directa³⁸. En cambio, cuando la formación no guarde ningún tipo de relación con el puesto, se genera el derecho a solicitar el permiso descontándose la retribución³⁹. Incluso, ante un curso de especialización, sí conectado con el puesto pero no necesario para el desarrollo del mismo, no cabe la negativa empresarial al permiso, aunque prevalece el carácter no retribuido, dado el carácter de interés personal⁴⁰.

II. Reflexiones finales

En el presente trabajo se han dejado al margen otros permisos como los permisos para víctimas de violencia de género, sexuales y terrorismo, por formación (PIF), por función sindical, y los de deber inexcusable de carácter público y personal, dándose preferencia a aquellos relacionados con las labores de cuidados y otros recientemente modificados. No en vano, los permisos laborales presentan unas características comunes que ciñen el poder de dirección empresarial: a) el carácter de norma mínima, aplicable tanto para temporales como fijos, y por tanto, mediante negociación colectiva o pacto individual podrán mejorarse⁴¹; b) el ejercicio no automático, sino que debe mediar previo; c) la justificación que deberá ser probada tanto por solicitantes como

³⁶ STSJ Canarias 17 noviembre 2023 (Rec. 820/2022).

³⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 febrero 2015 (Rec. 3307/2013).

³⁸ STSJ Madrid 17 abril 2016 (Rec. 234/2016).

³⁹ STSJ Cataluña 23 mayo 2018 (Rec. 2331/2018).

⁴⁰ STSJ Galicia 12 noviembre 2019 (Rec. 4384/2019).

⁴¹ STS 18 octubre 2022 (Rec. 51/2021).

por la negativa empresarial⁴². Como señalaba el profesor Montoya Melgar, dado el modelo actual de relaciones laborales y protección social, el coste de las medidas de conciliación o son asumidas por la propia persona trabajadora, mediante medidas reducción de salario, o son costeadas a cargo de las empresas, o asumidas por la colectividad mediante la intervención del Estado.

⁴² STSJ Madrid 3 octubre 2007 (Rec. 3465/2007).

Acceso al registro de la jornada diaria de trabajo por la representación legal de las personas trabajadoras

ALFREDO ASPRA RODRÍGUEZ

Abogado Laboralista. Labormatters Abogados

I. Presentación

Muy a mi pesar no tuve ocasión de conocer personalmente al Profesor Montoya Melgar. Ello no obstante, he de reconocer que, en mi condición de alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, tuve el privilegio de adentrarme en el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social gracias al análisis de su extraordinario manual Derecho del Trabajo, publicado por la Editorial Tecnos. En concreto, la edición con la que yo me introduje en la que ha acabado convirtiéndose en mi pasión profesional fue la decimonovena edición, cerrada a septiembre de 1998.

Retomando a la hora de escribir estas líneas aquel viejo ejemplar (que tantos buenos recuerdos me trae y que, por supuesto, ostenta un lugar privilegiado en mi despacho profesional) puedo constatar cómo el Profesor Montoya ya contemplaba como una manifestación práctica del poder de dirección los “controles de entrada y salida” de las personas trabajadoras (pág. 362).

Ciertamente, por aquel entonces el registro de la jornada diaria de trabajo prevista hoy en el artículo 39.4 ET no se encontraba vigente, aunque sí los registros de jornada en materia de trabajo a tiempo parcial y horas extraordinarias.

En realidad, la introducción (tras una extraordinario debate judicial y doctrinal sobre el particular) por el RDLey 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, del registro de la jornada diaria de trabajo no se hizo con la intención de consolidar el poder de dirección de las empresas. Al contrario, según el apartado V de su exposición de motivos, la finalidad última de la citada adición perseguía “regular el registro de jornada, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de

jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con ello, se facilita la resolución de discrepancias en cuanto a la jornada y, en consecuencia, sobre el salario, y se sientan las bases para acabar con un elemento de precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva”. Con todo, no cabe duda alguna de que el registro de la jornada diaria de trabajo puede constituir una eficaz herramienta de control empresarial de la jornada de trabajo. Máxime en unos tiempos como los presentes en los que, debido a la cada vez mayor digitalización de las relaciones laborales, el del tiempo de trabajo se está convirtiendo en un concepto “líquido” difícilmente delimitable.

Precisamente por ello, para esta colaboración me he permitido seleccionar una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre la interpretación del artículo 39.4 del ET dictada en un asunto en el que tuve el honor de participar activamente y cuyo fallo tuvo una cierta repercusión práctica. A buen seguro, la mía constituirá la aportación más modesta de esta extraordinaria publicación colectiva¹. Con todo, la he elaborado desde el más profundo afecto, respeto y admiración al Maestro de todos los laboristas, el Profesor Montoya Melgar. Repasando además algunas publicaciones de cabecera del tan elogiado Profesor, no puedo evitar hacer una llamada a lo que, desde siempre ha supuesto y sigue apareciendo como un gran desafío en el mundo de las relaciones laborales desde la llegada del moderno Derecho del Trabajo en España y la aparición de sus primeros catedráticos, los profesores Pérez Botijo, García Chacón y Alonso Olea, tan recordados a su vez por el Maestro Montoya Melgar, esto es, la búsqueda de esa necesaria concordia o punto de equilibrio entre el derecho al trabajo y el principio de libertad de empresa.

II. Normativa vigente

1. El marco jurídico de referencia

Como ha quedado dicho, el artículo 10.2 del RDLey 8/2019 introdujo en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) un nuevo apartado 9 con el siguiente tenor literal:

“9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

¹ Para un análisis más profundo de la materia *vid.*, por todos, ARETA MARTÍNEZ, M.: “¿Los representantes legales de los trabajadores pueden acceder al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2025. Indirectamente, también, CASAS BAAMONDE, M. E.: “Proceso de conflicto colectivo y acceso a la información del registro de jornada por los representantes legales de los trabajadores. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y las exigencias procesales del recurso de casación”, *Anuario 2024 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2025 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “El debate colectivo sobre el acceso al registro de jornada: un conflicto jurídico”, *Revista de Derecho Laboral Vlex*, núm. 13, 2024.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

De manera complementaria, el artículo 11 del RDLey modificaba artículo 7.5 del RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social para tipificar como infracciones en dicho ámbito las derivadas de incumplimientos relativos al registro de jornada:

“Son infracciones graves: (...) 5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

Desde entonces, la del registro diario de jornada de trabajo ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico laboral como una obligación empresarial de carácter documental.

2. La cuestión suscitada

A la vista del tenor literal del artículo 34.9 ET y, más específicamente, de su tercer y último párrafo, la cuestión suscitada en la modalidad procesal de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional fue la siguiente: determinar si por parte de la representación legal de las personas trabajadoras (en adelante, RLT) puede accederse o no en cualquier momento y de manera inmediata a los datos que deriven del registro diario de la jornada de trabajo, que no solo con periodicidad mensual (tal y como se recogía, primero, en el acuerdo colectivo existente entre las partes en conflicto, así como en el acuerdo colectivo del sector, después).

Si bien se mira, lo que se discutía venía a ser si, más allá de la entrega mensual pactada, existía o no una obligación legal diferenciada y adicional a aquella de acceso por parte de la RLT a los datos derivados del registro de la jornada diaria de trabajo en cualquier momento y de manera inmediata. Todo ello en el entendimiento de que, aun convencionalmente pactada, la práctica de entrega mensual de datos registrales podría estar vaciando en parte el contenido y alcance del artículo 34.9 ET.

En definitiva, no discutiéndose los marcos legales (art. 34.9 ET) y convencionales (acuerdo específico sobre registro de jornada y convenio colectivo sectorial) de aplicación, lo debatido se ceñía, única y exclusivamente, a la obligación empresarial de poner a disposición de la RLT los apuntes derivados del registro horario; de modo que los mismos fueran accesibles en cualquier momento y de manera inmediata, sin que la empresa pudiera limitarse a poner a disposición de la RLT un listado mensual.

3. La doctrina judicial

Planteada la cuestión suscitada en los términos expuestos, en su sentencia número 168/2024, de 9 de diciembre de 2024 (proced. 54/2022), la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acabó descartando que existiera esa obligación diferenciada adicional de carácter legal que, al margen de lo expresamente pactado, permitiera a la RLT el acceso inmediato y en cualquier momento a los apuntes derivados del registro

de la jornada diaria de trabajo. Y ello en atención a las siguientes consideraciones (fundamento de derecho tercero):

- 1ª) En la literalidad del artículo 34.9 ET no se prevé que el registro de jornada sea accesible en cualquier momento y de manera inmediata por la RLT.
- 2ª) La mención prevista en el artículo 34.9 ET relativa a la conservación de los registros y que los mismos “permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” no puede ser interpretada equiparando el significado de las expresiones “permanente” e “inmediato”. Esto es, lo inmediato es aquello que sucede enseguida, sin tardanza, y tal tipo de acceso a favor de la RLT no se desprende de la literalidad de aquel precepto.
- 3ª) Si el legislador hubiera querido establecer ese sistema de acceso inmediato al registro de jornada el mismo habría de resultar de manera inequívoca de la previsión legal. Sin embargo, el tenor literal del artículo 34.9 ET no permite afirmar que exista una obligación diferenciada de poner a disposición de la RLT un sistema de acceso inmediato distinto de la entrega mensual de dicha información pactada con la RLT.
- 4ª) Cuanto se acaba de señalar resulta con total independencia de la existencia de guías o criterios técnicos (Criterio Técnico 101/2019 ITSS y Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo) que no tienen carácter vinculante.

Así pues, la conclusión de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es clara: “la única obligación de información a la representación legal de los trabajadores se refiere al registro de jornada de cada trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.9 ET, pero ello no implica que tal representación legal tenga derecho a un sistema de puesta a disposición inmediato de los registros de jornada que resulte complementario al pactado con la mayoría de la representación de los trabajadores y también previsto en el acuerdo sectorial y en el propio Convenio colectivo del sector”.

Por descontado, semejante conclusión es perfectamente compatible con la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan convenir en cada ámbito de negociación (empresarial o supraempresarial) el acceso inmediato y en cualquier momento de la RLT a los apuntes registrales. Con todo, no estableciéndose convencionalmente así, parece claro que dicha obligación no puede extraerse directamente de la regulación actualmente vigente.

III. Normativa proyectada

A la fecha de cierre del presente comentario, el registro de la jornada diaria de trabajo (así como el del trabajo a tiempo parcial y el de las horas extraordinarias) se encuentra pendiente de una potencial reforma legislativa. No solo por haberse previsto expresamente así en los Planes Anuales Normativos del Gobierno de España 2024 y 2025, sino por haberse tramitado parlamentariamente el Proyecto de Ley para la

reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión².

Prescindiendo ahora del excesivo “ruido” mediático que tal proyecto de reforma ha generado en la sociedad española en los últimos dos años, el mismo aborda de manera expresa la cuestión de fondo que se analiza en el presente comentario. En concreto, a través de la proyectada introducción en el ET de un nuevo artículo 34 *bis* bajo cuyo amparo aparecería unificado el régimen legal conjunto de los diferentes registros de jornada existentes en nuestro ordenamiento jurídico (trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y jornada diaria de trabajo).

Pues bien, a los efectos que ahora interesan establece expresamente la reforma proyectada lo siguiente:

“2. Deberá garantizarse la objetividad, la fiabilidad y la accesibilidad del registro de jornada, para lo cual: (...)

d) Las personas trabajadoras, respecto de sus asientos, sus representantes legales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, respecto de la totalidad de los asientos, podrán acceder de forma inmediata al registro en el centro de trabajo, y en cualquier momento. Además, el registro deberá ser accesible de forma remota para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la representación legal de las personas trabajadoras”.

Como puede apreciarse, de aprobarse semejante medida el debate aquí suscitado (esto es, recuérdese, determinar si por parte de la RLT puede accederse o no en cualquier momento y de manera inmediata a los apuntes que deriven del registro diario de la jornada de trabajo) quedaría superado. Y ello por la sencilla razón de que la obligación empresarial tendría a partir de entonces naturaleza legal, que no solo convencional. Todo lo cual confirmaría, por lo demás, el acierto del fallo de la Audiencia Nacional al entenderse que de la regulación actualmente vigente no cabría deducir aquella obligación legal.

Es más, como puede apreciarse del tenor literal de la reforma proyectada, dicho acceso se prevé, incluso, respecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Nada más y nada menos que de forma remota mediante el establecimiento de mecanismos de interoperabilidad.

Voy terminando ya. La pretendida por una parte del actual Gobierno nueva reforma del registro de jornada, además de antojarse difícilmente realizable con los medios humanos y materiales de los que actualmente dispone el citado organismo público -ITSS-, generaría no pocos problemas de naturaleza jurídica, muy especialmente en materia de protección de datos de carácter personal³.

² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, Seria A, 16 de mayo de 2025.

³ Valorando el contenido y alcance del Proyecto de Ley *vid.* el Dictamen 1/2025, del Consejo Económico y Social, *Sobre el Anteproyecto de la Ley para la Reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión.*

Sucede, sin embargo, que, presentadas tres enmiendas a la totalidad, estas han sido favorablemente votadas en la sesión plenaria del 10 de septiembre de 2025, por lo que el proyecto de ley ha quedado definitivamente aparcado. Y si bien es verdad que por parte del Ministerio de Trabajo y Economía Social se ha anunciado la posibilidad de asumir la proyectada reforma en materia de registro de jornada por vía reglamentaria, lo cierto es que a riesgo de incurrir en *ultra vires* no podrían modificarse aquellos aspectos que exigen de previsión legal (por ejemplo, los relativos a una materia tan sensible como lo es la relativa a las infracciones y sanciones en el orden social).

Como siempre sucede en esta cada vez más relevante y compleja área de conocimiento, habrá que estar atentos a una posible reforma normativa; ya sea por vía legal o, incluso, reglamentaria. En realidad, la permanente actualización constituye la regla para quienes nos dedicamos al ejercicio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No de otro modo se explica que el manual del Profesor Montoya Melgar haya alcanzado ya las 46 ediciones (editorial Tecnos, 2024). Todo un hito a la altura de muy pocas personas, lo que en sí mismo constituye la mejor de las referencias posibles de su extraordinaria e inigualable trayectoria humana, académica y profesional. Descanse en paz.

La concepción unitaria del poder de dirección del empresario del profesor Montoya Melgar: a propósito de la STS 288/2025, de 4 de abril, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de jornada

ESTHER SÁNCHEZ GARCÍA-NIETO

*Personal investigador en formación
Universidad Complutense de Madrid¹*

En el ámbito de las relaciones laborales, las modificaciones en materia de jornada constituyen una constante, especialmente como consecuencia de los modelos de organización productiva y los factores derivados de, entre otros, la digitalización y la globalización, que introducen la incertidumbre como un elemento más en la gestión de las organizaciones. Esta situación, aunque intensificada como consecuencia de los citados factores, no es novedosa, pues nace de la tensión propia del Derecho del Trabajo entre las exigencias organizativas y la protección de los derechos de las personas trabajadoras.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2025², que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, refleja la interrelación del contrato de trabajo, como instrumento determinante de la prestación convenida, y las exigencias productivas inherentes a la actividad empresarial. En concreto, la sentencia unifica doctrina en el sentido de considerar que constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo el cambio de jornada de lunes a viernes a de lunes a domingo, a pesar de que,

¹ Contratada predoctoral beneficiaria del Programa de Financiación Universidad Complutense de Madrid y Banco Santander (CT 25/24 Universidad Complutense de Madrid).

² STS (Sala de lo Social), 288/2025, de 4 de abril de 2025 (rec. 3106/2023).

por un lado, ese nuevo horario estuviese previamente pactado en contrato de trabajo y, por otro lado, hubiese sido efectivamente realizado en algún momento de la relación laboral.

El pronunciamiento pone de manifiesto la tensión intrínseca al Derecho del Trabajo que, en última instancia, recae en la figura del empresario³, haciendo patente la disyuntiva en tanto que titular de la organización empresarial, sujeto a las necesidades productivas cambiantes, y en tanto que empleador, atendido al ordenamiento laboral. Se trata de dos núcleos de poderes que el profesor Montoya Melgar no solo advirtió, sino que acometió la extraordinaria tarea de desarrollar, en palabras del profesor Alonso Olea “una construcción unitaria para una institución de tan difícil encuadre y configuración jurídica como la del poder de dirección del empresario”⁴. De la complejidad que supone la sistematización de tal institución definitoria de la disciplina⁵ dan cuenta las resoluciones judiciales como la que es objeto de comentario.

La sentencia resuelve un conflicto colectivo que afecta a los trabajadores de la empresa KONECTA SERVICIOS DE BPO, S.L. (en adelante, “KONECTA”) del centro de trabajo de Valladolid, asignados a una campaña concertada con el Banco Santander. Es decir, la actividad de la empresa, perteneciente al sector del Contact Center, estaba vinculada a la realización de campañas y, por tanto, a las necesidades de sus clientes.

Los empleados de KONECTA tenían estipulada en sus contratos de trabajo una jornada de lunes a domingo, la cual fue efectivamente realizada hasta febrero de 2014 e incluso, algunos trabajadores, por razón de la campaña a la que estaban adscritos, continuaron realizándola hasta 2017⁶. A partir de este año, por razón de una nueva campaña⁷, la prestación de servicios comenzó a desarrollarse de lunes a viernes, permaneciendo cerrado el centro de trabajo los fines de semana. Posteriormente, en julio de 2021, la empresa pasó a prestar un servicio de banca telefónica concertado con el Banco Santander, con un horario previsto de 09h00 a 20h00. Finalmente, el 1 de abril de 2022, la empresa comunicó a la representación legal de los trabajadores la realización de la campaña del mismo cliente a partir del 2 de mayo, cuyas condiciones requerían la prestación de servicios de lunes a domingo, en horario de 09h00 a 22h00, remitiendo asimismo el documento con las condiciones de la contrata.

Ante esta comunicación, que supuso que la jornada que se venía realizando de lunes a viernes pasó a ser de lunes a domingo, la Confederación General del Trabajo interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando la nulidad y subsidiariamente, la declaración de la medida como injustificada. La petición, desestimada en instancia y

³ Elemento natural de toda entidad organizada. MONTAÑA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 90.

⁴ “[...] Hay un núcleo de poderes del empresario-empleador y otro núcleo de poderes del empresario-titular de la organización. El de dirección pertenece a ambos núcleos, que en esta parte están fusionados”. En expresión del profesor Alonso Olea en MONTAÑA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pp. X-XI.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Poder de dirección y derecho contractual”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 1.

⁶ Según indica la sentencia del Juzgado de lo Social, SJSO (Valladolid), 303/2022, de 26 octubre de 2022.

⁷ Según se desprende de la sentencia del Juzgado de lo Social.

en suplicación, fue considerada modificación sustancial de las condiciones de trabajo por el Alto Tribunal.

Expuestos los hechos fundamentales de la sentencia, la cuestión que suscita mayor problemática es la referente a la ineficacia de la cláusula relativa a la jornada, especialmente dada la aparente ausencia de argumentación por parte del Tribunal Supremo en materia de condición más beneficiosa⁸.

No obstante, una de las primeras cuestiones susceptibles de análisis es necesariamente de naturaleza contractual, sobre la cual el Tribunal Supremo no llega a expresarse de manera detallada⁹. En primer lugar, no cabe duda de que al empresario compete, al menos de manera indirecta, la facultad de establecer el horario de trabajo, pues fijado el horario de la actividad empresarial, éste será el de trabajo cuando sea contratada la persona trabajadora¹⁰. En cierto modo, “un acto de dirección empresarial puede ser al tiempo ejecutivo e instruccional, esto es, puede crear una situación y, simultáneamente, imponer un concreto cumplimiento por parte de uno o más trabajadores”¹¹.

Sin embargo, si bien el primer carácter de la decisión empresarial se engloba en el ámbito puramente organizativo, el segundo incide en el propiamente laboral donde, en materia de tiempo de trabajo, “el empresario es titular de facultades propias que puede utilizar siempre que no actúe en contra del Derecho”¹². En este sentido, a la empresa KONECTA le es de aplicación el convenio colectivo estatal del sector de Contact center, cuyo clausulado admite la prestación de servicios en fines de semana.

Cuestión distinta es si la redacción del clausulado por la cual se prevé una jornada de trabajo “de lunes a domingo” es conforme a derecho. Con carácter general, puede argumentarse que su carácter impreciso puede suponer una vulneración del artículo 1.256 del Código Civil, en tanto que la prestación concreta pudiera quedar al arbitrio del empleador, así como que, dada la peculiaridad de los sujetos de la relación laboral, las personas trabajadoras pueden verse sometidas a tal disponibilidad en ausencia de una negociación real¹³. Al mismo tiempo, difícilmente puede ser apreciada la nulidad por imprecisión pues, por un lado “la función del convenio colectivo y la

⁸ En estos términos se expresa GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., quien ha realizado un comentario de la sentencia en la web del *Foro de Labos*, llamando la atención sobre la falta de constatación de voluntad empresarial y concluyendo que “de algún modo cabría decir que la cláusula contractual deviene ineficaz por el desuso.”

⁹ En concreto, se limita a señalar que “es cierto que en los contratos de trabajo de las personas trabajadoras se estipulaba una jornada de trabajo de lunes a domingo”. *Vid.* STS (Sala de lo Social), 288/2025, de 4 de abril de 2025 (rec. 3106/2023), FJ3.

¹⁰ CÁMARA BOTÍA, A., “La organización del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000, p. 79.

¹¹ MONTÓYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p. 147.

¹² CÁMARA BOTÍA, A., “La organización del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.* p. 77.

¹³ Recoge estos argumentos de la doctrina judicial GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 102-104.

del contrato [...] no son análogas”¹⁴, mientras que éste fija la duración concreta, aquel establece un límite máximo al respecto, si bien de la normativa legal no se desprende una obligatoriedad de concreción detallada al respecto¹⁵, a diferencia de lo que ocurre en otras instituciones laborales¹⁶. Todo lo cual, con la excepción de que la realidad actúe desmintiendo lo previsto en el contrato de trabajo. Por este motivo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, a la vista del convenio colectivo y de la realidad empresarial en la que la jornada pactada se había materializado, concluye negando su calificación como “abusiva, fraudulenta o en perjuicio de los derechos de los trabajadores si, como en el caso, no existen otros datos adicionales como pueda ser el fraude o el engaño en la suscripción de tal cláusula”¹⁷.

Excluidas tales consideraciones, la siguiente cuestión a considerar debe ser la relativa a la existencia de una condición más beneficiosa. Sin embargo, el Tribunal Supremo no se detiene en la consideración de este aspecto, argumentando que

“[...] sin necesidad siquiera de determinar si ello constituía o no una condición más beneficiosa, si desde 2017 se está trabajando de lunes a viernes y en 2022 la empresa entiende que las personas trabajadoras deben pasar a hacerlo de lunes a domingo, ello debe tramitarse por el procedimiento del artículo 41 ET porque, como venimos diciendo, es claro que un cambio de esta naturaleza constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo.”¹⁸

Esta escueta argumentación llama la atención, puesto que, como es bien sabido, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá afectar a “las condiciones pactadas por ambos contratantes, a las incorporadas al nexo contractual por la vía de la condición más beneficiosa y a las resultantes de un acuerdo o pacto colectivo extraestatutario”¹⁹. Es más, tanto en instancia como en suplicación, existe un desarrollo argumental al respecto en el que, ante la imposibilidad de constatar la voluntad empresarial en la concesión del derecho adquirido (el horario de lunes a viernes), queda descartada. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia rechaza el carácter determinante del dato temporal, dada la “ausencia de otras circunstancias en los hechos probados que pongan de manifiesto una clara voluntad empresarial [...]; más bien [...] se trata de adaptar las condiciones de trabajo a las concretas necesidades del cliente [...]”²⁰

¹⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹⁵ En concreto, el artículo 34.1 ET señala que “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. Lo mismo puede decirse en referencia al Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

¹⁶ Por ejemplo, sobre las consecuencias de fijación inexacta del periodo de prueba en el contrato de trabajo, *vid.* STS (Sala de lo Social) 1164/2024, de 24 de septiembre de 2024, rec. 326/2023, entre otras.

¹⁷ STSJ CyL (Valladolid) 667/2023 de 26 de abril (rec. 471/2023). FJ3.

¹⁸ STS (Sala de lo Social), 288/2025, de 4 de abril de 2025 (rec. 3106/2023), FJ3.

¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2025, p. 776.

²⁰ STSJ CyL (Valladolid) 667/2023 de 26 de abril (rec. 471/2023), FJ3.

A la vista de las cuestiones planteadas, cabe poner de relieve algunos aspectos de la sentencia de contraste que, aunque sustancialmente idéntica, presenta ciertos matices de diferencia. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2023²¹, relativa a un supuesto muy similar. Sin embargo, en los contratos de trabajo, la cláusula horaria fijaba una jornada de lunes a domingo, “según las necesidades del servicio”, expresión que resulta susceptible de constituir una atribución de disponibilidad horaria absoluta al empresario contraria al artículo 1.256 del Código Civil. Más aún teniendo en cuenta, como sucede en la citada sentencia, que desde el inicio de la relación laboral, la jornada fue de lunes a viernes. Precisamente sobre la base de tales consideraciones, la sentencia considera que existe condición más beneficiosa, llamando la atención sobre el hecho de que la empresa demandada no llega a discutir en ningún momento este carácter, lo cual refleja la pretensión argumentativa del Alto Tribunal al respecto.

Sea como fuere, lo cierto es que la sentencia objeto de comentario afirma la existencia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin mayor argumentación en cuanto a la existencia de condición más beneficiosa. Como es bien sabido, aquella se incorpora al contrato de trabajo “siempre que hubiera mediado una voluntad inequívoca en su reconocimiento”²², sin que pueda tratarse de una mera liberalidad o tolerancia del empresario. Asimismo, “la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo, sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho”²³. Mientras que el Tribunal Supremo parece apoyar su argumentación en el elemento temporal²⁴, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia descartan su virtualidad, definiéndola como una condición vinculada a las características del trabajo desarrollado²⁵.

Ante la aparente ausencia de constatación de la voluntad empresarial, conviene acudir a la visión del tiempo de trabajo desde la perspectiva organizativa, considerando que “la nota peculiar de la empresa [...] es su condición de entidad organizada”²⁶ y siendo que “el impropriamente llamado poder de organización viene a quedar convertido [...] en una simple facultad del poder de dirección”²⁷. En este sentido, la titularidad de tal poder queda investida en el empresario “o persona en quien este delegue”²⁸, únicos sujetos con capacidad de generar obligaciones hacia la otra parte de la relación laboral. De este modo, debe advertirse que, en efecto, en la sentencia objeto de comentario, es

²¹ STS (Sala de lo Social), 116/2023, de 8 de febrero (rec. 4642/2019).

²² STS (Sala de lo Social), 801/2020, de 24 de septiembre (rec. 211/2018), citada en STSJ CyL (Valladolid) 667/2023 de 26 de abril (rec. 471/2023), FJ3.

²³ STS (Sala de lo Social), de 3 febrero 2016, rec. 143/2015, FJ3.

²⁴ “[...] si desde 2017 se está trabajando de lunes a viernes y en 2022 la empresa entiende que las personas trabajadoras deben pasar a hacerlo de lunes a domingo, ello debe tramitarse por el procedimiento del artículo 41 ET”. FJ3.

²⁵ En este sentido, STSJ CyL (Valladolid) 667/2023 de 26 de abril (rec. 471/2023), FJ3, con cita a la STS (Sala de lo Social), 95/2017, de 1 de febrero de 2017, (rec. 119/2016).

²⁶ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 102.

²⁷ *Ibidem*, p. 113.

²⁸ Artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores.

la empresa quien, en el ejercicio legítimo de su poder de dirección, decide establecer en 2021 una jornada laboral de lunes a viernes, lo cual debe entenderse tácitamente aceptado por las personas trabajadoras. En este sentido, no puede negarse que la condición “más favorable es producto de un pacto contractual [...] tácito”²⁹, siendo que puede desprenderse de la decisión empresarial “la capacidad de obligar en los términos que se hallan implícitos en la condición más beneficiosa”³⁰. Por otro lado, resulta evidente que el objeto de la empresa se encuentra inevitablemente vinculado a cambios organizativos dada la naturaleza de la actividad empresarial, vinculada a la realización de campañas. Sin embargo, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en previas resoluciones,

“la adaptación de los contratos de trabajo a la nueva encomienda (contrata) no la puede hacer de forma unilateral la empresa, [...] sino que debe acudir a los procedimientos previstos en los artículos 41 [...], para adaptar los contratos de trabajo a sus nuevas necesidades, pues la conversión de las condiciones de trabajo no deriva automáticamente del hecho de que el objeto del contrato sea una contrata o encomienda concreta [...] sino que es preciso acudir a las vías de los preceptos legales citados [...]”³¹

De este modo, en coherencia con el Tribunal Supremo, “si esta última empresa requería que se prestara servicio de lunes a domingo, ello, en su caso, podrá ser una causa que, de conformidad con el artículo 41.1 ET, podría permitir a la entidad empleadora de los trabajadores la realización de una modificación sustancial [...]”³².

La sentencia comentada, al margen de sus peculiaridades, se inserta en la doctrina judicial suficientemente conocida relativa a las problemáticas en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Lo llamativo del comentario realizado debe situarse en la minuciosidad del estudio realizado por el profesor Montoya Melgar en 1965 sobre el poder de dirección, que aún hoy constituye firme fundamento de la institución, pues aún la vertiente individual y colectiva del Derecho del Trabajo, logrando “en el plano jurídico doctrinal lo que la realidad jurídica nos está mostrando, a saber: que en la unidad de lo individual y de lo colectivo está la verdad y en su separación el artificio”³³.

El poder de dirección defendido entonces establecía una doble vertiente jurídica, a partir de la relevancia que su ejercicio supone en el marco de una empresa, consistente en “uno, la organización laboral de la empresa en su conjunto, y otro, la satisfacción del derecho de crédito del empresario frente al concreto trabajador”³⁴. Desde esta última

²⁹ STS (Sala de lo Social), 95/2017, de 1 de febrero de 2017, rec. 119/2016, citada en el FJ3 de la STSJ CyL (Valladolid) 667/2023 de 26 de abril (rec. 471/2023).

³⁰ STS (Sala de lo Social), 801/2020 de 24 de septiembre, (rec. 211/2018). FJ2.

³¹ STS (Sala de lo Social), 865/2018, de 26 de septiembre, rec. 114/2017. FJ3.

³² STS (Sala de lo Social), 288/2025, de 4 de abril de 2025 (rec. 3106/2023). FJ3.

³³ Expresión de ALONSO OLEA, M., en MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. X.

³⁴ MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), GONZÁLEZ DÍAZ, F. (dir.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*,

perspectiva “contractual-individual”³⁵, la empresa KONECTA podría haber planteado la definición del horario en función de cada campaña concreta, en un sentido similar al planteado en ciertas condiciones retributivas³⁶. Sin embargo, la imprevisibilidad afecta también al propio sujeto empresarial, lo cual dificulta tanto la redacción como la efectiva validez de un pacto como el indicado.

Además, la actividad de la empresa, vinculada a la realización de campañas, supone que el fin común perseguido necesariamente da entrada a la vertiente “organizativa-general”³⁷. Hacia la consecución de tal fin, necesariamente se inscribe la facultad (o iniciativa) de modificación que persigue la adecuada organización de la empresa, como sucede ante decisiones como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo³⁸. De este modo, la defensa de una concepción unitaria del poder de dirección del empresario como la desarrollada por el profesor Montoya Melgar supone la gestión de la incertidumbre en el seno de la relación laboral, habida cuenta de que “el contrato de trabajo se mueve en un terreno triangular, delimitado por tres vértices: el trabajador [...], el empresario [...] y, finalmente, el mercado: los consumidores de un mercado de bienes y servicios, que no se relacionan jurídicamente con el trabajador pero sí con el empresario [...] sin cuya presencia el contrato de trabajo simplemente no se celebraría”³⁹. Esto supone que, necesariamente, “el poder de dirección desborda el marco explicativo del derecho de crédito”⁴⁰, sin que ello suponga que el contrato de trabajo pierda su virtualidad y carácter de fundamento, “lo cual no impide reconocer que su normativa sea insuficiente para explicar de forma acabada la compleja problemática laboral a que da lugar la empresa”⁴¹.

El profesor Montoya Melgar advirtió el desafío que supone la dinámica de la relación laboral frente a la posible rigidez del contrato de trabajo en el que, en un sentido similar a la visión platónica de la escritura, las palabras “apuntan siempre y únicamente a una y la misma cosa [...] y si son maltratadas o vituperadas injustamente, necesitan siempre la ayuda del padre”⁴². De este modo, puede decirse que la referencia contractual impone al poder directivo los límites que rigen su ejercicio⁴³, pero ante la

Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 46. Visión que se observa en MONTROYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 44, entre otras.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Es el caso de los sistemas de incentivos de carácter variable, “alteración que es de plena competencia de la empresa en tanto que así lo ha venido realizando al no implantar un sistema invariable o consolidable.” (STS, Sala de lo Social, 354/2021, de 26 de marzo de 2021, rec. 3037/2018).

³⁷ MONTROYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, op. cit., p. 46.

³⁸ Conforme se indica en la nota 48 en MONTROYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004, p. 133.

³⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en APARICIO TOVAR, J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y CABEZA PEREIRO, J., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 39.

⁴⁰ MONTROYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 19.

⁴¹ *Ibidem*, p. 101.

⁴² PLATÓN, P., (trad. Carlos García Gual), Gredos, Madrid, 1988, pp. 404-405 (275d-276a).

⁴³ ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 116.

realidad empresarial y la complejidad de determinadas condiciones laborales, como el tiempo de trabajo, el marco debe ser desbordado para la actuación de un poder de dirección del empresario que será discrecional, pero en ningún caso arbitrario⁴⁴.

Esta concepción unitaria del poder de dirección del empresario, advertida y desarrollada por el profesor Montoya Melgar en 1965, tiene su expresión evidente en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores dado el “ámbito de organización y dirección” en el que se insertan las personas trabajadoras⁴⁵, que mantiene su vigencia incluso ante las nuevas formas de trabajo derivadas de la digitalización⁴⁶. De este modo, constituye parte de un legado jurídico, dejando constancia de que la configuración legal y “los términos técnicos que han llegado hasta nosotros son fruto en su mayoría de un trabajo colectivo”⁴⁷.

⁴⁴ MONTAYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, op. cit., pp. 29-30. En este sentido, “el poder de dirección del empresario, en cuanto que no es un «poder absoluto» [...] ha de someterse a determinados límites”, tanto externos como internos. MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2025, pp. 388-389.

⁴⁵ MONTAYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, op. cit. p. 47.

⁴⁶ MONTAYA MELGAR, A., “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, en MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, X. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 189-190.

⁴⁷ CAPELLA, J. R., *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 275.

Jornada de trabajo, nuevas tecnologías y facultades de control del empresario

M^a NIEVES MORENO VIDA

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

I. Tiempo de trabajo y subordinación del trabajador. El tiempo de trabajo como elemento delimitador del poder de control del empresario

La fijación del tiempo de trabajo constituye una medida fundamental para el cómputo del “quantum” de la prestación de servicios, esto es, el tiempo que a cambio de la retribución el trabajador se pone a disposición del empleador. Pero junto a esta vertiente cuantitativa, ligada a la sinalagmaticidad del contrato de trabajo (el empleador a cambio del pago del salario “se apropia de la disponibilidad del tiempo del trabajador”¹), el tiempo de trabajo presenta también una vertiente cualitativa que tiene anudadas otra serie de funciones que afectan tanto a la organización del trabajo como al empleo o a la propia persona del trabajador física y socialmente.

En la regulación del tiempo de trabajo, la primera magnitud tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico es la protección de la salud de los trabajadores. En dicha regulación del tiempo de trabajo queda implicada la propia persona del trabajador, que es inseparable de su fuerza de trabajo, de manera que se trata no solo de proteger la libertad del trabajador (la jornada legítima jurídicamente la puesta a disposición del empleador y los límites temporales en que se realiza dicha puesta a disposición), sino también de proteger su salud. Por ello, ha sido objeto de intervencionismo público en la ordenación de las relaciones de trabajo, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional. Desde esta perspectiva, ha sido tradicional la reivindicación obrera de la reducción del tiempo de trabajo y la respuesta del Derecho del Trabajo desde sus

¹ Vid. RASO DELGUE, J.: “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”, en PERÁN QUESADA, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 14.

orígenes, pero también ha sido objeto de las primeras medidas protectoras adoptadas por los Estados como respuesta a la cuestión social.

No obstante, junto a este aspecto más clásico de la regulación del tiempo de trabajo como mecanismo de protección físico-psíquica, de protección de la salud del trabajador, hoy día se le asignan asimismo otras finalidades: como mecanismo que permita garantizar el libre desarrollo de la persona trabajadora -conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar, conciliación del trabajo con la formación, desarrollo del ocio-; como instrumento para garantizar la capacidad competitiva de las empresas en un mercado internacionalizado y adecuado a las transformaciones técnicas de la producción; y como mecanismo de reparto del empleo. En esta línea se inserta hoy día el debate sobre la reducción de la jornada de trabajo y la propuesta de reducción a 37,5 horas, como se refleja en la Exposición de Motivos del *Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión* (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 16 de mayo de 2025).

Desde el punto de vista contractual, el tiempo de trabajo determina el período durante el cual el trabajador queda a disposición del empresario y durante el cual éste puede ejercer sus facultades directivas ordenando la prestación de servicios del trabajador con la finalidad de obtener el rendimiento previsto. Se utiliza así para determinar el cumplimiento efectivo de la prestación de trabajo y para determinar la retribución del trabajo. El tiempo de trabajo ha cumplido, desde el punto de vista jurídico-laboral, la función de medir la subordinación del trabajador, delimitando el valor del intercambio del trabajo (el salario) y los poderes directivos del empleador. Permite establecer la medida de la subordinación y a la vez actúa como criterio limitador de ese sometimiento jurídico². Es por ello por lo que el tiempo de trabajo sigue siendo uno de los aspectos principales del conflicto laboral.

El tiempo de trabajo constituye pues un factor delimitador de la subordinación del trabajador. El objeto de la relación laboral no queda integrado sólo por el resultado de la actividad, se exige que esa actividad se preste con un rendimiento mínimo, de modo que la relación de trabajo por cuenta ajena implica no sólo una cesión “ab initio” de los frutos o resultados del trabajo, sino también una cesión del propio tiempo de trabajo. Como consecuencia de la ajenidad y la dependencia dentro de la organización productiva, no sólo se produce la cesión “ab initio” de la titularidad de los resultados del trabajo, sino que también se atribuye al empleador el poder de organizar la actividad del trabajo, de organizar y controlar la “puesta a disposición” del trabajador durante un cierto período de tiempo. De esta forma, durante el “tiempo de trabajo”, el trabajador queda en situación jurídica de subordinación o dependencia respecto al ámbito de organización, dirección y control del empleador, quien “se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo y asume la facultad de disposición sobre las condiciones en que ha de ejecutarse la actividad laboral”, por lo que, como señala Monereo Pérez, “trabajo

² Vid. MORENO VIDA, M.N.: “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *Temas Laborales* núm. 150/2019, págs. 161-185.

y tiempo están penetrados por la racionalidad jurídica y la dialéctica del poder y de la subordinación que le son inherentes”³.

Por otra parte, la jornada de trabajo constituye el tiempo efectivo de prestación de servicios por parte del trabajador a la que queda obligado en virtud del contrato de trabajo, de tal forma que el cumplimiento del tiempo de trabajo es elemento decisorio para determinar si se cumple o no con la prestación de trabajo y, por el contrario, delimita el ejercicio de las facultades directivas del empresario que sólo pueden ser ejercidas durante el período en que el trabajador está a disposición del empresario (salvo los supuestos que hoy se configuran en algunos convenios colectivos de complementos de localización en los que el empresario puede invadir el período de descanso del trabajador exigiéndole que acuda a realizar la prestación de servicios, o en algunas relaciones especiales de trabajo).

Pero el tiempo de ejecución de la prestación laboral, teniendo en cuenta las características de la relación laboral que se formaliza mediante el contrato de trabajo, no es sólo el tiempo durante el cual se desarrolla la prestación de trabajo acordada puesto que en ella queda implicada la propia persona del trabajador y, por tanto, lo que se cede al poder de control y organización del empleador es tiempo de vida del trabajador. El objeto de la prestación laboral es el tiempo durante el cual se está a disposición de la empresa para realizar las tareas bajo su dirección y organización.

El progreso tecnológico y productivo de la sociedad permite hoy que ese tiempo que se dedica a trabajar pueda ser menor, aumentando al mismo tiempo la productividad, garantizando la conciliación, la salud, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. La negociación colectiva ha ido estableciendo jornadas anuales en los convenios colectivos inferiores a la jornada máxima legal (en 2023 la jornada media se situó en las 38,2 horas semanales), de forma que actualmente el 79,7 % de los trabajadores cubiertos por un convenio colectivo tienen una jornada entre 37,5 y 39,5 horas a la semana. Pero los sectores con menor peso de la negociación colectiva, como Agricultura, Comercio u Hostelería, siguen sometidas a la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales (sin entrar ahora en la realización de horas extraordinarias no computadas ni retribuidas en muchos casos, que hace necesario incidir más en el registro de jornada). La reducción de la jornada legal máxima permitirá que los trabajadores de estos sectores puedan beneficiarse también de una jornada de trabajo más reducida.

II. La ordenación del tiempo de trabajo, el control del empresario y el derecho a la desconexión digital

El impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en las reglas tradicionales sobre el trabajo constituye un reto para la gobernanza del trabajo. La digitalización y/o automatización plantea muchas dudas respecto a instituciones laborales clásicas y reglas tradicionales en el ámbito laboral, como especialmente las relativas al tiempo y lugar de trabajo, pero también respecto de los instrumentos de

³ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prólogo”, en PERÁN QUESADA, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Editorial Comares, Granada, 2014, pág. XIV.

tutela de la seguridad y salud, los instrumentos de control empresarial o la propia sostenibilidad de la Seguridad Social.

Estas nuevas realidades derivadas de los procesos de digitalización, robotización y automatización de los procesos productivos, junto con las nuevas formas de organización del trabajo, no solo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo y la aparición de nuevas formas de trabajo distintas del prototipo clásico, que pueden provocar su devaluación como elemento de articulación y estructuración social, sino que también están incidiendo en la determinación del tiempo de trabajo y en el ejercicio del conjunto de facultades que comprende el poder de dirección del empresario.

El sistema productivo hoy se basa cada vez más en sistemas heterogéneos e individualizados de organización del trabajo. De ahí que ésta se haga más flexible, más heterogénea e individualizada, dirigida a conseguir una mayor productividad del trabajo y adaptada a las variaciones del proceso productivo y de las nuevas formas de organización científico-técnica del trabajo. Esto se traduce en una “des-estandarización del ciclo de la vida de las personas”⁴.

Pero, además, la transformación digital del trabajo, con las consecuencias tecnológicas y organizativas que conlleva, se traduce en una “hipervigilancia empresarial” y en una difuminación de las fronteras “entre los tiempos de trabajo estrictamente productivos (bajo la dependencia del empleador y orientados a los resultados de productividad debidos) y los reproductivos (bajo el poder de autodeterminación de la persona del trabajador para asuntos propios)”⁵ y, en consecuencia, la delimitación del tiempo de trabajo efectivo para diferenciarlo del tiempo no laboral o privado se sitúa como una de las cuestiones fundamentales. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) llevan consigo una fragmentación y una difuminación del tiempo de trabajo y una deslocalización de la prestación de servicios y esto genera nuevas tensiones y nuevos conflictos respecto a la ordenación jurídica de la relación de trabajo y de su protección social (incumplimientos de las normas de derecho necesario sobre el derecho al descanso del trabajador, fraude en las prolongaciones de jornada no declaradas, conflictos sobre la calificación de las contingencias profesionales, mayor incidencia de la siniestralidad laboral y los daños producidos por el estrés laboral, afectación a las políticas de conciliación laboral y familiar...).

En la ordenación flexible del tiempo de trabajo y de la movilidad funcional y espacial de los trabajadores está implícita la función reguladora de la autonomía individual y el reforzamiento del poder de dirección unilateral del empresario. Por otro lado, la flexibilidad horaria que caracteriza el trabajo con las TIC vuelve a poner en el centro del conflicto la diferencia entre trabajo efectivo y períodos de disponibilidad (vid. STJUE de 21 de febrero de 2018, *Ville de Nivelles vs Rudy Matzak*, asunto

⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y seguridad social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *RMTAS*, Número Extraordinario 2008; MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*. Edit. Comares, Granada, 2009, pág. 8.

⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’ garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, pág. 254.

C-518/15), ahora de forma mucho más acentuada por la “conectividad” permanente que permiten las TIC. Esta conectividad permanente lleva, en muchos casos, a encubrir bajo la pretendida bondad de la “autogestión flexible” del tiempo de trabajo una “disponibilidad permanente”⁶, que elimina los límites entre la vida profesional y la vida privada (entre los tiempos de trabajo productivos y los tiempos reproductivos), afectando de modo particular a la salud de los trabajadores (efecto “*blurring*”, estrés laboral, fatiga informática...).

Entre otras cosas, la aplicación de las nuevas tecnologías, y en particular de las TIC, produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las TIC, en detrimento -o incluso vulneración- de los derechos a la dignidad y a la intimidad de los trabajadores. A través de las TIC (correos electrónicos, móviles o teléfonos inteligentes, tabletas, etc.) el empleador puede dar órdenes o instrucciones a los trabajadores cualquier día de la semana y del año y a cualquier hora del día y de la noche, provocando, además de la vulneración de los derechos al descanso, la aparición de importantes riesgos laborales (fatiga informática, estrés laboral...) y la invasión de la vida personal y familiar del trabajador. Por ello, para garantizar el respeto al derecho al descanso y a la propia intimidad del trabajador, así como delimitar el poder de control del empresario, evitando que pueda exigirse el desarrollo de la prestación fuera de los horarios pactados, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su art. 88, reconoció el derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

Al mismo tiempo, el art. 20 bis del ET (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) reconoce el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Esta regulación del derecho a la desconexión se conecta así de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes (vinculación que ya se puso de manifiesto desde la conocida SAN 94/1997, de 17 de julio, que sostuvo que obligar a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y con los clientes en horas fuera de la jornada laboral sobrepasa las facultades normales o regulares de la empresa en ejercicio de su poder de dirección).

Con el derecho a la desconexión, se trata de garantizar el derecho del trabajador a “no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones” (no atender el teléfono o la mensajería, no revisar ni contestar el correo electrónico, no acceder a redes sociales de la empresa, etc.). Este es el núcleo duro de este derecho: la garantía de efectividad del derecho al

⁶ Vid. sobre la distinción entre conectividad y disponibilidad, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT*, núm. 28, 2018, págs. 8-15.

descanso y el respeto debido a la intimidad del trabajador, derechos fundamentales que pueden ser exigidos en cualquier momento, sin que sea necesario que exista una regulación legal o convencional de los mismos. Si bien la ley, en su función de norma mínima, y el convenio colectivo, como expresión de la autonomía colectiva, llevan a cabo la determinación de la jornada y la ordenación del tiempo de trabajo, el trabajador tiene constitucionalmente garantizado el poder de autodeterminación fuera de la jornada de trabajo.

Pero, partiendo de ello, se impone una nueva interpretación actualizada y acomodada a la nueva realidad de los poderes empresariales tradicionales en el marco de unas relaciones laborales donde se han introducido de modo sustancial las nuevas tecnologías digitales que han alterado el juego de fuerzas de las partes del contrato de trabajo. Por lo que el derecho a la desconexión, además de los aspectos referidos al derecho al descanso, a la salud y a la vida privada del trabajador, tiene una incidencia fundamental en la limitación del poder de control y dirección (poderes de especificación y control de la prestación de servicios) debiendo garantizar que dichos poderes no puedan extenderse a un tiempo de no trabajo (fuera de la jornada laboral). Por ello, dentro del contenido del derecho a la desconexión debiera delimitarse el ejercicio del poder de dirección, explicitando que es un ejercicio irregular del mismo, y en consecuencia está prohibido, que a través de los medios tecnológicos o digitales se despliegue fuera del tiempo de trabajo.

La práctica del teletrabajo mediante herramientas digitales, que se ha intensificado exponencialmente a partir de las medidas de confinamiento que se adoptaron como consecuencia del coronavirus, sigue planteando de forma creciente el problema de la conectividad constante y la difuminación de los límites entre la jornada laboral y el tiempo de descanso. Pero el marco jurídico, tanto a nivel europeo como nacional, plantea todavía muchas debilidades. Es necesario establecer expresamente los límites a los poderes empresariales fuera de la jornada y del lugar de trabajo (hoy diluidos por la conexión a través de los dispositivos digitales), configurar expresamente un deber para el empresario de no enviar notificaciones o mensajes de carácter profesional fuera de la jornada (salvo casos de urgente necesidad o de guardias localizadas) y declarar que los poderes de dirección y disciplinarios no puedan alcanzar las conductas de los trabajadores fuera de dichos ámbitos, es decir “extralaborales”⁷. El no responder mails o mensajes profesionales fuera de la jornada no puede -una vez reconocido el derecho a la desconexión- tener trascendencia laboral por lo que el empresario no puede, no solo no sancionar o despedir, sino que no debe tener una repercusión negativa a efectos de valorar el rendimiento del trabajador o perjudicar sus posibilidades de estabilidad en la empresa.

La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo aprobó en 2021 un informe de iniciativa legislativa en el que pide a la Comisión Europea que proponga una directiva de la Unión que establezca unos requisitos mínimos en relación

⁷ Ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de marzo de 2018 (Rec. 2241/2017) reconoció que la empresa está obligada a contar con un procedimiento que permita que el trabajador pueda desactivar el sistema de posicionamiento global una vez que finalice su jornada, de manera que a partir de ese momento el sistema no esté operativo salvo que el trabajador preste su consentimiento.

con el derecho a la desconexión. Y la Comisión Europea parece estar dando pasos, si bien lentamente, hacia el establecimiento de una Directiva europea que garantice el derecho a la desconexión digital y regule el teletrabajo (en agosto de 2025 se ha iniciado la segunda fase de conversaciones con los interlocutores sociales).

En esa misma línea se enmarca la reforma que se propone en el *Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión*. La reforma plateada del art. 20 bis del ET, aparte de acentuar expresamente la incidencia del derecho a la desconexión en el teletrabajo, determina en que consiste el “deber empresarial de garantizar el derecho a la desconexión”: “supone, entre otros, la ausencia de toda solicitud de realizar una prestación laboral y la ausencia de comunicación de la empresa o persona en quien delegue, así como de terceros con relación comercial con la empresa, con la persona trabajadora mediante cualquier dispositivo, herramienta o a través de medios digitales, así como el derecho a no estar localizable fuera de su horario de trabajo”. Paralelamente, configura el derecho a la desconexión como un derecho irrenunciable para el trabajador y establece la garantía para el trabajador de indemnidad frente al rechazo o la no atención de la comunicación o de la petición de prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral (no podrán generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora).

Junto a ello, remite a la negociación colectiva la definición de las modalidades del ejercicio, los medios y las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la desconexión. Fija como objetivos fundamentales el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y la seguridad y salud de los trabajadores, mediante el uso razonable de las herramientas tecnológicas y evitando el riesgo de fatiga informática. Remite, asimismo a la negociación colectiva la posibilidad de establecer excepciones al derecho a la desconexión cuando concurren circunstancias excepcionales justificadas que puedan constituir un riesgo grave para los trabajadores o para otras personas o un potencial perjuicio empresarial grave que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas.

Se trata de medidas, sin duda, necesarias en el contexto actual y de futuro.

Ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y límites del poder de dirección empresarial

BELÉN GARCÍA ROMERO

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

I. Planteamiento general

Los derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar responden al mandato del artículo 39 CE de proteger a la familia, a los hijos y a la infancia, siendo estas categorías las principales beneficiarias de su reconocimiento. Tales derechos entran en conflicto con la libertad de empresa del artículo 38 CE.

A su vez, las medidas de conciliación tratan de dar respuesta al principio de igualdad de trato y no discriminación del artículo 14 CE. Concretamente, su diseño normativo puede contribuir de manera decidida a erradicar la discriminación por razón de sexo que sufren todavía hoy las mujeres en el trabajo como consecuencia de los arraigados estereotipos de género, que siguen atribuyendo a ellas en exclusiva las tareas de cuidados familiares. Por ello, es esencial que las medidas normativas tendentes a poder conjugar las responsabilidades profesionales con las familiares no se reconozcan en exclusiva a las mujeres, sino que todos los derechos por razón de las “circunstancias familiares” se reconozcan tanto a hombres como a mujeres¹, potenciando las medidas flexibilizadoras sobre las que implican un apartamiento temporal- a tiempo completo o parcial- del trabajo, que tienen un grave impacto en las carreras profesionales y de cotización y que penalizan de forma particular a las mujeres.

¹ GARCÍA ROMERO, B., “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social”, en *Protección Social del Trabajo de Cuidados* (Belén García Romero y M. Carmen López Aniorte, Dir.), Aranzadi, 2022, p. 29.

El ejercicio de los derechos de conciliación por parte de las personas trabajadoras supone introducir limitaciones al poder de dirección del empresario, una de cuyas manifestaciones es la adopción de decisiones organizativas, para determinar el qué, el cómo, el cuándo y el dónde, se deben prestar los servicios retribuidos.

En este breve capítulo nos centraremos en el derecho al teletrabajo por motivos de conciliación familiar, en un supuesto resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de la Coruña, Sentencia 170/2025, de 4 de abril de 2025, rec. 462/2024.

II. Marco normativo de los derechos de conciliación

Los derechos de conciliación encuentran sustento normativo en la propia Constitución española (art. 39 CE y art. 14 CE); la Directiva 2019/1158, de 20 de julio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; el Convenio 156 (OIT) de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares y la recomendación 165 (OIT), y también en dos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), como son el artículo 4.2 y, muy especialmente, el artículo 34.8 ET.

III. La actual preferencia por las fórmulas de trabajo flexible frente a los tradicionales derechos de ausencia

En el reconocimiento legal de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar podemos distinguir dos etapas principales.

La primera, surgida en la década de los 90 del pasado siglo y que ha sido la preponderante hasta fechas muy recientes, se caracteriza por el establecimiento de medidas basadas en el fomento de las ausencias (permisos, licencias, reducciones de jornadas, suspensiones del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo, etc.). La consecuencia es que pese a tener formalmente un carácter neutro, desde el punto de vista subjetivo, e ir dirigidas casi todas ellas por igual a ambos sexos, tales medidas han tenido como efecto la expulsión mayoritaria de las mujeres del mercado de trabajo para atender los cuidados intrafamiliares².

En una segunda etapa, la toma de conciencia de las consecuencias negativas de dichas políticas ha llevado a potenciar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, en particular, mediante la equiparación de los permisos parentales. Con la asunción del principio de corresponsabilidad de los progenitores en la atención de las tareas domésticas y de cuidado de menores y familiares, se contribuye a transformar social y jurídicamente las relaciones laborales y de empleo y la sociedad en su conjunto, gracias a la promoción igualitaria de papeles en la familia y a la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el trabajo.

Otra de las nuevas vías abiertas para evitar los perjuicios en las carreras laborales y de seguro de las mujeres ha sido la de reforzar los derechos de presencia, a través

² GRAU PINEDA, C.: “Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de género de las pensiones”, en *Perspectivas jurídicas y económicas del “informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Francisco Javier Hierro Hierro, Director y Coordinador), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 771.

de la adaptación de la duración y la distribución de la jornada de trabajo, así como la prestación del trabajo a distancia (art. 9 de la Directiva 2019/1158 y artículo 38.4 ET).

En efecto, este cambio de enfoque se observa ya en la Directiva 2019/1158, cuyo artículo 9 reconoce el derecho de los trabajadores con hijos y los cuidadores a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado.

Dentro de dichas fórmulas de trabajo flexible, en su considerando 34 hace referencia expresa a la posibilidad de acogerse, cuando sea posible, al trabajo a distancia, a calendarios laborales flexibles o a la reducción del horario laboral.

No se trata de un derecho absoluto e incondicionado, sino que se prevé que los empleadores al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible, puedan tener en cuenta, entre otras cosas, sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas, y, en consecuencia, decidir si aceptan o rechazan la petición del trabajador (Considerando 36). En esta línea, el artículo 9.2 de la misma norma europea señala que los empleadores estudiarán las solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta sus propias necesidades como las de los trabajadores, debiendo justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas.

En el derecho interno, el vigente art. 34.8 ET, en redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, reconoce a las personas trabajadoras, para hacer efectivo su derecho a conciliar su vida familiar con la prestación de trabajo, un derecho a la adaptación de jornada de contenido mucho más amplio que el que contenía su versión original. Y ello, por diversas razones. La primera, porque el trabajador puede adaptar su jornada de diferentes maneras (en la duración, la distribución, la ordenación del tiempo de trabajo...); en segundo lugar, porque el derecho de adaptación desborda la posibilidad de redefinir la jornada para alcanzar la forma en que la prestación se lleva a cabo (trabajo a distancia); y en tercer lugar, en fin, porque la nueva dicción -más garantista- compele a la empresa a acoger el régimen de disfrute propuesto por el trabajador o, en su defecto, a ofrecer alternativas al régimen propuesto, admitiéndose sólo en última instancia la negativa de la empresa y sólo cuando esta pueda legitimar su actuación en la existencia de una “razón objetiva”³.

IV. El derecho al teletrabajo por motivos de conciliación. Estudio de un caso

1. Contenido del derecho

Como se ha indicado, dentro de las varias posibilidades de adaptación de la jornada laboral por motivos de conciliación familiar que ofrece el artículo 34.8 ET (jornada continuada, horario flexible, cambio de turno, etc.), se incluye el derecho a realizar las funciones en régimen de trabajo a distancia.

De acuerdo con el referido precepto, “en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tendrán derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

³ VIQUERIA PÉREZ, C. “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 et)”, *Revista de Jurisprudencia laboral* 4/2021, p. 5.

Asimismo, tendrán derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos o hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que se fundamenta su petición.”

De otro lado, se señala expresamente que “la persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el periodo acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.”

2. Condiciones de su ejercicio

Como se ha señalado, el derecho a la adaptación de jornada no es un derecho absoluto, sino que, de acuerdo con el art. 34.8 ET “dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”.

Tratándose de una medida conciliatoria el legislador ha previsto que la negociación colectiva pueda establecer “los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno u otro sexo”, pero, de manera supletoria, ha introducido expresamente un cauce formal en defecto del que pueda estar previsto en convenio colectivo, a fin de vehicular las solicitudes que los trabajadores pudieran plantear, aquilatando esa previa ponderación de intereses entre las partes a través de un trámite negociador con el evidente propósito de que al procedimiento judicial solo lleguen las discrepancias entre las partes a las que alude el art. 139 de la LJS, esto es las que resulten de la confrontación de posturas.

Así, se establece que, en ausencia de previsiones convencionales, “la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.”

Una vez finalizado el proceso de negociación, “la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.”

3. El carácter restrictivo de lo motivos de oposición empresarial a la solicitud de adaptación planteada

Como punto de partida es importante señalar, como criterio valorativo general, que la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como

desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), “ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa” (STC 3/2007, de 15 de enero; rec. amparo 6715-2003).

De otro lado, puesto que el derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación no es un derecho automático ni incondicionado, se exige una tramitación que principalmente tiende a asegurar la cobertura de las necesidades del servicio.

Ahora bien, ello sentado, es evidente que el legislador sitúa este derecho en un plano superior al poder directivo del empresario. En este sentido, como ha señalado la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en sentencia de 25 de mayo de 2021, rec. 335/2021, ante todo estamos ante un “derecho individual” del trabajador, y “el punto de partida ha de ser necesariamente que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar)- teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno. De hecho, la actora tiene como única carga la demostración de la existencia de hijos menores de doce años, su deseo de conciliar y que lo solicitado le facilita dicha conciliación familiar; frente a la que solo cabe una oposición empresarial muy fundamentada, ajena a argumentos relativos al modo de organizar su familia”.

Esta primacía del derecho a la conciliación sobre el poder decisorio de la empresa se refleja en la redacción del artículo 34.8 ET, pues si no concurre oposición expresa al término del proceso de negociación se presume la concesión. Y en caso de concluir con comunicación escrita, se estima que será por regla general favorable (“comunicará la aceptación”). Solo, de manera residual, se contempla la posibilidad de una propuesta alternativa (que ha de posibilitar las necesidades de conciliación) o bien la negativa a su ejercicio. En ambos casos, se exige que se motiven “las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”.

En la Sentencia 170/2025, de 4 de abril de 2025, del Juzgado de lo Social nº 4 de la Coruña, Rec. 462/2024, se resuelve un litigio entre una trabajadora del sector de *contact center* y su empresa en relación con la solicitud formulada por la trabajadora de realizar sus funciones en régimen de teletrabajo, por motivos de conciliación familiar.

La trabajadora mantiene que sus funciones son compatibles con la modalidad de teletrabajo, lo que viene a corroborar por el hecho de que durante el estado de alarma todos los trabajadores del centro de trabajo prestaron sus servicios en este régimen, que se prolongó durante veinticuatro meses, y que la propia actora vino prestando servicios por un periodo temporal, sin que se hubiesen registrado incidencias en la prestación.

La empresa se opone argumentando que en no existe acuerdo ni protocolo de teletrabajo, modalidad que se impuso únicamente durante la crisis sanitaria derivada de la COVID; que la actora no justifica la necesidad de teletrabajo y que además la prestación de servicios en su domicilio es incompatible con la atención de su hijo; que en todo caso existe una dificultad organizativa para el régimen de teletrabajo y que la presencia física en el puesto garantiza un mejor calidad y seguridad del servicio.

Durante la negociación la empresa ofreció como alternativa la eliminación del horario nocturno para seguir en modalidad presencial, pero la trabajadora rechazó la

propuesta por motivos económicos (pues perdería el plus de nocturnidad y transporte, que ronda los 250 euros) y porque dicha alternativa no le permitiría realizar la conciliación familiar con un bebé, teniendo en cuenta que ambos progenitores tienen el mismo horario en la empresa.

El conflicto es resuelto por órgano judicial en sentido favorable a la trabajadora, al considerar que “frente a la constatada necesidad de conciliación de la parte actora, lo cierto es que no se aprecian debidamente justificadas las razones de la empresa para la denegación”.

Así, pues, razona que “habiendo probado la trabajadora la existencia de circunstancias personales y familiares que gravan especialmente el cumplimiento de las jornadas presenciales, debe primar la conciliación familiar de la trabajadora, máxime cuando las razones organizativas esgrimidas por la empresa se aprecian de carácter genérico y estandarizado”.

Por otra parte, señala que “si bien es cierto que durante la prestación de servicios en régimen de teletrabajo la actora no puede dedicarse al cuidado del menor ello no desvirtúa que el sistema pretendido le facilite la conciliación de la vida profesional con la familiar, que es lo que solicita”.

En definitiva, para el órgano judicial una vez probada la necesidad de cuidar de un menor, la empresa demandada no puede denegar el teletrabajo a la actora por causas productivas u organizativas, habiendo quedado probado que la empresa ha iniciado la instauración del teletrabajo con adscripción voluntaria en ciudades como Bilbao o Barcelona, y una de las coordinadoras de departamento de la actora realiza funciones desde Columbia.

Así pues, la demanda se estima íntegramente, declarando el derecho de la demandante a la prestación de servicios en régimen de teletrabajo y se condena a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.000 euros en concepto de vulneración de daños morales, por falta de contestación a la solicitud formulada por aquella.

V. Conclusiones

En definitiva, el derecho de adaptación está sometido a ciertas limitaciones en las que el legislador demuestra que es también consciente de la necesidad de sujetar el ejercicio del derecho a la ponderación de los intereses en conflicto (los del titular del derecho de adaptación, las necesidades organizativas de la empresa y los derechos del resto de trabajadores). Por eso, las medidas propuestas por el trabajador han de ser *“razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”* y por eso sólo la concurrencia de *“razones objetivas”* entre las que no tienen cabida las relativas al modo de organizar su familia, puede legitimar la negativa de la empresa⁴.

⁴ VIQUERIA PÉREZ, C. “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 et)”, cit, p. 8.

Ahora bien, en caso de discrepancia debe primar la conciliación familiar de la persona trabajadora, en especial, cuando las razones organizativas esgrimidas por la empresa se aprecian de carácter genérico y estandarizado.

En ausencia de probadas razones objetivas, la denegación del derecho a la concreción horaria o a la adaptación del modo de prestación, atendiendo a las necesidades especiales de conciliación de la persona trabajadora no solo implica un incumplimiento del derecho de configuración legal reconocido en el art. 34.8 ET, sino que, dada su dimensión constitucional, tal infracción supone también una vulneración del derecho a la no discriminación por motivos familiares amparado en el art. 14 CE. Y una vez determinada la lesión del derecho fundamental, deben resarcirse los daños morales, que resultan indisolublemente unidos a la lesión del derecho fundamental, como ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, TS-SOC núm. 214/2022, de 9 de marzo, rcud. 2269/2019).

VI. Bibliografía

- GARCIA ROMERO, B., “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social”, en *Protección Social del Trabajo de Cuidados* (Belén García Romero y M. Carmen López Aniorte, Dir.), Aranzadi, 2022
- GRAU PINEDA, C.: “Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de género de las pensiones”, en *Perspectivas jurídicas y económicas del “informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Francisco Javier Hierro Hierro, Director y Coordinador), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021
- VIQUERIA PÉREZ, C. “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 et)”, *Revista de Jurisprudencia laboral* 4/2021.

El poder de dirección de la persona empresaria y la conciliación de la vida personal y laboral de las mujeres trabajadoras: una perspectiva jurídico-laboral

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena*

I. Introducción

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituye uno de los principales retos del Derecho del Trabajo contemporáneo, especialmente en lo que se refiere a las mujeres trabajadoras¹. Aunque el marco normativo español ha avanzado notablemente en los últimos años, la interacción entre el poder de dirección del empresario y el ejercicio de los derechos de conciliación sigue generando tensiones interpretativas y conflictos prácticos². El poder de dirección se define como la potestad de la persona empresaria de alterar, de manera unilateral, los límites de la prestación

¹ La publicación es parte de la ayuda PID2023-147932OB-I00: HERRAMIENTAS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES DE MUJERES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN, financiado por MCIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

² Vid. MONTÓYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario (Tesis)*, Universidad de Sevilla, 1962; MONTÓYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004, págs. 109-158; MONTÓYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AA.VV. (Coord. DE LA VILLA GIL, L.), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 189-200.

laboral³; teniendo en cuenta que no haya modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo⁴.

Este estudio examina cómo se articula jurídicamente ese poder empresarial y su incidencia en la igualdad de oportunidades, poniendo especial atención en los efectos diferenciales que tiene sobre las mujeres trabajadoras. Para ello, se analizan las disposiciones normativas clave, la evolución jurisprudencial y los desafíos aún pendientes en la práctica laboral.

II. El poder de dirección del empresario en el marco del estatuto de los trabajadores

El artículo 38 de la Constitución Española (CE)⁵, permite a las personas físicas y jurídicas crear y desarrollar actividades empresariales con fines lucrativos, dentro del marco de la economía de mercado⁶. El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁷, reconoce a la persona empresaria el poder de dirigir y controlar la actividad laboral⁸. Este poder se concreta en facultades como la organización del

³ “(...) Las instrucciones de la empresa no son en nuestro ordenamiento ninguna norma, porque no forman parte del sistema de fuentes de ordenación de la relación laboral que define el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando pudieran generar una condición más beneficiosa que se incorporase al vínculo contractual por la vía del apartado c) del n.º 1 de ese precepto, si bien en este caso tampoco se trataría propiamente de una norma, sino de una condición de origen contractual. Pero no por ello puede concluirse que este tipo de instrucciones son necesariamente ilícitas, pues las mismas pueden constituir un ejercicio legítimo del poder directivo empresarial, si bien hay que aclarar que no se trata ya del poder de dirección de la prestación laboral (artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores), sino del poder general de dirección en el marco de cualquier organización compleja y jerárquica”. STS, de 11 de junio de 2008, Rec. núm. 17/2007.

⁴ “(...) por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ad exemplum del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ius variandi empresarial”. STS de 29 de marzo, Rec. núm. 271/2022.

⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 38 de la CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

⁶ Vid. MONTOTO MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, 2004, págs. 135-145; MONTOTO MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 33, 2003, págs. 198-216; MONTOTO MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en AA.VV. (Coord. PÉREZ DE LOS COBOS y ORIHUEL, F.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 131-180.

⁷ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁸ Vid. MONTOTO MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 1, 2000, págs. 575-596; MONTOTO MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (En torno al artículo 20)”, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después*, Vol. 1, Tomo Primero, Civitas, Madrid, 2000, págs. 575-596.

trabajo, la imposición de órdenes e instrucciones, y el control del cumplimiento de las obligaciones laborales⁹.

Por otra parte, el primer apartado del artículo 1 del ET dispone que las personas trabajadoras prestan sus servicios “dentro del ámbito de organización y dirección” de un empresario. Es deber básico del trabajador, según el artículo 5 c) del ET, “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas”. Finalmente, conforme el artículo 54 del ET, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión de la persona empresaria, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Sin embargo, este poder no es absoluto. Está limitado por los derechos fundamentales de la persona trabajadora, especialmente lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 4 del ET, la normativa sectorial, la negociación colectiva y por los derechos reconocidos en materia de conciliación de la vida personal y laboral. Por tanto, el ejercicio del poder directivo debe ser razonable, proporcional y respetuoso con los derechos laborales y constitucionales¹⁰.

III. Normativa sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral en España

El poder de dirección de la persona empresaria debe conciliarse con el derecho de las mujeres trabajadoras a la conciliación de la vida personal y laboral, que se ampara en el derecho a la adaptación y distribución de la jornada, según el artículo 34.8 del ET. Las empresas, para fomentar esta conciliación y la corresponsabilidad, pueden implementar medidas de flexibilidad, servicios de cuidado, y políticas que promuevan su uso por parte de hombres y mujeres, además de reconocerlas como parte del salario emocional de la empresa.

Bajo este contexto, el ordenamiento jurídico española establece una serie de derechos específicos para facilitar la conciliación, entre los que destacan, entre otros:

- Reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares (art. 37.6 y 37.7 ET)

⁹ Vid. MONTAÑA MELGAR, A., “Dirección y control de la actividad laboral”, en AA.VV. (Coord. BORRAJO DACRUZ, E.), *El Estatuto de los Trabajadores: Derechos y deberes contractuales*, Edersa, Madrid, 1985, págs. 99-152.

¹⁰ “En el marco de los límites impuestos al poder de dirección y control del empresario en el desarrollo de la relación laboral cabe citar la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional referida a la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre las obligaciones del trabajador y la facultad de control empresarial, pero siempre teniendo presente que los derechos fundamentales que el trabajador ostenta prevalecen sobre el derecho de control del empresario (STC 6/1998, de 21 de enero), por lo que aquéllos constituyen límites negativos para el poder de control empresarial y operan como derechos de defensa frente a un ejercicio ilegítimo del mismo por parte del empleador. Y es precisamente en este sentido en el que los arts. 20.3 y 18 ET aluden al respeto de la dignidad del trabajador como base de todos los derechos fundamentales, de modo que la proyección de la dignidad de la persona en general y los derechos fundamentales en particular en el control por parte del empresario no sólo va a permitir superar una visión patrimonialista de la relación laboral, sino que va a situar a la actividad de control empresarial en sus justos términos, erigiéndose los derechos fundamentales del trabajador en límites a la discrecionalidad del ejercicio del poder de control del empresario”. SAN de 30 de noviembre, Rec. núm. 251/2021.

- Adaptación de jornada (art. 34.8 ET): derecho a solicitar cambios en la duración o distribución de la jornada por motivos de conciliación, sin reducción de salario.
- Excedencias por cuidado de familiares (art. 46.3 ET)
- Permisos retribuidos (art. 37.3 ET)

La reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹¹, refuerza el derecho a solicitar la adaptación de jornada, estableciendo que las personas trabajadoras no sólo pueden pedir cambios, sino que la empresa debe justificar la negativa. Además, este derecho es individual, lo que lo hace especialmente relevante para las mujeres, quienes históricamente han asumido la mayor carga de cuidados.

IV. Impacto del poder de dirección en los derechos de conciliación

El ejercicio del poder de dirección puede entrar en conflicto con los derechos de conciliación, particularmente cuando la persona empresaria pretende imponer turnos, traslados, cambios de jornada u horarios incompatibles con las necesidades familiares de la persona trabajadora.

La normativa obliga a la persona empresaria a ponderar las necesidades organizativas con los derechos de las personas trabajadoras, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo. En la práctica, sin embargo, muchas trabajadoras encuentran barreras para hacer efectivos estos derechos, ya sea por presiones informales, obstáculos burocráticos o decisiones unilaterales no justificadas.

Es importante señalar que la negativa empresarial a conceder adaptaciones razonables de jornada puede constituir una vulneración del derecho a la igualdad, lo que ha sido objeto de numerosas sentencias en los últimos años.

V. Perspectiva de género: mujeres trabajadoras y desigualdades persistentes

La conciliación afecta de forma desigual a hombres y mujeres. Aunque los derechos están formulados de forma neutra, en la práctica son las mujeres quienes solicitan en mayor medida reducciones de jornada, adaptaciones o excedencias, con el consiguiente impacto en su carrera profesional y retribuciones.

Esta situación perpetúa la brecha salarial de género, la segregación laboral y la penalización profesional de la maternidad; lo que se ha denominado “muro maternal” o “penalización por cuidados. Términos que definen el hecho de que las madres sean percibidas como menos competentes y comprometidas con el trabajo en comparación con las mujeres que no son madres o los hombres, con o sin hijos. Dicho de otra manera, describe los obstáculos y dificultades añadidas que experimentan las mujeres cuando son madres. El poder de dirección de la persona empresaria puede agravar estas desigualdades si no se ejerce con criterios de equidad y perspectiva de género.

¹¹ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

La normativa española, alineada con la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹², busca corregir estas desigualdades, pero aún existen importantes retos de implementación y cambio cultural dentro de las empresas.

De hecho, recientemente se ha publicado el Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del

Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (conocido como el permiso parental)¹³, que completa la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Como señala su Preámbulo la “forma en que se configura (...) la retribución del permiso parental es una manifestación de corresponsabilidad social”.

VI. Jurisprudencia relevante y casos prácticos

La jurisprudencia ha tenido un papel clave en garantizar la efectividad de los derechos de conciliación frente al poder directivo empresarial. Algunas sentencias destacadas:

- STSJ Galicia 26 julio 2023 (Rec. núm. 1526/2023): El art. 34.8 del ET no prevé el derecho de la persona trabajadora al traslado por motivos de cuidado de familiares para conciliación de la vida familiar y laboral, sino la adaptación y distribución de la jornada, derecho que tampoco se prevé en el Convenio Colectivo.
- STSJ Galicia 16 junio 2023 (Rec. núm. 1685/2023): Se estima la reclamación de la trabajadora por necesidades de cuidado de su progenitora e incluso se considera que existen daños y perjuicios morales derivados de la negativa de la empleadora a acceder, de modo injustificado, a la solicitud de adaptación de la jornada de la parte demandante, lo que está asociado a la previsible intranquilidad de quien ve modificado su turno de trabajo teniendo a su cargo, en su vida familiar, a una madre y un padre que precisan cuidados y asistencia.

¹² DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.

¹³ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2025.

- STC 26/2011, de 14 marzo (Rec. núm. 9145/2009): Otorga el amparo y declara la vulneración del derecho a no ser discriminado por las circunstancias familiares al haberse denegado al progenitor la asignación de horario nocturno sin analiza su necesidad para conseguir un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo, y la consecuencia es la nulidad de actuaciones y la retroacción al momento procesal anterior a dictar sentencia por el Juzgado de lo Social.
- STS 26 abril 2023 (Rec. núm. 1040/2020): La denegación de la concreción horaria de la reducción de jornada por guardia legal solicitada por la trabajadora conlleva el derecho a la indemnización de daños y perjuicios a la que fue condenada la empresa por la sentencia recurrida.
- STSJ Andalucía 16 mayo 2024 (Rec. núm. 1557/2024): A la persona empleadora le incumbe, por tanto, acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho; realizando en su caso, alternativas a esta propuesta y se las acredita.
- STSJ Castilla y León 14 mayo 2024, (Rec. núm. 863/2024): Las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Estos fallos consolidan el principio de que el poder de dirección no puede prevalecer sobre derechos fundamentales sin una justificación razonable, objetiva y proporcionada.

VII. Conclusiones y propuestas de mejora

El equilibrio entre el poder de dirección de la persona empresaria y los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, especialmente de las mujeres, requiere una interpretación garantista del ordenamiento jurídico y una aplicación práctica comprometida con la igualdad real. Por lo que las propuestas clave que se proponen son las siguientes:

- Fortalecer los mecanismos de negociación colectiva para prever medidas efectivas de conciliación.
- Promover la corresponsabilidad en el ejercicio de derechos para hombres y mujeres.
- Incluir cláusulas de igualdad en la gestión del tiempo y la organización del trabajo.
- Fomentar la formación de empleadores y mandos intermedios en perspectiva de género.
- Reforzar la labor de la Inspección de Trabajo en casos de discriminación por razón de sexo en el uso de derechos de conciliación.

VIII. Bibliografía

- MONTOYA MELGAR, A., “Dirección y control de la actividad laboral”, en AA.VV. (Coord. BORRAJO DACRUZ, E.), *El Estatuto de los Trabajadores: Derechos y deberes contractuales*, Edersa, Madrid, 1985.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 1, 2000.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (En torno al artículo 20)”, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después*, Vol. 1, Tomo Primero, Civitas, Madrid, 2000.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 48, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 33, 2003.
- MONTOYA MELGAR, A., “La nueva configuración del poder de dirección del empresario”, en AA.VV. (Coord. DE LA VILLA GIL, L.), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en AA.VV. (Coord. PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario (Tesis)*, Universidad de Sevilla, 1962.



11

CONTRATOS ESPECIALES Y CON PECULIARIDADES

El poder de dirección del empresario en el deporte profesional: ¿también reviste una cierta especialidad?

ÁNGEL GUILLÉN PAJUELO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

<https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>

I. Una sucinta referencia (y agradecimiento) a la figura del prof. Montoya Melgar

Como estudiante del Grado en Relaciones Laborales de la Universitat Rovira i Virgili durante los años de 2012 a 2016, y ahora como Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València, tuve el privilegio, como tantos otros, de iniciarme en el Derecho del Trabajo con su manual como guía. No era un libro cualquiera: era una auténtica referencia, clara y rigurosa, detallada y pormenorizada, que iluminaba el estudio con una mirada didáctica que servía tanto auchos como a legos en la materia.

Recuerdo estudiar sus páginas con admiración, subrayando conceptos y volviendo una y otra vez a sus explicaciones, tan precisas como pedagógicas. Su forma de enseñar, incluso a través del papel, marcó mi manera de entender el ordenamiento jurídico, quizás con cierto complejo de haber estudiado Relaciones Laborales y no, precisamente, Derecho. Suyas son numerosas interpretaciones y cátedras acerca de conceptos jurídico - laborales como, por ejemplo, el poder de dirección del empresario que todavía hoy perdura su sentido interpretativo del mismo.

Hoy tengo el honor de participar en esta obra colectiva que rinde homenaje a su legado. Lo hago con gratitud y con la conciencia de estar devolviendo, aunque modestamente, una pequeña parte de lo mucho que su magisterio ha aportado a generaciones de estudiantes como yo.

Gracias, profesor Montoya Melgar.

II. El círculo rector y organicista en el deporte profesional

El trabajo dependiente implica el sometimiento a las órdenes del empresario, como una manifestación del poder de dirección de este último, regulado en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y que le faculta para emitir instrucciones sobre la prestación del trabajo. Así, la dependencia es “*la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial*.”¹ Tanto de lo establecido legal como doctrinalmente se deducen varias características que, todas ellas en su conjunto, forman y construyen el concepto de dependencia² en las relaciones de trabajo. En un primer momento se configura la dependencia como el sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario, pero, a su vez, también el poder disciplinario o la facultad de ordenación del trabajo del empresario manifestando tanto en el poder de vigilancia como en las modificaciones sustanciales de trabajo debidas a cambios en el seno de la empresa de carácter tecnológico, organizativo o productivo, entre otras.

La general atribución al sometimiento del trabajador al ámbito de dirección y organización del empleador ya sea persona física, jurídica o entidad sin personalidad jurídica, no se puede sostener únicamente a través de la pata del poder de dirección empresarial, sino que es pertinente unir de manera indisoluble tanto el poder disciplinario como las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Todas estas características sí que permiten demostrar la dependencia ya que, si bien existe la figura del *ius resistendae*, el trabajador tiene el deber de obediencia a las órdenes dictadas por parte del empresario (o persona en quien delegue este) sobre la forma en la cual desarrollar un trabajo individual o juntamente con otras personas trabajadoras.

Respecto a la especialidad del deporte profesional, conviene mencionar el preámbulo del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (RDDP), que expone, de la siguiente forma, cuál ha sido el objetivo básico de la norma laboral especial: “*a este respecto el objetivo básico ha sido trasladar el mayor número posible de criterios procedentes de la normativa laboral común al ámbito de esta relación especial, sin olvidar las peculiaridades que se derivan de la práctica deportiva*.” Una de estas particularidades de la práctica deportiva es que, precisamente, y a diferencia del ET, no cuenta con un artículo que se refiera a la dirección y control de la actividad laboral.

La especialidad del deporte profesional pivota sobre tres ejes distintos, tales como la especialidad subjetiva, objetiva y espacial. La primera de ellas se refiere al propio deportista profesional, es decir, a las condiciones técnicas, deportivas, físicas y de habilidades que debe tener una persona para obtener el grado de profesional del deporte participando de competiciones calificadas como profesionales. En un segundo término, la especialidad objetiva tiene que ver con la actividad de las personas deportistas profesionales siendo esta, a la misma vez, de carácter laboral y deportiva

¹ MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 72.

² Por todos, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2003, Rec. 677/2003, de 17 de noviembre de 2004, Rec. 6006/2003 y de 6 de octubre de 2005, Rec. 2224/2004.

lo cual explica que se encuentre sometida a la respectiva disciplina de ambas esferas y a las condiciones y requisitos que estipulan las normas tanto del ámbito deportivo *stricto sensu* como de carácter laboral. Y, finalmente, la última de estas características especiales es la espacial. Como bien se puede advertir, las personas deportistas profesionales desarrollan sus tareas en instalaciones deportivas, no siempre las mismas, en las cuales se llevan a cabo los espectáculos deportivos ante el público. Por ejemplo, los deportistas deben realizar sus entrenamientos en los centros deportivos pertinentes y luego participar de las competiciones en la ciudad donde se celebren, es decir, de forma itinerante.

De este modo, la única referencia que hace el RDDP al poder de dirección del empresario es a la hora de determinar su ámbito de aplicación, más concretamente en el apartado segundo de su artículo primero, en el cual establece que *“son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.”* En el último inciso del artículo anteriormente citado, señala que la práctica deportiva será bajo el ámbito de dirección de un club, por lo que se sobreentiende que ese club será el titular del poder de dirección en tanto que empresario.

No en vano, la principal discusión y controversia interpretativa radica en quién es la persona que ostenta en el club deportivo esa dirección. Podría discutirse si el entrenador (en muchas ocasiones calificado como director técnico) es el responsable directo del futbolista, como se verá a continuación, o bien es el presidente de la entidad deportiva el titular del poder de dirección. ¿Quizás puede haber una dirección compartida? Pudiera darse habida cuenta de que la dirección y gestión del club corre a cargo del presidente y, en su caso, del director general o CEO, pero la gestión deportiva del equipo compete de forma directa e independiente al entrenador que tiene en su poder la decisión más relevante para un deportista: si participa o no en la competición deportiva profesional.

Es cierto que el RDDP data del año 1985, con una vigencia de más de 40 años, con los cambios y evolución que ha sufrido el deporte, tanto en España como a nivel internacional. Por estas cuestiones y por la cantidad de controversias interpretativas que han ido suscitando, entre otras, sería pertinente, tal y como sostiene una buena parte de la doctrina científica, el abordar una (¿necesaria?) revisión y actualización de la norma laboral especial con la finalidad de regular cuestiones tan fundamentales en una relación laboral como el poder de dirección del empresario.

III. Análisis particular: la sentencia del ‘caso Albelda’

La Sentencia núm. 79/2008 del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, que desestima la demanda interpuesta por el futbolista David Albelda contra el Valencia C.F., S.A.D., en la que solicitaba la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, hace una especial alusión al poder de dirección del empresario, en este caso, en el ámbito del fútbol (deporte) profesional.

Dicha resolución judicial examina la demanda interpuesta por el futbolista profesional David Albelda Aliques contra su club empleador, el Valencia C.F., S.A.D., en la que solicita la extinción indemnizada de su contrato de trabajo conforme al art. 16.2 del Real Decreto 1006/1985, por concurrencia de incumplimientos contractuales graves, encuadrables en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El demandante suscribió sucesivos contratos con el club desde 1995, el último de los cuales, con vigencia hasta junio de 2012, fue firmado en junio de 2007. El conflicto surge tras la decisión del entrenador Ronald Koeman, el 18 de diciembre de 2007, de excluir a Albelda de futuras convocatorias, decisión comunicada al jugador como definitiva y no revertida por el club. El futbolista alegó una vulneración de su derecho a la ocupación efectiva, un menoscabo a su dignidad profesional y una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo con efectos discriminatorios y represivos.

El juzgado entra a valorar si la actuación del club puede ser subsumida en los supuestos extintivos previstos en el art. 50 ET, en particular por violación del derecho a la ocupación efectiva (art. 7.4 RD 1006/1985) y por menoscabo de la dignidad del trabajador. Se constata que la exclusión del jugador fue una decisión técnica unilateral del entrenador, no refrendada expresamente por la dirección del club. Aunque el entrenador comunicó su decisión de no convocar a Albelda más durante su mandato, el presidente del club mantuvo la versión de que se trataba de una decisión temporal y técnica.

La Sentencia del Juzgado de lo Social alude de forma directa y literal hasta dos veces en su contenido al poder de dirección del empresario, pues al tratarse, según expone el club, de una decisión técnica del entrenador, cabe preguntarse si el empleador debía confirmar dicha decisión. En este sentido, en el fundamento jurídico séptimo señala que *“este mundo futbolístico, llevado al campo de lo laboral a través de la relación especial de deportistas profesionales, nos sitúa ante “empresas” y “empresarios” también peculiares, que en materia del ejercicio del “poder de dirección” que corresponde a la empresa no actúan, en algunas ocasiones, como verdaderos empresarios”* reforzando la idea que también el poder de dirección del empresario en la relación laboral especial de los deportistas profesionales también reviste, valga la redundancia, una cierta especialidad.

A mayor abundamiento, en el fundamento jurídico noveno, vuelve a sacar a colación el órgano juzgador el poder de dirección del empresario para comprobar sí, efectivamente, el empresario confirmó la decisión técnica del entrenador que, por otra parte, también es un empleado suyo. Sin embargo, tal y como consta en la resolución judicial, es el propio entrenador, deportista profesional, el que toma la decisión de no volver a convocar al jugador en cuestión. Así, esta decisión *“no se ve confirmada por la empresa, el Valencia CF, como manifiesta su Presidente y máximo accionista Sr. Soler, al que corresponde el poder de dirección empresarial y la última palabra confirmando o no la decisión del entrenador de dejar de convocar al jugador con carácter definitivo, confirmación que no se ha producido.”*

En consecuencia, las dos alusiones antedichas al poder de dirección del empresario permiten al juzgado afirmar que el carácter de la decisión es técnica y no

empresarial y que, por tanto, no existirá una vulneración del derecho a la ocupación efectiva por cuanto la no convocatoria del jugador concierne, a su vez, a otro subordinado del club. Además, el futbolista está dentro de la disciplina del equipo ya que acude a los entrenamientos y realiza la misma preparación que sus compañeros, diferenciándose, únicamente, en que no resulta convocado a los partidos. Situación ésta, por otro lado, recurrente en el ámbito futbolístico en particular y, en general, en el deportivo profesional.

Se concluye que el club mantuvo la ficha federativa del jugador, permitió su entrenamiento en condiciones materiales semejantes al resto de la plantilla y no incurrió en actos explícitos de aislamiento o degradación funcional. Así, el juzgado considera que no hubo una privación absoluta del derecho a la ocupación efectiva, en tanto no se excluyó de forma definitiva y expresa su posibilidad de ser alineado en el futuro.

Tras valorar la prueba practicada y aplicar la doctrina jurisprudencial en materia de extinción contractual por incumplimiento empresarial, el juzgado concluye que no concurren los presupuestos de gravedad, reiteración ni dolo necesarios para justificar la resolución del contrato solicitada. En particular, se descarta la existencia de una actuación empresarial que excluya al trabajador de toda expectativa razonable de participación deportiva, requisito esencial para apreciar la falta de ocupación efectiva. Tampoco se acredita una situación de acoso laboral, por la insuficiente duración temporal del supuesto hostigamiento.

IV. Valoración final

El análisis jurídico del poder de dirección en el ámbito del deporte profesional revela una tensión estructural entre el modelo tradicional de dependencia laboral, tal como se configura en el ET, y las especificidades inherentes a la práctica deportiva profesional, regulada por el RDDP. La inserción del deportista en el círculo rector del club empleador no puede reducirse a una aplicación del régimen laboral común, sino que exige un entendimiento de la dirección compartida que caracteriza al deporte y a sus entidades deportivas. En efecto, la delimitación del sujeto titular del poder de dirección se vuelve especialmente problemática en contextos donde la figura del entrenador (también trabajador subordinado, tal y como se ha mencionado) toma decisiones que afectan de forma directa e irreversible al contenido efectivo de la prestación laboral de otro empleado como es el deportista profesional.

La Sentencia del ‘caso Albelda’ pone de manifiesto esta complejidad interpretativa, al centrar el debate en la naturaleza técnica o empresarial de la decisión de excluir al futbolista de la competición. La resolución judicial confirma que, en ausencia de refrendo por parte del club, no puede afirmarse la existencia de una actuación empresarial vulneradora del derecho a la ocupación efectiva. Así, el órgano judicial reconoce que el poder de dirección empresarial en el deporte profesional presenta un grado relevante de singularidad, respondiendo al título de este estudio, a mi juicio, de forma adecuada, lo que exige una reformulación doctrinal y normativa que actualice la regulación vigente conforme a la realidad del funcionamiento de los clubes deportivos contemporáneos.

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en advertir que la relación laboral especial de los deportistas profesionales precisa de una revisión integral que clarifique las titularidades y los límites del poder de dirección, entre otras cuestiones, garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica de los actores implicados y la coherencia del ordenamiento jurídico deportivo y laboral en un sector en constante evolución. La ausencia de una regulación específica sobre este punto crucial en el RDDP deja un vacío interpretativo que solo puede colmarse mediante una reforma normativa o bien que sean los jueces y tribunales los que sigan dilucidando diferencias de criterio en la interpretación de la norma laboral especial.

V. Bibliografía

MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 72.

El ejercicio «delegado» del poder de dirección por el personal de alta dirección

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

I. Las tareas directivas y su desempeño

Desde una perspectiva jurídica, es obligado preguntarse quién es el titular de las facultades de gestión y dirección en la empresa. La respuesta inmediata a este interrogante es afirmar que el poder de dirección corresponde, por definición, al empresario, en tanto propietario de los medios materiales y contratante de los trabajadores que prestan servicios por su cuenta y riesgo. Sin embargo, no siempre es el empresario quien desarrolla realmente la labor de dirección en la empresa, al ser muy frecuente que el director o directivos que ejercen las tareas de gestión sean personas distintas del titular, aunque sean nombradas o propuestas siempre por él mismo. Aun así, y siendo cierta esta aseveración, el titular verdadero de la jefatura de la empresa es el empresario; en último término, toda la organización, incluidos aquellos que ocupan puestos directivos, más o menos altos en la escala jerárquica del personal, están sometida al poder del empresario¹. Cosa distinta será que delegue o nombre representantes suyos para cooperar con él y que le faciliten su actuación.

Surge así la diferenciación entre titularidad del poder directivo y su ejercicio efectivo: unas veces coincidirán en la misma persona la titularidad y la actuación de la dirección empresarial y otras aparecerán separadas ambas facetas. Aunque el empresario nunca pierde su posición de mando supremo, cada vez es mayor «el distanciamiento entre las fuentes de poder en la empresa y la titularidad de los bienes que forman su patrimonio»². O dicho con otras palabras, el mero hecho de aportar el capital requerido

¹ Vid. VENEZIANI, B.: "Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 33, 1987, pág. 26.

² ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, 6ª ed., Madrid, 2002, pág. 149.

para el inicio y desarrollo de una actividad empresarial no siempre conlleva el real ejercicio de las tareas de gestión, ya que puede ser imprescindible, principalmente por la complejidad de las decisiones a tomar, apoyarse en el personal directivo especializado si se pretende una gestión profesionalizada de la empresa.

1. La titularidad empresarial del poder directivo

Es lugar común en la mejor doctrina³ atribuir la titularidad del poder directivo al empresario, con independencia de que sea propietario, arrendatario, usufructuario o de que posea cualquier otro título semejante sobre una explotación. A mantener tal posición de partida contribuyó la situación vivida en los orígenes del desarrollo económico e industrial, puesto que coincidían normalmente en una misma persona la propiedad de los medios económicos, el dominio de la empresa y la titularidad contractual. Todavía hoy es posible encontrar este modelo simplificado de organización empresarial en aquellas explotaciones de pequeña dimensión o de carácter familiar. Tanto en las primeras organizaciones productivas entonces, como en las pequeñas empresas ahora, no es problemático identificar el titular originario del poder general de gestión, por coincidir en una misma persona la titularidad y el ejercicio directo de ese haz de facultades que engloba la dirección empresarial.

La idea sobre la cual descansa el planteamiento descrito no es otra que la propiedad o el dominio de los medios materiales, básicamente el capital. Quien aporta el capital resulta ser, en pura lógica, el propietario de la empresa y, por extensión, el «dueño» de las decisiones. Ahora bien, este derecho de propiedad no se extiende hasta la atribución de los resultados obtenidos por el trabajo de otras personas. Esta última apropiación sólo se produce «cuando el contrato de trabajo ha legitimado la cesión voluntaria por el trabajador de sus servicios», de manera que «el contrato, y no la propiedad del capital, será el título de los poderes de dirección sobre el trabajo del personal de la empresa»⁴.

De otra parte, en el supuesto de un empresario persona jurídica es más complicado identificar al sujeto titular, en primer grado, del poder de dirección sobre la empresa en su conjunto, a diferencia de lo que sucede con el empresario individual, persona física. Sin embargo, no cabe otra conclusión en estos casos que señalar a la propia empresa o sociedad, en cuanto persona jurídica, como detentadora de dicha titularidad, la cual actúa mediante las decisiones adoptadas por sus órganos de representación. En efecto, es la empresa, como sujeto económico autónomo, quien decide el sentido de su política en orden a la gestión adecuada de todos sus recursos. La única especialidad es que su propia naturaleza le obliga a expresarse a través de los diferentes órganos previstos legal o estatutariamente; órganos, por lo demás, que deciden la voluntad directiva en toda su extensión con el fin de alcanzar su posterior ejecución, bien directamente supervisada por ellos mismos, bien mediante una delegación o apoderamiento.

³ Por todos, MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 197-198.

⁴ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 18ª ed., Madrid, 2009, pág. 158.

2. Delegación del poder empresarial en otros sujetos próximos al verdadero titular

El empresario no siempre ejerce *per se* el poder de dirección que ostenta sobre la globalidad de la empresa. Unas veces por su propia voluntad y otras condicionado por ciertos elementos superiores a sus intenciones, cada vez son más repetidos los supuestos donde el titular del poder de dirección no ejerce efectivamente dicho poder. Cuando esto sucede, el empresario conserva la titularidad directa, pero se desprende de su efectivo ejercicio, habilitando para ello a un tercero designado; tercero que le representa mientras actúa los poderes delegados. De esta manera, el representante elegido por el empresario queda investido con un poder derivado o de segundo grado⁵.

En consecuencia, se pueden distinguir dos situaciones en la empresa desde el punto de vista del ejercicio de las facultades de dirección: una, primera, de retención del ejercicio por el titular básico del poder directivo y otra, segunda, de delegación o delegaciones sucesivas del ejercicio del poder cuando no lo desarrolla personalmente el empresario. Lo significativo en ambos casos es la permanencia de la titularidad de tal potestad en el empresario, aunque pueda delegar las funciones de mando en otras personas.

Es un fenómeno comúnmente extendido la delegación e, incluso, subdelegación de las tareas de dirección. En las organizaciones productivas de dimensión mediana o grande es imprescindible establecer un sistema de delegaciones para que sea eficaz la función rectora; pero no sólo el volumen cuantitativo de la actividad empresarial incide en el mecanismo de delegación, también avala su existencia la inevitable complejidad de la organización y de las decisiones por adoptar, pues aunque se trate de un empresario individual propietario de una pequeña explotación puede ocurrir que no esté capacitado para regir diligentemente su negocio.

Del mismo modo, otro elemento favorecedor de la transmisión del poder directivo empresarial son los sistemas de representación en las empresas con forma de persona jurídica, poco aptos por lo general para la gestión directa de la empresa⁶. Prueba de ello es la proliferación de una clase dirigente especializada en labores de organización y dirección, que se sitúa por debajo del empresario, si bien permanece alejada del resto del personal. Además de estos llamados altos directivos, también integran la clase dirigente otros sujetos con facultades de dirección más limitadas, pero necesarias para completar el organigrama jerárquico, que son los mandos intermedios y los trabajadores dotados con poder para dirigir u ordenar la prestación de trabajo de otros.

Reparando en un caso específico, el de las sociedades de capital, se observa una importante quiebra en la estructura de poder de los titulares de la empresa, concretada en el desplazamiento y concentración de aquel poder en personas reclutadas por su capacidad técnica para dirigir, los *managers*, que además controlan los órganos de

⁵ MONTÓYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 197, distingue entre titularidad del poder en sentido propio y titularidad de su ejercicio; o, si se prefiere, entre titularidad directa y titularidad derivada.

⁶ Vid. MONTÓYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 204.

administración de las sociedades y los cuadros técnicos superiores de las empresas⁷. Es un hecho irrefutable la aparición en la cadena de dirección de la empresa de unas «instancias mediales»⁸ entre los titulares, por ser propietarios, y quienes gestionan sus actividades, principalmente debido a la falta de control por los accionistas del gobierno de la sociedad, caso de ser ésta la técnica jurídica elegida para la constitución de la empresa. En definitiva, la separación de la propiedad y las facultades de organización y dirección⁹ dificultan sobremanera la diferenciación entre el titular básico del poder directivo y quien realmente lo ejerce.

La consecuencia inmediata derivada de esta situación es el posicionamiento en el extremo superior de la escala jerárquica de la empresa de aquellos que desarrollan funciones de gestión directiva, cuando en verdad estos solo son altos directivos con frecuencia ajenos al control económico de la sociedad¹⁰. Ellos no asumen la tarea rectora última, tampoco diseñan las líneas maestras de la política de la empresa, aunque su influencia es considerable; sin embargo, son los que aparecen a la vista de los trabajadores y de terceros extraños a la explotación como auténticos empresarios con los que entenderse a los efectos de encauzar relaciones contractuales dependientes o puramente comerciales. Pese a todo, deben «rendir cuentas» ante los órganos de gobierno de la empresa, por los que están nombrados y, a la vez, controlados. Estos últimos siguen siendo los verdaderos titulares del poder directivo o de rectoría suprema de la empresa, si bien la apariencia, acompañada en algunas ocasiones de la dejación de funciones, sitúan a quien en principio tan sólo tiene el poder efectivo de dirección en una idéntica posición a la del auténtico titular.

En definitiva, y como se ha indicado desde un primer momento, la titularidad del poder directivo se mantiene inalterada en manos del empresario o de los órganos correspondientes, si nos referimos a una persona jurídica, de manera que quien es el titular, sea o no propietario, de la organización productiva es el que decide de manera primigenia el destino de la explotación. Otra cosa bien diferente es que la empresa, como tal organización, acuda a una división de las facultades de dirección, descentralizando su ejercicio. Lo ocurrido en tal caso no es sino una traslación del ejercicio del poder desde su titular propio -el empresario- hasta su titular derivado, a través de una delegación implícita en el mando: «se trata de una transferencia de autoridad por la cual el delegante sigue en posesión de su titularidad en «propiedad», mientras que el delgado detenta el ejercicio del poder»¹¹. Titularidad y ejercicio se configuran como

⁷ RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza-Servicio de Publicaciones, Zaragoza, 1986, págs. 33-34, comprueba este fenómeno.

⁸ RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, cit., pág. 34. Asimismo, REICH, R. B.: *El trabajo de las naciones*, Vergara, Barcelona, 1993, pág. 64, recogiendo las palabras pronunciadas por el presidente de una empresa petrolífera norteamericana, destaca que «la función del management» ha sido «mantener un equilibrio efectivo entre las demandas de los variados grupos directamente interesados..., accionistas, empleados, consumidores y público en general».

⁹ Cuestión esta, la separación de la propiedad y el control, indicada por MONTOTOY MELGAR, A.: «El ámbito personal del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, pág. 92.

¹⁰ Vid. BURISCH, W.: *Sociología industrial*, Ed. Pirámide, 2ª ed., Madrid, 1978, págs. 138-139.

¹¹ MONTOTOY MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 207.

dos elementos interrelacionados, necesario el primero para que se pueda desarrollar el segundo, pero separados en su atribución.

La dificultad sobreviene, en buena lógica, cuando la función del titular o titulares, si son varios, de la empresa se agota en soportar el riesgo económico, asumiendo la tarea activa de dirección los *managers*, clase dirigente normalmente independiente de la propiedad. Esta realidad, nada extraña, confunde en la figura del director general, consejero delegado o similar, las potestades directivas originarias y el ejercicio delegado de las mismas, por cuanto aparece ante todos como el responsable máximo de la gestión de la empresa. Pero, el mero reconocimiento de tales funciones generales a estos directivos no presupone que jurídicamente sean ellos los responsables últimos de la gestión económica de la empresa, por más independencia que tengan respecto del auténtico titular. Será este, y solo este, quien responda de la política de gestión y dirección, siendo el otro nada más que un directivo que ejerce un poder muy amplio por delegación¹².

Tal vez, todo este fenómeno complejo y diverso obligue en el presente a distinguir entre los objetivos generales, y en buena parte genéricos de las facultades inherentes a la titularidad, y la planificación, organización, dirección y control atribuida al segmento directivo.

II. El ejercicio del poder de dirección por el personal de alta dirección

1. La noción legal de alto directivo

El RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, incorpora, por primera vez en el ordenamiento jurídico laboral, una definición positiva de alto directivo. A tenor del artículo 1.2 de la citada norma, «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

No todo directivo de una empresa debe ser incluido en la categoría especial de personal alto directivo¹³. Y ello porque para ostentar tal condición no es suficiente con ocupar cargos de mando ni tener la facultad de impartir órdenes en el ámbito de actuación de la empresa, sino que además han de concurrir, por imperativo legal, tres criterios o exigencias: a) que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo cual implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo negocios jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros; b) que esos poderes afecten a objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales

¹² Vid. ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 125.

¹³ DE VAL TENA, A. L.: *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y administradores, personal de alta dirección, empleados directivos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, *passim*.

los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de ésta; y, c) que el ejercicio de esos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que represente la titularidad de la empresa. De esta manera, la persona que presta su actividad profesional para una organización productiva empresarial en puestos de dirección o mando, estando ausente alguno de los requisitos enumerados, no puede tener la condición de personal de alta dirección, de modo que su relación laboral que le vincula a la empresa se debe regir por la legislación laboral común.

En los tres criterios que conforman la definición legal de alto directivo, a modo de requisitos, está presente el ejercicio del poder de dirección que se atribuye al empresario. Así, se requiere, primeramente, el ejercicio de «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», criterio que cabe denominar «funcional», toda vez que hace referencia a las funciones y tareas llevadas a término por el alto cargo. El segundo requisito exigido por el artículo 1.2 del DPAD es que los poderes ejercidos sean relativos a los «objetivos generales de la empresa»; este criterio «objetivo» es el que ha sufrido un giro interpretativo de mayores dimensiones. Y, como última exigencia, el personal de alta dirección debe desarrollar sus funciones con «autonomía y plena responsabilidad», solo limitadas por los criterios e instrucciones «directas emanadas de la titularidad de la empresa»; se trata, en esta ocasión, de un criterio «jerárquico», que impide la existencia de una u otras personas interpuestas entre la empresa y el alto directivo. La coexistencia de estos tres elementos, funcional, objetivo y jerárquico, conectados e interrelacionados entre sí, define al personal de alta dirección.

2. Caracterización del ejercicio del poder de dirección

El eje entorno al cual gira el concepto de personal de alta dirección no es otro que el desarrollo en el seno de la empresa de las facultades de dirección propias del empresario. La titularidad del poder de mando no corresponde al alto cargo directivo; es el empresario individual o, en otro caso, el órgano representativo de la persona jurídica, en cualquiera de sus distintas manifestaciones, quien detenta de modo originario el verdadero poder ordenador sobre los elementos constitutivos de la empresa. Es posible, no obstante, que el ejercicio de esas facultades no se desempeñe en último término por el empresario y que este delegue en otras personas no vinculadas propiamente a la titularidad. Así, el alto directivo que asuma esta tarea ejerce en todo momento un poder derivado de primer grado, delegado por quien lo ostenta originariamente.

El alto directivo debe ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, «y relativos a los objetivos generales de la misma». La alusión a los objetivos generales no es un requisito autónomo e independiente de los demás. La propia estructura gramatical de la frase corrobora esta primera afirmación: entre comas se dice «y relativos a los objetivos generales de la misma», lo cual indica que se trata de una especificación del presupuesto anterior -«poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa»-; a mayor abundamiento, el redactor hace uso de la conjunción «y» para remarcar dicha conexión, empleando el masculino plural -«poderes (...) objetivos

generales»- en ambas frases que se suceden¹⁴. Al argumento sintáctico o gramatical, hay que sumar, propiamente, el significado de los términos empleados. La expresión «objetivos generales» no tiene que entenderse en el sentido unívoco de abarcar en el desarrollo de las facultades conferidas la totalidad del ámbito funcional y geográfico de la empresa donde se desempeñen los poderes de dirección. Si la intención de quien redactó la norma hubiera sido esa y no otra, lo habría expresado de manera más terminante, con esas mismas palabras. Sin embargo, emplea términos más imprecisos e indeterminados, permitiendo sin estridencias «una mayor flexibilidad interpretativa y una mayor acomodación a las necesariamente cambiantes estructuras organizativas de las empresas, desde la inteligencia de que las mismas, para alcanzar sus objetivos generales, han de utilizar la organización más adecuada en cada momento»¹⁵.

Resulta conforme a derecho entender la caracterización del personal de alta dirección tanto cuando se ejercen amplios poderes sobre la entera unidad empresarial, incluyendo todas las áreas funcionales y geográficas de la empresa, como cuando aquellos estén concretados en sectores de actividad o zonas territoriales donde queden comprometidos los objetivos generales de la empresa, siempre que en ambos casos se actúe con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad, es decir, siempre que se acredite el cumplimiento del resto de requisitos legales comprendidos en la definición que tratamos.

Finalmente, el personal de alta dirección debe desarrollar sus funciones «con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Dos son las cuestiones que se mezclan en el inciso final del precepto reglamentario: una relativa a la caracterización del ejercicio de las funciones, del que se predica la autonomía y plena responsabilidad en su desempeño; otra, aparentemente contradictoria con la primera, referida a los límites o márgenes dentro de los cuales actúa la alta dirección, que no pueden ser otros que los criterios e instrucciones directas nacidas del empresario.

Una nota identificativa del personal alto directivo es la autonomía disfrutada en el desempeño de su función de dirección; autonomía entendida en el sentido de libertad para decidir u ordenar, conforme a los fines últimos marcados por el titular del poder ejercido, la actividad productiva empresarial. La necesidad de desenvolverse con libertad y autonomía de criterio no es un requisito más, aislado y sin conexión con los anteriores, sino que es connatural a las funciones de rectoría general que se le encomiendan.

¹⁴ MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2002, págs. 127-128.

¹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Relaciones Laborales*, t. II, 1992, pág. 132.

Consecuencia obligada resulta admitir la responsabilidad de quien actúa en el ejercicio de sus funciones con autonomía decisoria, no meramente técnica. La expresión «plena responsabilidad», entendida en sentido técnico-jurídico, significa que se imputarán al trabajador de alta dirección cuantas consecuencias jurídicas deriven de los actos o decisiones adoptadas con ocasión de la administración y gestión de la empresa, en tanto resulten perjudiciales o dañosas para la misma empresa o para terceros. En la medida que el alto cargo tiene autoridad para tomar decisiones directamente ejecutivas, a esa autoridad habrá que llamar para responder, en su caso, de los efectos y de los resultados de los actos personalmente imputables a su acción de dirección empresarial.

La referencia reglamentaria a las notas de autonomía y plena responsabilidad proporcionan un elemento de contraste, diferenciador, con el trabajador directivo común, pues de este último se dice que «estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (artículo 20.1 LET). Tenemos así un criterio de separación nítido entre los altos directivos y los empleados directivos o directivos técnicos, que son trabajadores ordinarios; mientras los primeros gozan de amplia libertad de actuación, los segundos carecen de esa independencia genérica, aunque la tengan en concretos aspectos técnicos, quedando vinculados por las órdenes recibidas de aquellos que se sitúan jerárquicamente en un nivel superior de mando.

III. Reflexión final

Entre el grupo de los directivos pueden distinguirse diversos estratos. Sin contar con el mismo empresario individual o con quienes ostenten la titularidad jurídica del empresario colectivo, que son los titulares originarios del poder directivo, encontramos al personal de alta dirección en la cúspide de la estructura directiva dependiente y por debajo se sitúan los restantes trabajadores directivos, subordinados a los primeros y con funciones directivas de extensión más limitada.

Precisamente el elemento que diferencia al personal de alta dirección del resto de directivos es el amplio ejercicio del poder de dirección propio del titular de la empresa, delegado directamente en él y que ejerce con plena autonomía. A diferencia del resto de trabajadores -empleados directivos y directores técnicos- con facultades directivas, los verdaderos altos cargos de dirección ejercen las facultades empresariales encomendadas previamente con autonomía de criterio y discrecionalidad, al menos para elegir los medios que mejor contribuyan a lograr los fines más próximos e inmediatos, para una vez alcanzados conseguir el objetivo u objetivos últimos de la empresa.

Órdenes e instrucciones en el deporte profesional

FRANCISCO RUBIO SÁNCHEZ

*Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Extremadura*

I. El deportista profesional como trabajador especial

Superada hace varias décadas la inicial limitación de los derechos de los deportistas profesionales al amparo de un hipócrita paternalismo por parte de los clubes¹, que suponía, entre otros abusos, la conocida prohibición de acudir ante cualquier órgano jurisdiccional en defensa de sus legítimos intereses, el artículo 7 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, recoge una serie de derechos y obligaciones de las partes cuyo contenido tiene su razón de ser, una vez más, en las peculiaridades inherentes a la especialidad de la relación laboral que nos ocupa.

Tras un largo e intenso período de discusiones doctrinales y jurisprudenciales, hasta llegar al reconocimiento jurídico de una realidad evidente cual es el carácter laboral de la prestación de los deportistas profesionales, el paso inmediato era necesariamente la plasmación normativa de los derechos y obligaciones inherentes a esta específica actividad laboral, para lo que fue preciso desmontar de forma paralela todo un entramado de normas deportivas que con frecuencia traspasaban la frontera de las reglas de juego para inmiscuirse indebidamente en la regulación de aspectos jurídico-laborales. Obviadas dichas vicisitudes -de las que, no obstante, quedan ciertos

¹ Vid. DE LA VILLA GIL, L. E., "Los futbolistas son trabajadores". *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, nº2, Universidad de Valencia, 1971, pág. 46. Este autor ya advertía hace varias décadas el originario sometimiento de la personalidad de los futbolistas a los intereses de los clubes en los siguientes términos: "... la defensa de los derechos del futbolista se encomienda, primeramente, al propio club; está de más recordar lo que ya es un tópico insuficiente en boca de ciertos directivos de clubs españoles: *aquí formamos todos una gran familia ...+. Cuando este *paternalismo* no evita la disensión en el *seno familiar+ -supuesto muy frecuente, dicho sea de paso- el futbolista sólo puede acudir a los órganos federativos y es considerado desleal el intento de defender sus derechos (real o aparentemente lesionados) ante cualquier jurisdicción, ante cualquier juzgado o tribunal".

resquicios- el referido Real Decreto 1006/1985 contiene diversos preceptos que, de manera directa o por la vía de la remisión normativa, se encargan de regular la relación obligacional que surge entre los deportistas profesionales y los empresarios deportivos, algunos de los cuales pasamos a analizar brevemente en los siguientes epígrafes.

II. Peculiaridades de la nota de dependencia en el deporte profesional

Sobre la base de la distinción que sabiamente hizo el maestro D. Adolfo Montoya, analizando y delimitando el poder de dirección en la relación individual de trabajo y el poder de dirección de la empresa², el poder de dirección empresarial en el deporte profesional es más amplio en ciertos aspectos (entrenamientos, estilo de vida, imagen) pero, a su vez, también más limitado, debido a la necesaria protección de los derechos fundamentales del deportista. En definitiva, se trata de un ámbito donde el equilibrio entre el interés empresarial y los derechos del trabajador se muestra con particular intensidad.

Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 1972 (RJ 5.345), en el caso de los deportistas profesionales el requisito de la dependencia es “llevado a su máximo grado”. En efecto, el deportista profesional, no sólo se encuentra bajo el ámbito de organización y dirección empresarial como cualquier otro trabajador, sino que hasta en los más mínimos detalles debe estar sujeto permanentemente a las órdenes e instrucciones de los técnicos y responsables del equipo, quienes, al amparo de los reglamentos de régimen interno de los equipos y llegando a transgredir algunas veces el marco constitucional, deciden y controlan el horario y sistema de entrenamientos, las concentraciones y desplazamientos, la indumentaria, las apariciones y manifestaciones en público, la alimentación, el régimen de descanso y, por supuesto, cada minuto que el jugador se encuentra en la cancha disputando los encuentros para los que es alineado.

El deportista está sujeto además a las normas federativas y técnicas de cada modalidad deportiva que le imponen aún más reglas y comportamientos concretos, lo que, como ha puesto de relieve algún sector doctrinal, constituye una subordinación jurídica que no quiere decir que sea necesariamente de trabajo, porque este deber de obediencia lo es tanto para el deportista profesional como para el aficionado³. Pero esta opinión debe ser matizada si tenemos en cuenta que, al margen de que normalmente la dedicación es mucho más intensa y la disciplina más estricta en el seno de un club o entidad deportiva formado por jugadores profesionales, el incumplimiento de las normas deportivas por parte del deportista profesional lleva aparejado consecuencias extradeportivas mucho más graves que la mera indisciplina de un jugador aficionado⁴.

² MONTOTOY MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

³ En este sentido, DESPONTIN, L. A., “Naturaleza jurídica del contrato del deportista profesional” en Primer Congreso de Derecho del Deporte, México, 1968, Tomo II, Pág. 666 (citado por FARIAS HERNÁNDEZ, J. U., “Los Deportistas Profesionales”, *Revista Mexicana del Trabajo*, Diciembre, 1970, págs. 53 y 54).

⁴ FARIAS HERNÁNDEZ, J. U., “Los Deportistas Profesionales”, cit., pág. 54.

III. El peculiar poder de dirección del empresario deportivo

Debemos resaltar la especial intensidad del control empresarial en el deporte profesional, donde el club o entidad deportiva puede ejercer un control mucho más intenso que en otros sectores, por la necesidad de garantizar un rendimiento físico y técnico óptimo. Ello justifica exigencias como: regímenes de entrenamientos estrictos, concentraciones prolongadas, normas sobre alimentación, descanso o pautas de vida sana.

No obstante, no pueden obviarse ciertos límites derivados de los derechos fundamentales del deportista, como los de intimidad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo, las órdenes relativas a la vida privada fuera del horario deportivo solo serán válidas si guardan una relación directa con el rendimiento y la seguridad deportiva.

En el ámbito del deporte profesional se aprecia un régimen disciplinario doble o reforzado, donde el poder sancionador de los clubes se complementa con el régimen disciplinario federativo, que también puede imponer sanciones por conductas profesionales o extradeportivas que afecten a la competición. Esto genera un doble nivel de responsabilidad: laboral y deportiva. No obstante, la jurisprudencia viene admitiendo la compatibilidad de ambas sanciones siempre que obedezcan a títulos jurídicos distintos⁵.

En relación con la imagen del deportista y su explotación comercial, el poder de dirección no solo se proyecta sobre el rendimiento deportivo, sino también sobre la imagen pública del deportista. En este orden de cosas, el club o entidad deportiva puede imponer pautas de conducta en redes sociales, actos publicitarios o apariciones públicas, siempre que exista proporcionalidad y conexión con sus intereses legítimos.

Por otra parte, el carácter temporal de la prestación laboral del deportista, vinculada a sus condiciones físicas, intensifica el interés del club en dirigir de forma estricta el trabajo para maximizar el rendimiento durante un período corto.

IV. Deberes del deportista

1. Deber de diligencia del deportista profesional

Precisando lo que con carácter general dispone el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, el número 1 del artículo 7 del Real Decreto 1006/1985 establece que: *“El deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se contrató en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas y de acuerdo con las reglas del juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva”*. Este precepto reproduce de forma prácticamente literal el artículo 1.1 del derogado Real Decreto 318/1981 que, a su vez, tiene su origen en la primera cláusula de los contratos-tipo previstos en el Reglamento de Jugadores y Entrenadores de 1961⁶.

⁵ STS de 30 de diciembre de 1991 (RJ 1991/10052).

⁶ Apartado Primero de los contratos-tipo que aparecían regulados en el Anexo IV del Reglamento de Jugadores y Entrenadores de 1961: *“El jugador se obliga a jugar por el Club de un modo eficaz y en la*

A diferencia del criterio objetivo que, con carácter general, se contiene en el mencionado artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, el deber de diligencia del deportista profesional se condiciona a aspectos de carácter eminentemente subjetivos, según se infiere del tenor literal del precepto anteriormente citado: “*aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas*”.

El deber de diligencia del deportista, como el de cualquier trabajador ordinario, no implica la exigencia de un determinado resultado, razón por la cual resulta muy difícil determinar en algunos casos un eventual incumplimiento de este deber por parte del deportista, máxime cuando el rendimiento individual puede depender de factores externos tales como la calidad del adversario, las decisiones arbitrales, la presión ambiental, el estado del terreno de juego, la actuación de sus compañeros, la dirección técnica o el planteamiento táctico, las lesiones, etc.⁷

Por tal motivo, de lo único que puede responder el deportista profesional es de su esfuerzo individual, nunca de sus compañeros de equipo, lo cual imposibilita la valoración en función de los resultados deportivos obtenidos en partidos o competiciones⁸, puesto que el resultado positivo o negativo de cada encuentro o el obtenido al final de la competición no es siempre significativo para evaluar individualmente el rendimiento de cada deportista, ya que una cosa no es necesariamente consecuencia de la otra. Cuántos jugadores se preparan y luchan denodadamente a lo largo de la temporada mientras que su equipo, por las circunstancias que sean, no obtiene el esperado resultado positivo. Por contra, otros equipos compuestos por una plantilla de jugadores de extrema calidad, fuerza y destreza logran envidiables resultados con un somero esfuerzo colectivo y, por ende, un mínimo rendimiento individual. Además, habrá que tener en cuenta que no todos los puestos o cometidos en la cancha son homogéneos: así, a unos jugadores se les asignan funciones ofensivas, a otros defensivas, o de organización del juego, etc., y en cada caso pueden concurrir nuevas circunstancias añadidas que dificultan la evaluación del rendimiento de cada deportista⁹.

La referencia a las “*reglas del juego aplicables*” constituye una especialidad del trabajo deportivo comparable a las denominadas reglas técnicas vigentes en otros sectores de actividad, ya que de no ser así difícilmente se explicaría en qué modo estas reglas del juego constituyen una medida de la diligencia específica del deportista profesional. Quizá se pretende significar con su expresa referencia el que

mejor forma que pueda exigirse a su habilidad y condiciones físicas; a asistir al campo de juego del Club o a cualquier otro lugar que éste o quien obre en su representación le indique, con objeto de actuar en partidos o entrenamientos; a efectuar cuanto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones físicas y de juego posibles en todo momento; a cuidar de todo lo que personalmente le corresponda realizar con referencia a su adecuado régimen de vida, y a cumplir, a tal fin, cuantas instrucciones le comuniquen el Club, sus directivos, el entrenador o persona delegada de aquél”.

⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M., *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Ed. Cívitas, Madrid 1991, pág. 65.

⁸ CABRERA BAZÁN, J., *El contrato de trabajo deportivo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág.125.

⁹ V. gr., un gran portero de fútbol que jugara ocasionalmente en un equipo con una débil línea defensiva es fácil que encajara más goles en un sólo encuentro que a lo largo de toda una temporada en otro equipo con una potente y férrea zaga.

su incumplimiento constituirá no solamente una infracción deportiva, sino también, y paralelamente, una infracción laboral con efectos en ambos planos¹⁰. Por ello, un jugador que infrinja repetida y gravemente determinadas reglas del juego estará incumpliendo paralelamente sus obligaciones laborales con las correspondientes consecuencias en este ámbito¹¹.

Resulta de aplicación a esta relación laboral especial la posibilidad de despido disciplinario del deportista profesional previsto en el artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores cuando se produzca un incumplimiento grave y culpable del deportista consistente en la *“disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”*. En este sentido, por rendimiento de trabajo *“normal”* hay que entender el que, en condiciones racionalmente normales, puede desarrollar -o, en su caso, viene desarrollando- el deportista en cuestión con arreglo a sus condiciones físicas y técnicas, sin olvidar la eventual concurrencia de alguno de los factores externos a los que nos referíamos anteriormente.

2. El deber de obediencia del deportista profesional

Por lo que se refiere al deber de obediencia de los deportistas profesionales, serán los representantes del club o entidad deportiva quienes podrán dictar las instrucciones oportunas relativas a la actividad laboral del deportista. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores (*“El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”*), tales representantes son tanto los técnicos y entrenadores como los propios órganos directivos, por infrecuente y extraña que pueda parecer la mal llamada injerencia de los ditados directivos.

Sobre la conflictiva situación provocada por el control de algunas facetas de la vida o hábitos privados de los deportistas profesionales por parte del empresario, se trata de una actividad hasta cierto punto justificada ya que, a diferencia de lo que sucede en otras actividades laborales, como en el deporte son determinables *a priori* las actividades que influirán negativamente en el rendimiento, es lógico que el Real Decreto 1006/1985 expresamente se aparte de la delimitación ordinaria del poder directivo y permita las sanciones por conductas extralaborales, no siendo tampoco preciso comprobar un rendimiento inferior al esperado, pues la sanción se dirige a la ilicitud de la conducta y no a reparar el daño acreditado¹².

Sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, algunas medidas o restricciones impuestas por los clubes o entidades deportivas a los jugadores son, en ocasiones, de dudosa legalidad. Piénsese, por ejemplo, en las normas o instrucciones que impiden la práctica de ciertas actividades vulgares consideradas como arriesgadas o susceptibles de causar algún tipo de lesión, las que

¹⁰ SALA FRANCO, T., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1983, pág. 5.

¹¹ Así, por ejemplo, quien comete una falta violenta durante el transcurso de un encuentro, y es expulsado por ello, queda impedido para el desempeño de su actividad laboral durante el tiempo que dure la sanción deportiva, con el consiguiente perjuicio para el equipo.

¹² CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia 1996, pág. 201.

programan la actividad sexual del deportista, las que imponen un estricto régimen de alimentación incluso durante el período vacacional, las que prohíben terminantemente el más mínimo consumo de tabaco o bebidas alcohólicas, las que obligan a permanecer en el domicilio durante ciertas horas, etc., máxime cuando la experiencia ha venido demostrando que grandes estrellas del deporte profesional no han tenido una vida privada precisamente ordenada. Además, existe el riesgo de que un abuso de las exigencias por parte de los representantes del club o entidad deportiva malogre la carrera profesional del deportista, como puede suceder en caso de celebración de un excesivos número de partidos sin apenas tiempo para el descanso u otro tipo de ocupaciones y sometidos al estrés propio de las competiciones.

Por último, conviene precisar que el extremado deber de diligencia del trabajador es una de las consecuencias del carácter sinalagmático, oneroso y conmutativo de la relación laboral, por lo que resulta perfectamente justificada la exigencia en mayor grado o con especial intensidad del deber de diligencia a aquellos deportistas cuya retribución es muy superior a la de sus compañeros de equipo, sin que por ello se produzca discriminación alguna¹³.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CABRERA BAZÁN, J., *El contrato de trabajo deportivo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996.
- DE LA VILLA GIL, L. E., “Los futbolistas son trabajadores”. *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, nº2, Universidad de Valencia, 1971.
- DESPONTÍN, L. A., “Naturaleza jurídica del contrato del deportista profesional”, I Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México, 1968.
- FARIAS HERNÁNDEZ, J. U., “Los deportistas profesionales”. *Revista Mexicana del Trabajo*, Diciembre, 1970.
- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª edición (Revisada y actualizada por Antonio V. SEMPERE NAVARRO), Ed. Tecnos, 2025.
- RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M., *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- SALA FRANCO, T., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1983.

¹³ Suele suceder que las figuras internacionales de quienes más rendimiento deportivo se espera se retrasen injustificadamente a la hora de reincorporarse a la disciplina de sus clubes o entidades deportivas tras los períodos de vacaciones o de descanso, siendo fuertemente sancionados por tal motivo en algunas ocasiones para evitar agravios comparativos frente al resto de sus compañeros que, pese a estar peor retribuidos, cumplen fiel y puntualmente sus obligaciones laborales.

Reflexiones sobre el «poder de dirección» en el mar

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

El estudio del profesor Montoya Melgar titulado *El poder de dirección del empresario*, publicado en el Instituto de Estudios políticos en 1965¹ señalaba que la investigación sobre esta materia debía comprender “*el análisis del poder directivo en la relación de trabajo, como el estudio de ese poder en la empresa*” y que, de manera correlativa, “*hay un núcleo de poderes del empresario-empleador y otro núcleo de poderes del empresario-titular de la organización*”, resultando así que el poder de dirección no es sino una fusión de ambos núcleos. Como es obvio e indiscutible, las aseveraciones anteriores se mantienen intactas en nuestros días, sin perjuicio de atestiguar que existen otras figuras distintas a la del empleador, como la del capitán del buque², donde confluyen ambos núcleos. Tanto es así, que la jurisdicción social española ha llegado a predicar de esta figura cuanto sigue: “*De proa a popa, de babor a estribor y de quilla a cofa es la máxima autoridad después de Dios*” y *el ejercicio de la misma es poco compatible con su coparticipación: el capitán manda y los demás obedecen o pechan con las consecuencias*”³.

¹ Prologado y con reseña del profesor Alonso Olea. Vid. “Sobre el poder de dirección del empresario”, *Revista de política social* nº 65, 1965, p. 101.

² En relación con las funciones tradicionalmente atribuidas al capitán del buque desde la perspectiva de nuestro Derecho, véase ALMANSA PASTOR, J.M: *La relación de embarco del capitán de la marina mercante*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Universidad de Oviedo, 1967. RUIZ SOROA, J.M: *Manual de Derecho Marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, HAEE-IVAP, Escuela de Administración Marítima, Oñati, 1990. LÓPEZ AMO, J.J.: *El capitán de buque*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1991 y también, ALBA FERNÁNDEZ, M: *Régimen jurídico privado del capitán del buque*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. De manera reciente, DE CASTRO MEJUTO, L.F: “El capitán de buque en clave laboral” en QUINTÁNS-EIRAS, M-R; DÍAZ DE LA ROSA, A (Coords.) y GARCÍA-PITA LASTRES, L (Dir): *Estudios de Derecho Marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 469-482.

³ Sentencia 4405/2015, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 17 de julio de 2015, nº recurso 1830/2015 [ECLI:ES:TSJGAL:2015:6159].

La expresividad de tales afirmaciones nos lleva, en unas muy pocas líneas, a realizar una pequeña reflexión sobre la controvertida figura del mando principal de los buques marítimo comerciales, puesto que es un sujeto que ostenta poderes de dirección similares a los que ejerce el empresario laboral en tierra y, por lo tanto, en la que, como digo, concurren los dos ejes sobre los que el Prof. Montoya hacía pivotar el análisis de esta materia. Tanto es así, que dejando de lado la problemática ligada a las funciones públicas de los capitanes de buques y, en concreto, al problema de la reserva estos puestos de trabajo por razón de nacionalidad y la libre circulación en la Unión Europea⁴; es bien sabido que el principal debate en nuestro país ha sido el de la naturaleza jurídica del capitán del buque y, en particular, sobre si su relación jurídico laboral es especial (alta dirección) o común⁵.

En efecto, no es extraño que haya surgido esta discusión, no en vano y de acuerdo con nuestra legislación interna vigente, éste es el *sujeto que ostenta el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de su dotación y representa a bordo a la autoridad pública*⁶ [(Art. 171 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LNM⁷)]. De manera prácticamente idéntica, se pronuncia el art. 4.g) del

⁴ Objeto de pronunciamiento por parte del TJUE en la Sentencia del 30 de septiembre de 1999, Asunto C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante [(ECLI:EU:C:2003:515], comentada -entre otros- por Björkholm, M.: “Free movement - A threat or an opportunity?.. A view on nationality requirements for the ship's master”, *Marlus-Scandinavian Institute Maritime Law Yearbook*, 2004, pp. 183-207; GRIMALDI, M.: “Il rapporto tra normativa interna e normativa comunitaria in campo marittimo. Brevi osservazioni sulla situazione italiana”, *Il Diritto Marittimo* 2004-I, pp. 65-69 o GUADAGNA, F.: “Il comandante e il problema della nazionalità”, *Il Diritto Marittimo* 2004-I, pp. 229-242. También de la misma fecha en la que se resuelve el asunto supra mencionado, el TJUE se expresó en el mismo sentido a propósito de un asunto elevado desde Alemania en el que tres marinos holandeses cuestionaban su derecho a acceder al puesto de capitán de buques pesqueros registrados en dicho país. *Vid.* STJUE de 30 de septiembre de 1999, Asunto C-47/02, Anker & Co [(ECLI:EU:C:2003:516)]. En general, sobre la cuestión general, *vid.* CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.E.: “Limitaciones a la libre circulación de trabajadores: Especial referencia al concepto de función pública”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* n° 6, 2023, pp. 285-316.

⁵ Y que continúa, todavía hoy, ofreciendo respuestas dispares entre aquellos que señalan el carácter de relación especial de alta dirección del capitán del buque [Sentencia del TSJ de Canarias, Sala de lo Social, Sede Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de febrero de 2021 (n° rec. 1122/2020) ECLI:ES:TSJICAN:2021:295] frente a aquellos otros que defienden el carácter de relación laboral común, como es el caso de la sentencia emitida por el TSJ de Andalucía, Sala de lo social Sevilla, de 12 de diciembre de 2022 (n° rec. 566/2021) [ECLI:ES:TSJAND:2022:14828].

⁶ Definiciones similares las podemos encontrar en normas propiamente laborales, aunque hoy derogadas, como es el caso de la definición que ofrecía el art. 15 del extinto laudo arbitral para la marina mercante, que señalaba que el capitán del buque es la persona que “*dirige, coordina y controla todas las actividades que se realizan a bordo, siendo responsable de la seguridad del buque, tripulación, cargamento, navegación y organización de trabajo a bordo, así como la de la conservación y operatividad del mismo, adoptando las medidas legales al objeto de que a bordo se observe el grado de conducta requerido, debiendo cumplir las leyes, reglamentos y normas existentes, siendo representante del armador frente a terceros*” (art. 15 del Laudo arbitral para el sector de la marina mercante). Por su parte, y ya en relación con la definición que se contenía en el Código de comercio, los profesores GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., sostenían que “*el capitán puede definirse como la persona a la que corresponde el mando de la dotación y la dirección del buque al puerto de su destino, conforme a las instrucciones que hubiese recibido del naviero*” (art. 610.2 del C. de Co.)” en su *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 294-295.

⁷ BOE n° 180, de 25 de julio de 2014.

Real Decreto 269/2022, de 12 de abril, por el que se regulan los títulos profesionales y de competencia de la Marina mercante⁸, que define al capitán del buque como la “*persona que ostenta el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de la dotación, representa a bordo la autoridad pública y ejerce las demás facultades que le atribuya la legislación vigente*”. En esencia, por tanto, nos encontramos ante un sujeto cuyas facultades son amplias, ya que abarcan -en lo que aquí interesa- los poderes de carácter técnico-náuticos, esto es, los relacionados con la organización del trabajo a bordo, el control del cumplimiento de las tareas encomendadas a los restantes miembros de la dotación (en particular, de las relacionadas con la seguridad a bordo) y de disciplina a bordo; así como las facultades de carácter comercial y de representación del armador (art. 185 LNM). Todo lo anterior, sin olvidar que el capitán también ostenta poderes de carácter público (art. 176 y ss. LNM⁹) o facultades de carácter administrativo o burocrático (llevar a cabo diversa documentación); éstas últimas cada vez más acusadas y reguladas en distintas normas internacionales y nacionales.

Las facultades apenas expuestas, junto con la dicción contenida en el art. 172 LNM -sobre el nombramiento y cese del capitán- son las que nos colocan una vez más ante la interrogante¹⁰ en torno al carácter de la relación jurídico-laboral que entabla el capitán con el empresario marítimo¹¹ y que, en principio, ya fue resuelta en nuestro derecho por el propio TC que lo calificó como de alta dirección¹²; lo que repercute en

⁸ BOE nº 88, de 13 de abril de 2022.

⁹ Se refieren a materias ajenas al laboralista (fallecimientos, matrimonios, etc.).

¹⁰ Esta misma duda interpretativa se ha suscitado, por ejemplo, en el Derecho italiano. En este sentido, Russo, C., señala las distintas opiniones doctrinales existentes sobre la cuestión afirmando que “*La dottrina si mostra più incerta, anche se l'orientamento dominante propende per l'applicabilità. Ancora più complessa è la questione dell'applicabilità della qualifica di dirigente al comandante. Alcuni autori la negano, considerando che l'unica qualifica attribuibile ad un tale lavoratore è quella di comandante della nave, o negano l'applicabilità sulla base della considerazione della maggior complessità della figura del dirigente; altri danno invece una risposta positiva, ritenendo possibile la equiparazione di fatto del comandante al dirigente; sulla base delle mansioni svolte o dei poteri affidatigli*”, en “Sul licenziamento del comandante della nave”, *Il Diritto marittimo*, 1999, pp. 1269-1275; en particular en p. 1273.

¹¹ En relación con el estudio de esta figura en el proyecto de Ley, me remito al trabajo de MERCADER UGUINA, J.R.: “El capitán y la dotación: el lugar de los trabajadores en el Proyecto Ley General de Navegación marítima”, *Aranzadi Social* nº 17, 2007 (BIB 2006/1827).

¹² La especialidad de la figura del capitán en nuestro derecho laboral se proyectaba fundamentalmente en la extinción del vínculo contractual, esto es, se admitía una especie de cese no causal y sin indemnización en aplicación de las distintas ordenanzas laborales sobre la materia (el art. 90.2 de la ordenanza de la marina mercante), que fue avalado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo (por todas la STS 49/1983), así como por el TC en las sentencias TC 79/1983 y 1/1984 (ésta última versaba sobre la figura del jefe de máquinas). Para un comentario de ambas sentencias: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Una vistosa falta de concordancia entre el tribunal constitucional y el tribunal supremo en relación con el concepto de alto directivo. El caso de los jefes de máquinas de buques”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 6, 1992, pp. 67-77. No obstante, se observa un giro jurisprudencial en la STC 20/1994, de 27 de enero de 1994, que extiende el régimen extintivo previsto en el RD 1382/1992, de 1 de agosto, sobre personal de alta dirección y, por tanto, el derecho a indemnización a la figura del capitán, puesto que de lo contrario supondría un tratamiento discriminatorio, cuyo origen no puede sostenerse en las extintas ordenanzas laborales. Así, COULLAUT ARIÑO, G.: “Contrato de trabajo común y relaciones laborales especiales” en AAVV: Aspectos de la contratación laboral, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 96-97. Asimismo, CORREA CARRASCO, M.: *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, CES, Madrid, 2000, pp. 36-41.

aspectos puntuales de no poca importancia, como es el caso en momentos ciertamente delicados como el extintivo¹³.

Y ello así, porque el art. 172 LNM comienza su dicción hablando de “la especial relación de confianza¹⁴” existente entre el capitán y el armador propia de la relación laboral especial de alta dirección regulada en el art. 1.2 del RD 1382/1985. A pesar de lo dispuesto en el art. 172 LNM, es justo recordar que para que una relación laboral sea calificada como de alta dirección, no sólo es necesario que ésta se defina como de especial relación de confianza, sino que además el capitán ejerza los poderes inherentes al cargo tal y como se definen en el art. 1.2 del Real Decreto anotado. Así, se ha de tener claro que una cosa es que el capitán realice labores y funciones directivas y otra muy distinta que pueda ser considerado como alto directivo de acuerdo con la norma reglamentaria. Y es que, además debemos tomar en consideración varios aspectos, sobre todo por lo que se refiere a los poderes técnico-náuticos y los de carácter comercial atribuidos al capitán del buque, sobre los que se estructuran los poderes del empresario-empileador y los poderes del empresario-titular de la organización a los que hacía referencia el Prof. Montoya. A estos efectos, debe anotarse -por lo que se refiere al primero de aquéllos- que los poderes técnico-náuticos han ido matizándose (que no desapareciendo) gracias al avance de los sistemas de navegación por satélite y de modernización de las empresas navieras, que permiten al capitán tener un contacto con el naviero y el armador prácticamente constante, por no decir que en el debate jurídico laboral se ha prescindido de tomar en consideración que “*se puede ser capitán de un superpetrolero*

¹³ Lo que lleva aparejado un régimen de extinción especial que se aparta del común establecido en el Estatuto de los Trabajadores, ya que el art. 11.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, prevé un supuesto de extinción unilateral por la voluntad de cualquiera de las partes en la relación que no exige alegación de causa alguna o desestimiento. Asimismo, el régimen extintivo de la relación especial de alta dirección -sea causal o no- establece que el régimen indemnizatorio sea pactado, y en ausencia de pacto las fijadas por el Real Decreto, que son sensiblemente menores a las establecidas en el régimen general del ET para las relaciones comunes de trabajo. Sobre la relación laboral especial de los altos directivos y, en particular sobre la extinción de esta relación jurídica, consúltese el monográfico de MARTÍNEZ MORENO, C: *La extinción del contrato de alta dirección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

¹⁴ Literalmente la norma señala: “*Dada la especial relación de confianza, el nombramiento y cese del capitán en su cargo corresponde al armador, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan de acuerdo con la legislación laboral*”.

y que rara vez toca puerto, como de un pequeño buque de cabotaje con cuatro tripulantes y navegación casi intraportuaria¹⁵», lo cual incide enormemente sobre los poderes a los que se hacen referencia. Asimismo, y por lo que se refiere a los poderes comerciales y de representación del armador *ex art.* 185 LNM¹⁶, lo cierto es éstos también han ido resintiéndose con el tiempo¹⁷ (probablemente en mayor medida que los anteriores), precisamente -y entre otras cosas- porque la lejanía e incomunicación que han presidido la actividad marítima durante siglos y que impedían que el capitán recibiera instrucciones del empleador marítimo, han ido progresivamente aminorándose.

Por lo anterior me atrevería a señalar que la calificación de relación laboral especial de alta dirección causada por la regulación de las extintas ordenanzas laborales debe ser removida y sustituida por la consideración de alto directivo sujeto a una relación laboral común, por cuanto que a pesar de que el capitán ostente unas prerrogativas muy amplias; hoy día son excepcionales las ocasiones en las que este sujeto “*ejercita los poderes inherentes a la titularidad de la empresa con plena autonomía y responsabilidad*”. Y, de hecho, cuando lo hace, esto es, se aparta de las instrucciones dadas por el naviero, nuestra legislación protege al capitán frente a una posible sanción o despido (art. 184 LNM¹⁸), lo que es especialmente positivo en un contexto de creciente criminalización de este colectivo de trabajadores a nivel mundial¹⁹.

Lo apenas afirmado no impide, eso sí, que todavía hoy el capitán siga asumiendo unas responsabilidades a bordo y ejerciendo poderes directivos muy por encima de lo que cualquier alto directivo en tierra pudiera afrontar²⁰, no perdiendo de actualidad

¹⁵ Así RUIZ SOROA, J.M cuando señalaba que “*Debe también tenerse presente al hablar jurídicamente del Capitán, que bajo este término y concepto el Derecho acoge a todo el que manda un buque, desde el superpetrolero valorado en miles de millones de pesetas y que rara vez toca puerto, al pequeño buque de cabotaje con cuatro tripulantes y navegación casi intraportuaria. Desde el experimentado y preparado Capitán oceánico al humilde Patrón de un pesquero de bajura. Olvidar esta realidad social variopinta y aplicar unívocamente la norma jurídica, ya de por sí desfadada, contribuye al falseamiento total del Derecho*” en Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero...*op. cit.* p. 151.

¹⁶ El art- 185 LNM dispone que *el Capitán podrá contraer, por cuenta del armador, cuantas obligaciones se requieran para atender a “las necesidades ordinarias del buque.*

¹⁷ De manera similar DÍAZ DE LA ROSA, A: “Reflexiones en torno a la consideración del capitán como personal de alta dirección”, *E-dictum* n° 121, 2022; si bien sin señalar si se trata de una relación laboral especial o común. El trabajo puede consultarse en <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/reflexiones-en-torno-a-la-consideracion-del-capitan-como-personal-de-alta-direccion/29622/>

¹⁸ En efecto, mención especial, en este contexto, merece lo dispuesto en el art, 184 LNM -primacía del criterio profesional- cuando se señala que los capitanes ostentan la capacidad para adoptar o ejecutar cualquier decisión que sea necesaria para la seguridad de la vida humana en el mar y la protección del medio marino y que, en el caso de que se aparten de las instrucciones dadas, los armadores no podrán despedirle ni adoptar medidas de naturaleza sancionadora, de conformidad al criterio profesional de un marino competente (art. 184.2 LNM) o “con la diligencia exigible a un marino competente” (182.3 LNM).

¹⁹ JESSEN, H: “Criminalization of seafarers in the event of maritime accidents and ship-source environmental pollution” en LEMPER, B; PAWLIK, T y NEUMANN, S (Eds): *The Human Element in Container Shipping*, Peter Lang Publisher, pp.117-137.

²⁰ Para un estudio de las obligaciones y responsabilidades del capitán del buque, me remito al trabajo de CARTNER, J.A.C: *Cartner on the International Law of the Shipmaster: On the New Command at Sea*, Informa Law, 2022.

aquel viejo dicho según el cual “*El capitán verdadero, embarca el primero y desembarca el postrero*²¹”.

²¹ GELLA ITURRIAGA, J: *Refranero del mar, Volúmenes 1-2*, Instituto Histórico de Marina, Madrid, 1944.

El poder de dirección en la relación del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares: ¿cuáles son sus particularidades?

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Subdirectora del Instituto de Migraciones
Universidad de Granada
<https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>*

“El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”¹.

.....

“Si la idea de un poder empresarial sin límites es socialmente inaceptable, la idea de un derecho del trabajador a la inamovilidad absoluta de su puesto laboral es económicamente indefendible”².

Alfredo Montoya Melgar

I. El poder de dirección y el uso de las nuevas tecnologías

Desde finales del siglo XX se asiste a una imparable revolución tecnológica en el ámbito de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) que ha supuesto un profundo impacto en todos los países y a todos los niveles. Ello también se ha producido en el ámbito de las relaciones laborales. Se están abandonando las formas tradicionales de trabajo (empleos tradicionales) y se imponen los trabajos digitales. La presencia física de los trabajadores y empresarios se va cambiando por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación.

¹ MONTTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág.44.

² MONTTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, En RIVERO LAMAS, J. (Coord.), *La flexibilidad laboral en España*. Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1993, pág.206.

El poder de dirección en la era de la revolución tecnológica ha sufrido una transformación profunda, impulsada por los avances tecnológicos y la globalización. Las nuevas herramientas digitales, la inteligencia artificial y la automatización no solo han alterado la manera de trabajar, sino también cómo se estructuran y se ejercen las jerarquías y el control dentro de las empresas.

Estos cambios también se observan en el poder de dirección del empresario señalado en el primer Estatuto de los Trabajadores de 1980. Las características del poder de dirección del siglo XXI son diferentes. La evolución que se ha producido desde 1980, en el ámbito de las relaciones laborales, es evidente y queda reflejada en las normas aplicables. Esta evolución no se ha producido en el caso del Personal Civil no Funcionario al Servicio de Establecimientos Militares. Como se verá seguidamente y es el objeto de este comentario.

II. Cuestiones generales sobre el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares

El estatuto jurídico del personal que presta servicios en régimen laboral en los establecimientos del Ejército ha sido objeto de atención desde antiguo. Se fue configurando una nueva relación y una amplia normativa específica aplicable a la misma, si bien esta normativa siempre ha estado separada del tronco laboral común. Lo deseable hubiera sido que la normativa específica hubiese compatibilizado los fines y principios del Derecho del Trabajo con los del Ejército, circunstancia que rara vez lo ha conseguido de forma satisfactoria³.

Las fuentes normativas de esta relación son muy amplias y variadas, pues junto al RD 2205/80, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares y al Convenio Colectivo del personal laboral del Ministerio de Defensa, aplicable en cada momento, se encuentran múltiples Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, Resoluciones e Instrucciones procedentes del Ministerio de Defensa, que vienen a establecer un complejo marco normativo. Pero mientras que toda esta normativa secundaria sí se va actualizando, el RD 2205/80 no se ha modificado, directamente, desde su nacimiento. El RD 2205/80 incluye una regulación completa de la relación que analiza, es un auténtico reglamento de trabajo que regula cada uno de los problemas que pueden surgir, no deja ninguna materia sin regulación. Circunstancia que limita el juego de la autonomía de la voluntad, tanto colectiva como individual. La justificación de un contenido tan amplio como el establecido en el RD 2205/80 es difícil en términos generales, pero esta dificultad se agudiza profundamente en aquellos aspectos donde ni siquiera existe un punto de concurrencia con los intereses de la Defensa Nacional.

En este marco, es preciso aludir a la regulación contenida en el RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del ET. Por una parte, el art. 2 contiene la lista de las relaciones laborales especiales, incluyendo en la misma las relaciones especiales creadas por leyes posteriores al ET (1980). Sin embargo, no existe referencia alguna sobre el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos

³ Un análisis completo de esta relación en GARCÍA VALVERDE, M. D.: *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*. Comares, Granada, 2000.

militares. De esta forma el nuevo texto del ET ratifica su intención de no introducir a esta relación entre las especiales. Por otra parte, desaparece del texto de 1995 del ET el contenido de la antigua disposición final séptima. La opción realizada por el legislador es bastante discutible, pues el contenido de esta disposición es necesario para el control de la extensión y amplitud de la norma remitida, lo que puede ocasionar graves inconvenientes. No es posible dar a la omisión de toda referencia a esta relación en el precepto del nuevo ET otros efectos distintos al de su desaparición, ni se puede entender que la relación del personal civil no funcionario y la regulación contenida en el RD 2205/80 hayan cambiado la configuración que con anterioridad a 1995 poseían y que posee ahora en 2025. Por tanto, la relación del personal civil no funcionario se encuentra en la misma situación de indeterminación que durante la vigencia del texto del ET de 1980, salvo que ahora desaparece el pequeño resquicio (disposición final 7 ET de 1980) que existía para poder considerar la relación como especial. En la actualidad, aunque técnicamente no resulta posible incluir la relación laboral del personal civil no funcionario en el marco de las relaciones laborales de carácter especial, tampoco es correcta su total asimilación con la relación común u ordinaria, pues posee importantes peculiaridades. Es posible considerar que esta relación es un “*tertium genus*” entre las relaciones laborales especiales y la relación laboral común, no puede ser asimilada a las especiales, pero tampoco a la común. Las singularidades de la relación se manifiestan tanto en las relaciones colectivas de trabajo como en la relación individual.

El poder de dirección que posee la Administración Militar está totalmente reforzado desde el punto de vista de la organización del trabajo; los jefes de los establecimientos son los titulares de las facultades que encierran la organización del trabajo⁴. Se ha configurado un poder de dirección con inspiración en normas militares y elaborado por militares, de forma que el régimen jurídico resultante de este poder dista ampliamente de los postulados laborales y no tienen razón de ser en una relación laboral. Todo ello será analizado posteriormente.

También hay que aludir a las particularidades del Personal Civil no Funcionario al Servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en España. Este personal se somete a una normativa específica⁵. El origen de esta relación se encuentra en las relaciones de cooperación entre España y EEUU que tienen como resultado la firma de diversos Convenios bilaterales y el consiguiente establecimiento de las instalaciones (bases) americanas en España.

Los nexos que unen al personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los EE.UU. en España con las dos Administraciones que intervienen (la española y la estadounidense) la dotan de importantes características. El Estado español suministra los servicios y la mano de obra en favor de los EE.UU., el personal proporcionado tiene estatuto laboral. La relación laboral se entabla con el Ministerio de Defensa español, ante lo que se puede hablar de supuesto peculiar de cesión de

⁴ Así lo ha puesto también de manifiesto SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, pág. 481, principalmente.

⁵ Hay que traer a colación el RD 144/1981, de 23 de enero y la Orden 166/1981, de 17 de noviembre, que acomodan a sus peculiaridades el RD 2205/80, 13 de junio.

trabajadores. No se está ante una cesión ilegal, ni queda sometida al régimen aplicable a las empresas de trabajo temporal; el caso analizado tiene su apoyo en la normativa reguladora del personal civil no funcionario⁶.

III. El poder de dirección en los establecimientos militares

Los poderes empresariales en la relación del personal civil no funcionario quedan regulados dentro de la sección 3, del capítulo segundo, del título I RD 2205/80, sección que lleva por rúbrica “derechos y deberes derivados del contrato” (art.18, organización del trabajo y art.19, dirección, movilidad y control de la actividad laboral); si bien, en otros apartados del RD 2205/80 existen referencias a los mismos.

El poder de dirección en la relación analizada se concreta en la capacidad de las autoridades militares para gestionar, organizar y supervisar a los empleados civiles que prestan servicios en instalaciones o establecimientos militares, sin que éstos formen parte del cuerpo de funcionarios militares.

La mezcla de características laborales, funcionariales y militares que está presente en toda la relación del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares se manifiesta de forma más acentuada al analizar el poder de dirección del jefe del establecimiento (empresario). El régimen jurídico vigente sobre el poder de dirección se caracteriza no por las notas peculiares de toda relación laboral sino que está influido por las notas predicables en una relación sometida a los “cañones” militares. En los preceptos reguladores del poder de dirección contenidos en el RD 2205/80 se refleja que su legislador no ha sido el social sino que es el militar el que ha regulado una materia típicamente laboral sobre la que no tiene autoridad.

El régimen jurídico de la organización del trabajo en los establecimientos militares queda determinado en el art.18 RD 2205/80, atribuye la organización del trabajo a los jefes de los establecimientos y encomienda a las direcciones de los establecimientos una labor activa de garante de la relación laboral. El jefe del establecimiento no puede organizar el trabajo de una forma arbitraria dado que el propio texto del RD 2205/80 (art.18) establece unos criterios que deben ser cumplidos⁷.

Hay que puntualizar que si se trata de la organización del trabajo del personal civil no funcionario que desarrolla su actividad al servicio de las Fuerzas de los EE.UU. corresponde a las Fuerzas de los EE.UU. Si bien, dentro de los principios establecidos

⁶ Sobre este personal véase GARCÍA VALVERDE, M. D.: *Un supuesto excepcional: Personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América en España*. Universidad de Granada, Granada, 2000.

⁷ Véase: “Artículo 18. Organización del trabajo. Uno. La organización del trabajo en los Establecimientos dentro de las disposiciones legales y normas o acuerdos aplicables, es facultad de los Jefes, oída la Dirección de aquéllos, y habrá de apoyarse en los principios siguientes: a) Simplificación del trabajo y mejora de los métodos operativos. b) Análisis y determinación de los rendimientos correctos. c) Distribución de la jornada semanal de trabajo de acuerdo con las necesidades del servicio. d) Encuadramiento del personal, dentro de su grupo y categoría profesional, en el puesto de trabajo más adecuado conforme a su capacidad y circunstancias profesionales y personales. e) Respeto al principio de igualdad de trato, de modo que ningún trabajador se sienta perjudicado en relación con los demás de su propio grupo y categoría, con la realización obligatoria de las tareas más penosas o de los turnos de trabajo más incómodos.”

en el art.18 RD 2205/80 al que remite la Orden 166/1981, de 17 de noviembre, por la que se aprueban las normas laborales especiales de específica aplicación a este personal (parte 4 de la Orden 166/1981).

En el ámbito de los establecimientos militares el poder de dirección se manifiesta de forma particular debido a la naturaleza específica del ámbito militar, en el que se combinan normativas civiles y militares. Aunque el personal civil no es parte de la estructura jerárquica militar, está sujeto a ciertas disposiciones y directrices que tienen que ver con las necesidades operativas y la seguridad de los establecimientos militares.

Las autoridades militares pueden determinar las tareas, funciones y responsabilidades del personal civil, de acuerdo con las necesidades operativas del establecimiento militar. Aunque no sean militares, su trabajo puede estar vinculado al apoyo logístico, administrativo, técnico o de mantenimiento, entre otros.

También los mandos militares tienen autoridad para supervisar el desempeño del trabajo del personal civil. Esto incluye la evaluación de su rendimiento, la observación del cumplimiento de los protocolos establecidos y la toma de decisiones respecto a su permanencia o rotación dentro del establecimiento.

Aunque los empleados civiles no sean militares, están sujetos a ciertas normas y regulaciones propias de los establecimientos militares, lo que puede incluir restricciones sobre el comportamiento, la seguridad o la confidencialidad de la información. En este sentido, el poder de dirección no solo tiene que ver con la organización del trabajo, sino también con la seguridad y disciplina propias del ámbito militar.

Las autoridades militares pueden modificar las condiciones de trabajo del personal civil en función de las necesidades del servicio. Esto puede incluir cambios en las horas de trabajo, en las funciones específicas o en las ubicaciones dentro del establecimiento.

Asimismo, en algunos casos, las autoridades militares tienen la facultad de imponer sanciones o medidas disciplinarias al personal civil, especialmente si sus acciones interfieren con la disciplina o seguridad del establecimiento militar. Sin embargo, estas sanciones no son tan amplias como las que podrían aplicarse a personal militar, y deben estar dentro del marco legal.

El poder de dirección también incluye la facultad de contratar o despedir personal civil, siempre bajo las leyes laborales y los procedimientos establecidos por la legislación correspondiente. Sin embargo, el proceso puede estar influenciado por las necesidades operativas y de seguridad de la institución militar.

Los límites del poder de dirección en los establecimientos militares se concretan: En primer lugar, en el respeto a los derechos laborales del personal. A pesar de que trabajan en un entorno militar, los empleados civiles tienen derechos laborales que deben ser respetados. En segundo lugar, en la normativa específicamente aplicable al personal. Aunque el personal civil trabaja en un entorno militar, sigue estando sujeto a la normativa laboral. El poder de dirección de las autoridades militares no puede contradecir las leyes laborales generales que rigen el trabajo, como las relacionadas

con salario, jornada laboral, descanso, entre otras. Y, en tercer lugar, en los convenios colectivos negociados y que son aplicables.

Ante la inamovilidad de la normativa legal (RD 22005/1980) se han negociado convenios colectivos específicos para este personal, hasta el año 1992. Y a partir de 1998 se les aplica el convenio colectivo para el personal laboral de toda la Administración General del Estado. El vigente convenio colectivo se aprobó por Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, actualizado, última modificación, el 26 de enero de 2023. Se pronuncia sobre los pormenores de la organización del trabajo que tiene la Administración⁸.

IV. Reflexión general

El poder de dirección de los jefes de los establecimientos militares queda limitado por los derechos reconocidos al personal, pero la amplitud del reconocimiento y las peculiaridades a que se ven sometidos los derechos, no suponen una barrera infranqueable para el jefe del establecimiento.

La cláusula de salvaguarda de la «defensa nacional» y sus intereses, que rige en todos los ámbitos de esta relación sigue teniendo vigencia⁹. Pero gracias a los avances de la negociación colectiva y de la doctrina judicial ya, dicha cláusula, se manifiesta bajo una perspectiva jurídica más objetiva, delimitada, concreta y, consecuentemente, menos arbitraria.

Tras el análisis realizado del poder de dirección en los establecimientos militares se pone de manifiesto que esta materia necesita una profunda y urgente actualización, las nuevas circunstancias son diferentes de aquellas que existían a la altura de 1980 o incluso con anterioridad, pues en esta materia el RD 2205/80, a veces, reproduce

⁸ El IV Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado dedica el “Artículo 22. Competencia y criterios relativos a la organización del trabajo. 1. La organización del trabajo es facultad exclusiva de la Administración, sin perjuicio de los derechos y facultades de audiencia, consulta, información y negociación reconocida a la representación de la parte social. Cuando las decisiones que la Administración tome en uso de sus facultades de organización de trabajo afecten a las condiciones de trabajo del personal laboral incluido en el ámbito del presente Convenio, se negociarán dichas condiciones, de acuerdo con la legislación vigente, en el marco correspondiente. Corresponde su aplicación práctica a los órganos directivos de las diferentes unidades orgánicas de los ámbitos afectados por este Convenio. 2. El objetivo de la organización del trabajo es alcanzar un nivel adecuado de eficacia de los servicios, basado en la óptima utilización de los recursos humanos y materiales adscritos a los mismos. Serán criterios inspiradores de la organización del trabajo: a) La planificación y ordenación de los recursos humanos. b) La adecuación y suficiencia de las plantillas a las necesidades del servicio. c) La adecuada y eficaz adscripción profesional del personal laboral. d) La profesionalización y promoción del personal laboral. e) La identificación y valoración de los puestos de trabajo. f) La racionalización, simplificación y mejora de los procesos y métodos de trabajo.

⁹ Una muestra de esta afirmación es el contenido del art.18.Dos RD 2205/1980: “Sin merma de los principios de orden y jerarquía imprescindibles en la realización de toda tarea colectiva y de modo especial en las encomendadas a la Administración Militar, las direcciones de los establecimientos velarán atentamente para que el régimen laboral salguarde los valores espirituales y humanos del trabajo, contribuyan a la dignificación de quienes lo prestan y perfeccionen los sentimientos de común respeto y colaboración en la conveniencia de los fines de alto interés nacional propios de los Establecimientos Militares”.

la normativa anterior (Reglamentación de 1967). Es cierto que con la negociación colectiva se están cubriendo muchas de las deficiencias existentes¹⁰. Pero lo oportuno es la elaboración de una norma legal que regule la relación, con los cambios y necesidades del siglo XXI.

¹⁰ En este sentido se manifiesta JIMÉNEZ ROJAS, F.: “El personal laboral adscrito a los establecimientos militares: evolución de la «aplicabilidad» normativa”, *Revista Española de Derecho Militar*, número 99, 2012, págs. 321 y ss.

El recurrente abuso de autoridad en el ejercicio del poder de dirección en las relaciones laborales del ámbito público

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid*

I. El poder de dirección y el empleo público

El poder de dirección en el seno de la relación laboral debe ser ejercido con regularidad, mandato que incumbe tanto a la empresa privada como a las empresas y Administraciones públicas cuando contratan a su personal con vínculos laborales¹. No debe olvidarse que se ha catalogado como relación laboral especial innominada la de los empleados públicos cuando son personal laboral con contrato de trabajo², a los que deben aplicarse las reglas especiales del EBEP; además, no cabe la autonomía de la voluntad individual precisamente por su carácter público³ y, a las exigencias del cumplimiento del principio de igualdad ante la Ley (que alcanza a la igualdad de trato⁴). Ni tampoco las facultades de organización y dirección del trabajo se van a apoyar en la libertad de empresa (art. 38 CE) sino en las propias del interés público.

¹ La diferencia con el régimen funcionarial en este punto es de índole formal en atención al régimen jurídico aplicable según el tipo de vínculo y de ahí lo será, igualmente, la jurisdicción conocedora de los asuntos de personal, social o contencioso-administrativa. Se han identificado como preceptos que regulan aspectos singulares de la relación laboral del empleado público los siguientes artículos del EBEP (13.4, 19.1, 21, 36.3, 38.8, 51, 57.4, 61.7, 83, 93, 96.2 y su DT 2ª, sin perjuicio además de otros que también contienen una remisión directa a la norma laboral o a la regulación convencional); por todos ROQUETA BUJ R. (2025), *Derecho del Empleo Público*, 6ª ed., Tirant lo blanch, p. 109.

² Por todos, LÓPEZ GÓMEZ J. M. (2009), *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas.

³ Las SSTC 34/1984 y 2/1998 aluden al significado de los arts. 103.1 y 9.3 CE.

⁴ Con gran acierto la STC 28/2025 al remarcar como el policía local sufre un trato diferenciado, no tolerable, frente a los compañeros policía que, precisamente, él denunció.

Los poderes del empresario privado se ven limitados sólo por el respeto de los derechos de los trabajadores. Los del empleador público se encorsetan en el respeto de principios, normas, organización y planificación y provisión del empleo público y de sus estructuras, sin perder de vista que se trata de un poder público cuyas relaciones laborales son dirigidas por el Estado o sus entes territoriales o institucionales integrantes o dependientes de aquél. Lo cual significa que las relaciones laborales en el empleo público y al servicio de las Administraciones públicas van más allá de las exigencias que el Derecho del Trabajo impone a cualquier empresario privado.

En todo caso la Administración como empleadora no pierde su estatus de poder público con sujeción al principio de igualdad. El poder directivo encuentra apoyo normativo en los arts. 5 c) y 20 ET que, en supuestos de gravedad de los incumplimientos, pueden llegar al despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo a las órdenes empresariales (regulares), arts. 54.2 b) ET, 95.2 letras i), g), c), m) y ñ) EBEP. La obediencia va ligada a la nota de dependencia laboral, presente en la relación laboral y en toda vinculación de empleo público. La exigencia al empleado es sólo al ejercicio regular de las facultades directivas⁵, lo cual excluye tanto las órdenes ilegales como las abusivas. Sin que el hecho de ser empresa o Administración pública impida el despliegue de las facultades necesarias para la dirección de la relación laboral (dictar órdenes, organización, funcionamiento, planificación del trabajo, control del cumplimiento laboral, etc.).

El poder directivo contiene a su vez un poder de organización que corresponde al empresario (existen así facultades de dirección y facultades de organización), si bien debe llevarse a efecto sin arbitrariedades ni abuso del derecho, porque no puede ser ejercido de manera ilegal, ni imparcial, ni su ejecución puede ser absoluta e indiscriminada. El deber de obediencia del empleado público se recoge en el art. 52 EBEP, desempeño con diligencia de las tareas asignadas, velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la CE y resto del ordenamiento jurídico y actuar con arreglo a los principios que inspiran el código de conducta del empleado público: de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción tanto cultural como medio ambiental, respeto a la igualdad entre hombres y mujeres y, todo ello, en el respeto del código de conducta o principios éticos del art. 53 EBEP y los principios de conducta contenidos en el art. 54 EBEP (incluido entre ese elenco la obediencia de instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, si bien se exime si la orden constituye *“una infracción manifiesta del*

⁵ Pese a la exigencia del cumplimiento en aplicación del principio *solve et repete*, pues ni trabajador ni empleado público pueden erigirse en definidores de sus propias obligaciones. No obstante, en el empleo público sí hay una excepción de cumplimiento, la que más adelante será reseñada del art. 54.3 EBEP, que permite desobedecer poniéndolo en conocimiento de la inspección, lo cual se reitera al describir las faltas muy graves en el art. 95.2 i) EBEP que excepciona la desobediencia en los casos que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, además castiga la desobediencia abierta (lo que se ha visto como un matiz relevante que lo diferencia de la regulación del ET). El EBEP sólo recoge las faltas muy graves, encomendando a otras normas la tipificación de las graves y leves. Existen obligaciones derivadas de otros mandatos legales como, por ejemplo, el cumplimiento de las medidas de prevención del art. 29 LPRL que rige para hacer efectiva la salud y seguridad laboral.

ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes”).

Resulta necesario describir que, precisamente, estos principios y reglas (reflejados como deberes de los empleados públicos en el *Capítulo VI del Título III EBEP*) son los que informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos. Si bien la regulación del régimen disciplinario se concreta en su título VII⁶.

II. Ejercicio de facultades directivas y sus límites

El poder de dirección se apoya o justifica en el buen funcionamiento empresarial o de la Administración pública siendo este el marco de ejercicio de las facultades empresariales directivas. No se admite un encuadramiento en el ciclo rector y organicista empresarial que pudiera ser arbitrario, ni tampoco omnímodo (como se reitera en las resoluciones judiciales, desde el Tribunal Constitucional hasta los juzgados de lo social). El ejercicio de este poder, como indica el legislador laboral, ha de ser siempre un ejercicio regular de las facultades directivas.

Así se marcan límites al poder de dirección, dejando extramuros del mismo lo arbitrario, la orden caprichosa y, también, las órdenes ajenas a las obligaciones laborales y a la relación laboral contratada. El trabajador será sancionado si hubo incumplimiento y se demuestra su existencia y, por el contrario, no podrá serlo cuando no concurre la culpabilidad o cuando la infracción imputada no alcanza a sus obligaciones laborales, no siendo exigible por el empresario.

La particularidad en el ámbito público sin duda será el desarrollo de mecanismos de tutela del procedimiento sancionador en caso de incumplimientos laborales de los empleados públicos, antes de que sea efectiva la posible sanción. La incoación de expediente disciplinario sin ser necesario que se imponga por el convenio colectivo aplicable, nombramiento de instructor, y la debida resolución o decisión administrativa fundada en derecho -con todas las garantías públicas- de archivo o de sanción, según el caso. Combinado exigencias del art. 58 ET con las presentes en el EBEP, especialmente en lo relativo al procedimiento disciplinario, arts. 94 y 98 EBEP. Los incumplimientos al poder directivo exigen el elemento de culpabilidad del empleado público (sea por dolo, culpa o simple negligencia), que debe relacionarse con la responsabilidad y gravedad del comportamiento que resulta imputable al trabajador y es infractor. Significa que debe existir un incumplimiento a las órdenes empresariales y a sus instrucciones, afectando a las obligaciones laborales.

Es habitual encontrar en la regulación disciplinaria entre las faltas que describen los convenios colectivos el abuso de autoridad, calificadas siempre como faltas graves o, normalmente, como muy graves. La doctrina judicial ha tenido ocasión de describir esta conducta cuando un mando o responsable realiza acciones sobre sus subordinados o compañeros o genera un clima de trabajo no adecuado o se asocia a malos tratos

⁶ Arts. 93 y ss., con aplicación a los contratados laborales de las singularidades de los arts. 93.4, art. 96.1 y .2 EBEP.

(de palabra u obra) y de convalidar despidos realizados estando presente el abuso de autoridad de responsables de la empresa⁷.

Otro problema que, al menos, debe apuntarse, es si una conducta empresarial para su calificación como abusiva que suponga bien abuso del poder directivo por mandos intermedios e incluso de los encargados o responsables, lo que sería propiamente el abuso de autoridad, debido a que la conducta reviste las características de vejatoria o humillante para el trabajador o de maltrato, cuando la empresa no actúa para impedir esa conducta, con independencia de que las actuaciones sean reiteradas o no⁸, pero debiendo ser de entidad suficiente, en la ausencia empresarial para imputarle una culpa in vigilando (acción omisiva o responsabilidad por omisión empresarial por no adoptar las medidas para la prevención de esas conductas reprochables de su mandos o responsables⁹) o, peor, en la conducta empresarial activa debe concurrir bien sea dolo bien negligencia. No debe olvidarse que estas cuestiones no sólo transitan por el poder de dirección, sino que van estrechamente ligadas a la prevención de riesgos laborales y, en particular, en cuanto a la (falta de) evaluación de los llamados riesgos psicosociales. La normativa de prevención resulta aplicable tanto a las relaciones laborales regidas por el ET como a las relaciones con vínculo público funcionariales o estatutarias, sin perjuicio de sus peculiaridades¹⁰. Se ha de evitar la presencia de acoso moral en el trabajo¹¹. Acoso que se manifiesta, mediante comportamientos diversos, así, por ejemplo, ofensas verbales u actos concretos dirigidos contra los trabajadores o empleados públicos¹². Si el comportamiento estuviera presente, esto es, probada la realidad de la situación de acoso, se condenaría por acoso moral a la empresa o Administración pública, podría existir la lesión de derechos fundamentales (varios de

⁷ A veces con la dificultad de acreditar un clima laboral tóxico generado por ese abuso de autoridad (acciones abusivas como gritos, generador de miedo, uso de lenguaje subido de tono o sancionar al empleado público), otras sobre la probanza de lo que sea considerado tal, como ponen de relieve los asuntos que han tenido que solventarse en sede constitucional, por ejemplo, la STC 51/2021 que ofrece el amparo al letrado de la administración de justicia sancionado por el Ministerio de Justicia a quien no sólo se le niegan ajustes razonables a su discapacidad y se le sanciona, apreciando la vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad, con lesiones además al derecho al proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad (arts. 14, 24.2 y 25.1 CE). También más recientemente la, ya citada, STC 28/2025 que ampara al policía local sancionado por un Ayuntamiento debido a la denuncia penal presentada por éste contra otros policías compañeros por falta de control del dinero en efectivo y por realizar inspecciones selectivas en locales de ocio, de quien sufre persecución laboral con cambios de jornada, publicación de escritos contra su personal (insultos), retirada de arma, omisión de respuesta a sus peticiones para la certificación de sus horarios, denegación de vacaciones y días de asuntos propios incluso de complementos retributivos, y aprecia vulneración tanto del derecho a la integridad física y moral, como a la tutela judicial efectiva (arts. 15 y 24.1 CE) y a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

⁸ Téngase en cuenta el Convenio n.º 190 OIT de 2019, cuyo art. 1 a) conceptualiza el acoso y la violencia en el trabajo *ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida*.

⁹ Sobre esta cuestión es relevante la distinción de cuándo resulta responsable la persona que lleva a cabo la conducta de acoso y cuando, además esa responsabilidad se transmite a la empresa o Administración como empleadora, en atención a que haya cumplido con los protocolos y requisitos o no lo haya hecho, por ello puede afirmarse que es fundamental la propia conducta empresarial.

¹⁰ Art. 3 LPRL.

¹¹ Exigencias derivadas del cumplimiento de los arts. 14 a 16 LPRL.

¹² Sobre el alcance de esta clase de acoso véase la STC 56/2019 y posteriormente la STC 28/2025.

ellos, porque como es sabido todo acoso es pluriofensivo: integridad física y moral, igualdad y no discriminación, intimidad, arts. 15, 14 y 18 CE y atenta a la dignidad de la persona (art. 10 CE), todos ellos directamente en relación con el art. 4.2 e) ET) podrían reclamarse indemnizaciones por los daños ocasionados y además no estaría legitimado el ejercicio del poder disciplinario.

III. La represalia como manifestación del abuso de autoridad

El problema que se plantea en el ámbito público es la sanción a empleados como fruto de represalias llevadas a cabo por mandos, superiores o responsables, esto es la imputación de incumplimientos laborales que no son demostrados y ocultan la utilización desviada de los poderes directivo y sancionador en el empleo público. Al trabajador se le imputan incumplimientos que no son tales, sin justificarse el ejercicio del poder disciplinario, desempeñado arbitrariamente y de manera abusiva tanto las facultades de organización y dirección como las sancionadoras (e ilegales, por ello). Son una muestra censurable de la maldad humana. En muchos casos, a su vez, la conducta encubre acosos laborales, en particular acoso moral y supondrá la posibilidad de reclamar indemnización por el daño moral ocasionado, y en atención a los derechos lesionados, en particular si se tratase de la lesión o vulneración de uno o varios derechos fundamentales, incluida la discriminación¹³. En otras ocasiones frente a conductas discriminatorias por distintas razones¹⁴, muy ligadas a represalias de quienes ostentan puestos de mando, no relacionadas con la prestación laboral.

El ordenamiento jurídico permite la sanción a los trabajadores pero exige que existan incumplimientos laborales, que respondan a la graduación de las faltas y sanciones (según lo establecido en las leyes y convenios colectivos, art. 58 ET). El abuso de autoridad suele estar recogido siempre en el elenco de infracciones, también supone una salvedad para sancionar a los trabajadores que la conducta realizada sea llevada a cabo por el trabajador como resultado de un abuso de autoridad sufrido, esto es que quien recibe la orden y la cumple lo haga para no incurrir en desobediencia a un superior que a su vez es quien ejerce el abuso de autoridad.

Otras maneras de represalia que reciben los empleados públicos se observa en la falta de reconocimiento de derechos, por ejemplo, los relacionados con permisos, licencias y vacaciones a los que tienen derecho en virtud del art. 14 m) EBEP relacionados todos ellos con el tiempo de trabajo¹⁵, y muchos de ellos han sido incorporados a

¹³ Su existencia presume la existencia de daño moral. No debe olvidarse que, para la determinación judicial de la indemnización por daños morales asociados a la vulneración de los derechos fundamentales, estos no son resarcitorios del daño económico, sino autónomos y atienden al bien jurídico (derecho) lesionado que es lo que indemnizan.

¹⁴ Téngase presente que la prohibición de discriminación es amplia en el seno de las relaciones laborales, porque a las conductas discriminatorias expresamente prohibidas en el ET (arts. 4.2 c y 17 principalmente) y para el empleado público el art. 14.i EBEP, se une el elenco contenido en la ley 15/2022 (art. 2 y 9 referido éste último para el trabajo por cuenta ajena, tanto al empleo privado como al público) y que en todo caso hay que estar a la cláusula abierta del art. 14 CE prohibitiva de discriminaciones por cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁵ Así se ven esas negativas a conceder permisos en la STC 28/2025, de un policía local que sufre acoso laboral como consecuencia de actividades de *whistleblowing*, al denunciar sobre infracciones normativas de algunos de sus compañeros.

nuestro ordenamiento fruto de la transposición de diversas Directivas de la UE¹⁶. En igual sentido merece la pena señalar la transcendencia que en el futuro pueda tener en el ámbito público la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes¹⁷, y el control de la posible represalia a quienes denuncien con amparo en dicha normativa. De momento puede advertirse una mala transposición al derecho del empleo público de la Directiva del denunciante por la Ley española¹⁸, que habrá que reformar. Precisamente esta Ley 2/2023 debe enfrentarse al abuso y su prevención, lo cual incluye múltiples manifestaciones del abuso de autoridad frente a los empleados públicos sufrido en su relación laboral. La realidad refleja que el denunciante no siempre recibe la protección necesaria, que por cierto es el objeto y finalidad de la Ley, convirtiéndose su denuncia en un calvario para la continuidad de la prestación de servicios laborales, siendo en ocasiones o sancionado o hasta despedido¹⁹.

En el estudio de esta materia también se ocasionan bajas médicas, con numerosas incapacidades temporales, y en sede judicial se dirime sobre el origen o determinación de contingencia, buscando que sea reconocido su origen profesional -normalmente por accidente de trabajo- provocado precisamente por el ejercicio ilegítimo de los poderes de dirección y organización que traen como causa el abuso de autoridad.

IV. La falta de atención o no reconocimiento de situaciones abusivas

En estas páginas ha habido ocasión de apuntar lo (muy) ilustrativas que son las SSTC 51/2021 y 28/2025 sobre los abusos de la Administración en el empleo público en el ejercicio de facultades directivas. No obstante, se trata de resoluciones con protagonistas que son funcionarios (de Justicia o de un Ayuntamiento). Se muestra el conjunto de conductas que proceden bien a incoar procedimientos sancionadores contra el empleado público bien a tomar medidas represivas como modificaciones de horarios, negativas de permisos u otros derechos relacionados con el tiempo de trabajo o los descansos, o la negativa de reconocimiento de determinadas partidas retributivas, o permiten traslados como sanciones administrativas impuestas en ejercicio del poder disciplinario que suponen relegar al empleado público. Todas ellas pueden ser expresiones enmascaradas de abuso de poder o abuso de autoridad.

El abuso de autoridad alguna vez aparece recogido -como sanción muy grave- en la regulación del régimen disciplinario de los convenios colectivos. Sin embargo,

¹⁶ La última de ellas con el RD-Ley 9/2025 que completa la transposición de las Directivas 2019/1158 y 2010/18, anteriormente, entre otras, la Ley 6/2024 de protección de personas donantes en vivo, RD-Ley 5/2023. Por sus novedosas incorporaciones legales la Ley 4/2023 de igualdad para personas trans. Por otro lado, siempre resulta interesante reflexionar sobre la temática de la represalia y no reconocimiento de derechos o limitaciones al empleado público en relación con permisos por enfermedad, maternidad y otros derechos propios de su ejercicio por mujeres -al ser mayoritariamente solicitados por mujeres-, y también la comparativa de la diversa extensión e intensidad de los derechos que recoge el EBEP y no en el ET.

¹⁷ Fruto también de la transposición de la Directiva 2019/1937.

¹⁸ Se plantean problemas con la protección a los interinos o personal laboral no fijo, y los defectos de apreciación de la importancia de la Directiva para su aplicación en algunos poderes esenciales del Estado, como por ejemplo en el CGPJ.

¹⁹ Nuevamente nos remitimos a la STC 28/2025.

la noción no es propia del derecho privado (en el que se acude a otras expresiones, como ‘abuso de poder’), su uso es incorrecto, si bien, revela un abuso de la posición de mando o de jerarquía o de superioridad de quien ejerce facultades de dirección y organización en la empresa con funciones de mando y facultades directivas y lo hace de manera desviada, arbitraria e injusta. El poder de dirección ni puede implicar sumisión arbitraria e ilimitada ni sometimiento total a otra persona (tal y como hemos apuntado viene siendo definido por la jurisprudencia y doctrina judicial social como una grave patología el ejercicio irregular de los poderes directivos empresariales, no amparando ni las órdenes ilegales ni tampoco las órdenes injustas). También el régimen sancionador de la función pública se refiere a esta conducta reproachable²⁰.

No puede olvidarse que el abuso de autoridad es un concepto singular y propio de las normas de derecho administrativo, que es sancionable en esta parcela del derecho. También del derecho penal al constituir una circunstancia agravante de la responsabilidad penal²¹, por el prevalimiento que hace la persona de su condición. Debe acudir no sólo a la norma administrativa sino a su interpretación para encontrar cuáles son los elementos identificadores del abuso de autoridad: se trata de un comportamiento injusto; resultando, además, desmedido en el uso de facultades inherentes a la función que se ostenta, que se manifiesta al excederse, propasarse o aprovecharse para llevar a cabo una actuación que no es propia o adecuada a su contenido²². Normalmente, el sujeto activo del abuso de autoridad es un funcionario, pero nada impide que se trate de un empleado con contratación laboral que desempeñe actuaciones públicas dotadas de autoridad en un sentido más laxo o de quien revista carácter público, porque también el cargo puede ser político o asimilable en las altas funciones o cualquiera de los poderes del Estado. La normativa de transparencia [art. 29.2 a) Ley 19/2013] define este abuso como el ejercicio de las potestades inherentes al cargo de manera prepotente o para fines distintos del interés público ya sea en sus relaciones con los particulares o con sus subordinados (sea funcionario o autoridad pública).

Son escasos asuntos judiciales cuando se invoca la existencia de abuso de autoridad que alcanzan hasta el Tribunal Supremo. Uno de ellos es el supuesto de cambios de adscripción de centro escolar (un IES) por exceder la plantilla del inicialmente adjudicado de las necesidades del personal de la categoría solicitada (ordenanza), con envío a un centro distinto sin motivar por la Administración -a juicio de la parte

²⁰ En el art. 7 letras b), e), ñ) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por RD 33/1986, se tipifica como una infracción grave el abuso de autoridad, además de la grave desconsideración hacia los subordinados, e, igualmente, atentar contra la dignidad de estos. Por otro lado, el art. 8.c) del mismo texto normativo describe como una falta leve la incorrección en el trato.

²¹ Art. 22.7ª CP, bajo esta descripción: “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”. También se castiga en el Código penal militar, arts. 45 a 48 (LO 14/2015), pero en este caso recogiendo conductas delictivas y tipos penales específicos, referidos a una pluralidad de manifestaciones, entre otras, el abuso de facultades de mando; el impedimento arbitrario del ejercicio de derecho a un subordinado; maltrato; trato degradante, inhumano o humillante, acoso o agresión.

²² Suelen citarse las SSAN, ct-a, de 6 de noviembre de 1997 o de 18 de junio de 1998 (rec. 333/1996).

demandante-. No se apreció por nuestro Alto Tribunal abuso de poder²³, porque por el Ministerio Fiscal se entiende que hay motivación de la resolución administrativa que permitió el cambio. Además, señala con rotundidad que en el ordenamiento laboral no es preciso que previamente se motive adecuadamente el cambio de centro sin cambio de domicilio (si se respeta categoría y funciones) pues forma parte de las potestades empresariales organizativas. Responde al *ius variandi* empresarial; no siendo una movilidad sustancial del lugar de desempeño del trabajo. La resolución que no es muy clara en la aplicación de las reglas especiales al empleo público, sin embargo, sí recoge las diferencias entre el desplazamiento y el traslado, consideró que no reviste mayor onerosidad por el desplazamiento a otro centro existiendo servicios de transporte y red viaria de calidad. Ni se da respuesta ni estudia el posible abuso de poder guareciéndose la Administración en una facultad legal (la plaza adjudicada con carácter definitivo en un IES, que para el TS no es modificación sustancial, sí lo era, por el contrario, para el TSJ²⁴).

También se niega el abuso de poder de la Administración en un caso de traslado a un técnico superior de un centro militar de farmacia de la defensa, se justifica que no existió cambio de residencia aunque sí de localidad por lo cual no reconoce la indemnización en caso de que el trabajador opte por la rescisión del contrato de trabajo. El TS considera que no hay traslado, sino que ha de ser considerado un traslado accidental y no sustancial no admitiendo la resolución de la relación laboral con derecho a indemnización²⁵.

En conclusión, el abuso de autoridad existe en el desempeño de las facultades directivas y organizativas atinentes al empleo público, sin embargo, aún necesita de una fuerte tutela constitucional ante su exigua consideración por los tribunales ordinarios.

²³ STS de 9 de febrero de 2010 (rcud. 1605/2009).

²⁴ STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de julio de 2008 (rec. 1046/2007).

²⁵ STS de 12 de marzo de 2019 (rcud. 1160/2017).

Límites del poder de actuación empresarial en la ordenación de las guardias del personal de vuelo y sus efectos

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

Profesora Titular de la Universidad Pablo de Olavide

I. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico laboral perviven aún las categorías jurídicas tradicionales en lo que se refiere a la regulación del tiempo de trabajo, a pesar de las no pocas dificultades en relación con su delimitación, especialmente en aquellas situaciones intermedias en las que no concurren en puridad los elementos conceptuales de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”. Nos referimos a los denominados “tiempos de disponibilidad” que engloban diversas situaciones -previstas legal, convencional o contractualmente- en las que la persona trabajadora debe estar localizable (en el centro de trabajo o en otro lugar distinto) y expectante a los requerimientos empresariales para realizar la prestación laboral en un determinado plazo de tiempo.

Lo cierto es que la calificación de estos tiempos de “guardia laboral” reviste enorme complejidad, especialmente la no presencial, como se desprende del debate doctrinal suscitado a partir de las frecuentes interpelaciones de los Tribunales nacionales al Tribunal Superior de Justicia Europeo (TJUE), que ha respondido a la casuística planteada en los últimos años mediante la fijación de unos criterios generales intentando pulir el concepto de tiempo de trabajo. Pero más allá de la intensa discusión teórica, esta materia trasciende a la aplicación práctica del Derecho, con repercusión en distintas instituciones jurídicas laborales sobre la que los tribunales de justicia también deben pronunciarse, como en el supuesto planteado en la resolución judicial objeto de comentario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2025 (rec. 98/2023), que aborda la cuestión de los límites del poder empresarial de modificar el régimen jurídico

de las guardias localizadas del personal de vuelo pactado en convenio colectivo y sus consecuencias.

II. Supuesto de hecho

La compañía Vueling Airlines SA, cuyas relaciones laborales se rige por convenio propio¹, regula entre otros aspectos el régimen del tiempo de trabajo del Grupo Profesional de Tripulantes de Cabina de Pasajeros (en adelante TCPs). El art. 19.14 establece la regulación de las denominadas “imaginarias”, consistentes en el período definido de tiempo (máximo de 16 horas) durante el cual el tripulante debe estar a disposición del operador para que le asigne cualquier actividad propia de su categoría, sin que medie un período de descanso y con obligación de presentarse en un plazo de 60 minutos (75 minutos si es en Madrid o Barcelona). Si dicha guardia se lleva a cabo fuera del domicilio deberá disponerse de instalaciones adecuadas.

El día 15 de junio de 2022 la empresa remitió a la representación legal de trabajadores (RLT) una carta en la que se informa de la implantación de la figura de la “imaginaria de aeropuerto” (ASBY), a través de su regulación en el Manual de Operaciones interno, creada para una activación por alguna disrupción operativa con el objetivo de minimizar retrasos en algunas franjas del día.

El art. 8 del citado convenio establece que los TCPs “se comprometen al cumplimiento de las normas o disposiciones internas complementarias de las vigentes que resulten obligatorias, muy especialmente las contenidas en los Manuales de Operaciones...”. La ASBY se define en el citado manual como aquella que se realiza en una zona específica del aeropuerto designada por Vueling, incluyendo los medios de descanso descritos en el referido manual en alojamiento, con un límite de tiempo máximo de 6 horas, computadas desde su firma en el punto de presentación hasta el final del período notificado de imaginaria. En este caso deben personarse en un plazo de 10 minutos cuando se le asigne vuelo mediante notificación por SMS y aunque dependiendo de la localización de los hoteles (terminales de París y Barcelona) podría ser hasta 30 y 15 minutos.

El sindicato de tripulantes auxiliares de vuelos de líneas aéreas (STAVLA) manifiesta su desacuerdo a la aplicación de la figura ASBY al colectivo de TCPs por no estar regulada en el convenio, razón por la que interpuso demanda de conflicto colectivo contra la compañía ante la Sala de la Audiencia Nacional (AN), solicitando la nulidad y subsidiaria injustificación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y la indemnización por los perjuicios sufridos por las imaginarias realizadas, fijados en la cuantía resultante de restar al salario que debieran haber percibido, considerando que el período de imaginaria de aeropuerto realizado a partir del 1 de julio de 2022 es tiempo de trabajo efectivo. Contra la resolución dictada, que estima parcialmente la demanda interpuesta declarando nula la modificación del régimen de imaginarias, interponen recurso de casación la representación del sindicato y la empresa.

¹ Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA. (BOE de 4 de abril de 2017).

Las cuestiones de fondo que se plantean en la sentencia analizada se focalizan en dos puntos temáticos nucleares diferenciados: por un lado, si la modificación empresarial del régimen de guardias llevada a cabo a través del establecimiento de las denominadas “imaginarias de aeropuerto”, constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo que debe reputarse nula por no seguir el cauce legalmente previsto, y, por otro lado, si los TCPs tienen derecho a la indemnización de daños y perjuicios por la consideración de estas guardias como horas de trabajo efectivo.

III. Variación unilateral por la empresa del régimen de guardias acordado en convenio colectivo

La facultad empresarial de alterar las condiciones de trabajo constituye un mecanismo de flexibilidad interna que permite adaptar su organización a las circunstancias variables del sistema productivo y con ello, evitar la destrucción de puestos de trabajo. Con fundamento en el poder de dirección, no obstante, tal poder no es absoluto, sino que, a fin de proteger otros intereses y derechos jurídicamente protegidos, queda condicionado al cumplimiento de unos requisitos materiales y procedimentales, previstos básicamente en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que regula el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Como se deduce del tenor del precepto, la persona empleadora está facultada para modificar unilateralmente condiciones de carácter “sustancial”, presupuesto que debe ser contemplado desde una doble vertiente: atendiendo a la materia afectada, para lo que se acude a la lista enunciativa de las que se consideran relevantes, entre las que se incluye el horario y la distribución del tiempo de trabajo; y por la intensidad de la modificación, valorada en atención a su importancia cualitativa, el alcance temporal y las eventuales compensaciones². A tal efecto, jurisprudencia consolidada precisa que debe entenderse por modificación sustancial “aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otra distinta de un modo notorio”³. A su vez, el legislador exige que dicha modificación solo puede producirse por iniciativa unilateral de la empresa al amparo de determinadas causas justificadas (económicas, organizativas, técnicas, o productivas) y en caso de que sea de carácter colectivo, debe ir precedida de un período de consultas con la RLT (art. 41. 4 ET). Por tanto, si no concurre la condición de “sustancialidad”, decae la exigencia causal y de la procedimentalización para el ejercicio de la facultad empresarial (art. 20 ET).

Bajo esta premisa, conviene precisar la limitación más importante de dicho poder empresarial y que delimita el ámbito de afectación de las condiciones que pueden modificarse por la vía del art. 41 ET, atendiendo a la fuente que las regula: en concreto, solo las reconocidas a las personas trabajadoras en el contrato de trabajo, en acuerdos o

² STS de 17 de junio de 2021 (rec. 180/2019).

³ Entre otras, SSTs de 17 abril de 2012 (rec. 156/2011), de 25 noviembre de 2015 (rec. 229/2014), de 12 septiembre de 2016 (rec. 246/2015), y de 5 de diciembre de 2019 (rec. 135/2018).

pactos colectivos, o aquellas disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral de la persona empleadora de efectos colectivos (art. 41.2 ET).

Es por ello que fuera de este ámbito se limita extremadamente la facultad empresarial, como dispone el art. 41.6 ET: “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3”, que regula la inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo. De partida, el recurso a este cauce específico exige siempre un acuerdo con la RLT, o en su caso, laudo arbitral y queda restringido a determinadas materias tasadas por la norma, entre las que se incluye “la jornada”. Todo ello sin olvidar la complejidad del procedimiento a seguir y la limitación temporal a la que se somete la modificación.

En este contexto se plantea la primera de las cuestiones del caso -el ejercicio irregular del poder de dirección empresarial- que la sentencia recurrida resuelve declarando que la empresa no puede alterar unilateralmente el régimen de las imaginarias pactado en el convenio a través de su regulación en el Manual de Operaciones (MO), porque no puede dejarse en manos de la parte empresarial los efectos de lo pactado, sin que la remisión que hace el art. 8 del convenio a dicho manual habilite a la empresa a imponer un régimen de imaginarias distinto al previsto en el art. 19, eludiendo el cauce previsto para el descuelgue (art. 82.3 ET).

La postura de la empresa partía de que la interpretación de los arts. 8 y 19 del convenio debe realizarse conforme a la normativa europea, considerando que la aplicación de las “imaginarias de aeropuerto” no supone alteración que implique ni descuelgue irregular ni modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues estas ya estaban previstas en el MO y forman parte del convenio por la remisión que efectúa el art. 8.

La solución del Alto Tribunal, que confirma la sentencia de la AN, se apoya en las siguientes argumentaciones: En primer lugar, conforme a la normativa europea, los MO son un elemento esencial en el desarrollo de la operación aérea⁴, que contienen las disposiciones internas sobre la prestación del servicio y son de obligado cumplimiento para el personal de vuelo, como dispone el art. 8 del convenio. No obstante, este tipo de reglamentaciones -elaborado y revisado generalmente por la dirección de la empresa- no puede utilizarse como medio para alterar unilateralmente el régimen de las guardias acordado con la representación sindical mediante un convenio colectivo. La decisión empresarial no puede prevalecer sobre una norma jurídica, sino que “solo puede establecer regulaciones operativas dentro del marco negociado en el convenio sin alterar condiciones pactadas”.

⁴ Anexo VIII del Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes de la aviación civil. Establece que la prestación de servicio debe efectuarse cumpliendo la obligación de elaborar y mantener actualizados unos manuales de gestión y de funcionamiento para que el personal de operaciones pueda desempeñar sus funciones. El Reglamento (UE) 965/2012 de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 2012, contiene la regulación específica de los manuales de operaciones (Subparte MLR).

En segundo lugar, en relación con el cauce que debió seguirse para implementar las “imaginarias de aeropuerto”, la sentencia recuerda que las dos posibles vías para modificar las condiciones laborales: la del art. 41 ET, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo colectiva y la vía del descuelgue del art. 83.2 ET, concluyendo que la que procede es la segunda. Parte de la jurisprudencia de la Sala, que aclara las diferencias y las semejanzas entre ambos cauces y esgrime que “solo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. En cambio, todas las alteraciones de las condiciones previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue”.

Descendiendo en el análisis de los elementos que concurren en el caso concreto, considera que la imposición de la imaginaria de aeropuerto, con un régimen distinto de desempeño de las ordinarias “es una modificación que -en sí misma- implica una alteración del régimen jurídico del tiempo de trabajo pactado en el convenio colectivo, aunque sea de modo tangencial, proyectándose sobre todos los TCPs de la empresa”. Se considera que la distinta localización (hotel del aeropuerto) no altera lo dispuesto en el art. 19 del convenio, que deja abierta esta otra posibilidad, así como que su duración máxima sea menor (6 horas, frente a las 16 de las ordinarias), cambios ambos que podrían ser calificados como accidentales. No obstante, el plazo de personación en servicio es mucho más breve (10 minutos), un aspecto que se altera de manera relevante desbordando lo previsto en el convenio, que recoge un mayor margen de tiempo, con independencia de donde se esté llevando a cabo la imaginaria.

De conformidad con estos razonamientos, la Sala confirma la resolución de la AN que declara nula la modificación empresarial, por entender que el Manual de Operaciones no puede prevalecer sobre el convenio colectivo, ni ser utilizado por la empresa para alterar condiciones laborales en él pactadas, sino que debió seguir para tal fin el procedimiento legal previsto en el art. 82.3 ET.

IV. Categorización de las guardias de localización

No cabe duda de la dificultad de una materia como es la delimitación de los contornos de lo que debe considerarse tiempo de trabajo, que ha ido evolucionando para responder a las nuevas realidades que plantea la economía actual. Como es sabido, la rigidez de la normativa comunitaria, que parte del binomio “tiempo de trabajo/ tiempo de descanso”, ha llevado al TJUE a pronunciarse sobre situaciones intermedias que no encajan literalmente en ninguna de estas dos categorías. Entre las denominadas “zonas grises” cobra particular importancia el encuadramiento de los “tiempos de disponibilidad”, periodos de tiempo, de uso cada vez más frecuente en casi todos los sectores de actividad, en los que la persona trabajadora no está realizando sus funciones, pero tampoco está descansando, sino a la expectativa del requerimiento empresarial.

El marco normativo sobre el que se ha construido la doctrina sobre las guardias de disponibilidad es la Directiva 2003\88\CE, de 4 noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo, que establece las disposiciones mínimas sobre esta materia, siendo aplicable a todos los sectores, salvo excepciones. El art. 2 identifica el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición

del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”; y en contraposición a ello, el tiempo de descanso es todo el periodo que no es de trabajo.

El TJUE ha realizado un esfuerzo interpretativo en los últimos años para ampliar el concepto de tiempo de trabajo, revisando y actualizando su propia doctrina, sobre todo, en relación con las guardias no presenciales, las más controvertidas, cuyo origen cabe situarlo en la sentencia Matzak⁵. Esta declaró que el tiempo de guardia de una persona trabajadora debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, puesto que esta no contempla una categoría intermedia, y califica como tiempo de trabajo la guardia en el domicilio de la persona trabajadora, con obligación de respuesta en ocho minutos. Siguiendo una línea algo más depurada, en pronunciamientos más recientes, se establece un criterio de delimitación que -resumiendo- se centra en la valoración del grado de restricción de la autonomía la persona trabajadora para gestionar el período de tiempo fuera de su horario de trabajo, de modo que el concepto de “tiempo de trabajo” incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas a la persona trabajadora “son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, la delimitación del concepto de tiempo de trabajo no coincide con el de la Directiva (art. 34.5 ET), pero tampoco regula categorías jurídicas intermedias, lo que ha llevado a que sean los tribunales los que tengan que resolver las cuestiones prácticas que surgen en relación con las guardias. La jurisprudencia española acoge la línea interpretativa del TJUE, admitiendo excepcionalmente como tiempo de trabajo los períodos de guardia no presencial, a partir de la valoración de las limitaciones a la libertad de la persona trabajadora⁷, siendo determinante estar obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por la empresa y a permanecer a disposición de esta para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad⁸.

Estas consideraciones previas nos sitúan en el contexto en el que se interpone el recurso por parte del sindicato, que denuncia la interpretación errónea del art. 34.5 del ET y los arts. 8.3 y 14 del RD 1561/95 sobre jornadas especiales de trabajo. Defiende que la AN debió estimar su pretensión de declarar el derecho a indemnización por el perjuicio que han sufrido los TCPs afectados que realizaron las imaginarias declaradas nulas, considerando por ello que deben retribuirse como “tiempo efectivo de trabajo”.

⁵ STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C518/15, Matzak.

⁶ STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-580/19, RJ contra Stadt Offenbacham Main; y STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, DJ contra Radiotelevizija Slovenija.

⁷ STS de 18 junio de 2020 (rec. 242/2018).

⁸ STS de 2 de diciembre de 2020 (rec. 4471/2020).

El Tribunal, por su parte, rechaza dicho planteamiento de la conexión directa entre la ilegalidad de las “imaginarias en aeropuerto” y su calificación como tiempo de “trabajo efectivo”, por considerar que en el sector de transporte aéreo no se aplica rígidamente la dualidad entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, ya que, conforme a la normativa específica aplicable (RD 1561/95), se reconoce la categoría “tiempo de presencia”. Y atendiendo al examen concreto, la Sala declara que “estar de imaginaria no es estar en el avión desarrollando las tareas propias de la categoría del TCP durante el vuelo”, por lo que no puede calificarse como “trabajo efectivo”.

En sus razonamientos, tras repasar la doctrina reciente del TJUE y TS sobre las guardias en régimen de disponibilidad no presencial, se centra en analizar la normativa aplicable del personal de vuelo, que presenta singularidades en la ordenación del tiempo de trabajo, declarando que el marco comunitario sobre esta materia no es la Directiva 2003/88, sino por su especialidad, es la Directiva 2000/79/CE de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil; disposición que define “tiempo de trabajo” en términos similares a la Directiva citada, pero no regula el tiempo de descanso. Paralelamente, en el ámbito interno, le es de aplicación el RD 1561/95, sobre jornadas especiales de trabajo, que regula las singularidades en materia de jornada del personal de vuelo en el art. 14. El precepto, remisión hecha al art. 8, regula el “tiempo de presencia”, que define como “aquel en el que el trabajador está a disposición de la empresa, se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Esta categoría, se distingue del “tiempo de trabajo efectivo”, referido a “todo período durante el cual el personal de vuelo permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones”.

Pues bien, el Tribunal, fiel a la doctrina del TJUE, aunque reconoce que no es aplicable directamente la Directiva 2003/88/CE a los TCPs, determina que sí deben aplicarse sus conceptos a través de la Directiva 2000/79/CE⁹. A tal efecto declara que “hemos de movernos pues en una posición de equilibrio entre la especialidad de esta actividad y del trabajo del personal de vuelo y la innegable influencia de la Directiva 2003/88, teniendo muy presente que la jurisprudencia al respecto del TJUE [...] y la citada más arriba de esta propia sala del TS les sería extensible”. Así entiende que “un TCP cuyo régimen de guardias incumpla la definición comunitaria de descanso (por imponerle una disponibilidad demasiado gravosa) podría invocar la protección del Derecho de la UE para que se reconozca ese periodo como tiempo de trabajo”.

Así pues, en la línea de lo expuesto, aplicado al supuesto en debate, la Sala considera que de la declaración de nulidad de las horas de guardia en régimen irregular no se desprende necesariamente que haya que computarlas como “trabajo efectivo”, ni que haya un perjuicio automático para los TCPs. Razona que en este sector no juega el binomio que mantiene el TJUE, porque la normativa específica regula el tiempo de

⁹ Cláusula 8.1. “Las medidas en materia de ordenación del tiempo de trabajo se adoptarán sin perjuicio de cualquier legislación comunitaria que pudiese adoptarse en el futuro sobre limitación del tiempo de vuelo y de servicio y sobre requisitos en materia de descanso y deberán considerarse conjuntamente con la legislación nacional, que habrá de tenerse en cuenta para todas las cuestiones relacionadas”.

presencia con sus peculiaridades (arts. 8 y 14 RD 1561/95 y el convenio colectivo), retribuyéndose de manera distinta al “tiempo de trabajo”.

Las imaginarias del art. 19 del convenio encajan en el concepto de “tiempo de presencia”; por ello, las guardias impuestas por la empresa como “imaginarias de aeropuerto” se declararon nulas por ser contrarias a la norma, de modo que, como concluye el Tribunal, la condición de ilegales “no convierte el trabajo prestado durante ellas en trabajo efectivo [...], por lo que no hay derecho a la indemnización en los términos solicitados”.

Como se observa, cuesta desprenderse de la idea de que la disponibilidad de la persona trabajadora no puede equipararse con prestación efectiva de trabajo, salvo en casos muy excepcionales. Esta sentencia confirma la tendencia seguida hasta ahora en un escenario que, a diferencia de los más frecuentes, se caracteriza por la existencia de legislación que regula los tiempos de puesta a disposición. Con todo, cabría plantearse si desde otra perspectiva, la valoración de que la imaginaria debía realizarse en el espacio del aeropuerto y con un exiguo plazo de 10 minutos para personarse en el servicio, tendría otra lectura distinta, a la luz de la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea (CEDS). El TS ha seguido hasta hoy la doctrina del TJUE, sin contemplar la interpretación más garantista que ofrece¹⁰, aunque posiblemente esta doctrina deba ser revisada, en coherencia con el contexto de la protección multinivel¹¹. El CEDS concluye que “el hecho de equiparar a tiempo de descanso los periodos de guardia, durante los cuales no se ha realizado ningún trabajo efectivo, constituye una infracción del art. 2.1º de la Carta” porque “la ausencia de trabajo efectivo, observada con posterioridad para un período temporal del cual el asalariado no pudo disponer libremente *a priori*, no constituye un criterio suficiente de equiparación de este período a uno de descanso”¹².

Como reflexión última al hilo de este comentario, a nuestro juicio, resulta cada vez más evidente la necesidad de superar la dicotomía existente entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso y abordar con una visión general la delimitación de estos períodos de puesta a disposición, más allá de resolver caso por caso, a través del examen de los indicios que los encuadra en una u otra categoría. Con este paso se aportará seguridad jurídica a las empresas, a las personas trabajadoras y a los operadores jurídicos en una materia clave en las relaciones laborales, por su repercusión en los derechos de descanso de las personas trabajadoras, en sus expectativas de dedicación a actividades de la esfera personal y en sus derechos económicos.

¹⁰ Ratificada por España y en vigor desde julio de 2021. Vinculante según lo previsto en los arts. 10.2 y 96.1 de la CE, forma parte del ordenamiento jurídico español.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y MUROS POLO, A.: «De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea». *La Ley. Unión Europea*, 98/2021, Editorial Wolters Kluwer.

¹² Conclusiones XX-3 (2014) y XXI-3 (2018) para España.

Poder de dirección del empresario deportivo

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Abogado y Graduado Social. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia

I. Resolución comentada

STS de 28 de abril de 2010 (rcud 238/2008)

Sentencia sin votos Particulares.

II. Introducción

La relación laboral del deportista profesional se mueve en el marco del RD 1006/1985 que recoge en el segundo inciso de su art.1 el sometimiento dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva.

La sentencia objeto de comentario tiene su origen en la actuación empresarial de no tramitar la licencia federativa como deportista profesional del futbolista y la demanda presentada por el trabajador solicitando la resolución de su contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo al considerar que dicha actuación redundan en perjuicio de su formación profesional y menoscaba su dignidad por la falta de ocupación efectiva.

III. Comentario

1. Previo: La ocupación efectiva

La ocupación efectiva es el ofrecimiento del trabajador para la actividad, esto es, la mera actitud de disponibilidad para el trabajo, en palabras del profesor Montoya¹ el empresario, como acreedor del trabajo ejercita el derecho a que por el trabajador se preste el servicio en condiciones de diligencia, buena fe y obediencia; continúa el profesor Montoya en que el empresario no se libera de su débito pagando el salario convenido, sino cuidando que pueda prestarse de modo efectivo.

¹ MONTOKA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos.Madrid.2025 Página 688.

Ni por parte del Estatuto de los Trabajadores, ni por el RD 1006/1985, se establece ningún contenido sobre la efectividad de la ocupación efectiva, la norma estatutaria reconoce el derecho del trabajador de accionar cuando entienda que no se ha cumplido con el derecho contemplando los mecanismos para exigir la reparación con la invocación de las modificaciones sustanciales de condiciones del trabajo, con consecuencias incluso de la extinción del contrato de trabajo.

La cuestión principal es determinar si la no tramitación de la licencia del deportista supone por sí una falta de ocupación efectiva, pues es evidente que sin dicha licencia el jugador no podrá ser alineado, pero también lo es, que éste se mantiene bajo las órdenes y disciplina del club, bajo su poder de dirección y por tanto no queda relegado, entrenando al margen del equipo o marginado en las sesiones de preparación.

En un sentido estricto entenderemos como falta de ocupación efectiva la ausencia de cualquier orden, cometido o trabajo a realizar por el trabajador, la invisibilidad del mismo sin que parezca sea éste el caso, sin que por otra parte tampoco al jugador le asiste un derecho mínimo o preferente de ser alineado en cada evento deportivo; esto es así, pero también lo es que jamás podrá ser alineado pues sin licencia nunca podrá competir, y a partir de aquí es donde nace el derecho de accionar contra esa imposibilidad manifiesta.

2. La sentencia

2.1. El Juzgado de lo Social

La sentencia de instancia, inicial del procedimiento, se dictó por el Juzgado de lo Social 2 de la Coruña, y declaró como hechos probados la relación laboral del futbolista profesional con el Deportivo de la Coruña, con antigüedad de 04/07/2002 y con distintos conceptos retributivos por temporada, el contrato se firmó hasta 2007, con opción de prórroga de un año más; el contrato tenía un importe federativo y otro importe por concepto de imagen a satisfacer en una empresa holandesa a determinar por el jugador.

El jugador pactó también primas por partido, y spots publicitarios transfiriendo los derechos de imagen al club; el deportista fue cedido a dos clubes distintos, y en la temporada 2006-2007 no se tramitó su licencia federativa ante lo cual solicitó la resolución contractual siendo citado a conciliación, fecha en la que el club adeudaba las nóminas de los tres últimos meses. El día de la celebración de la conciliación la entidad deportiva extingue el contrato por causas objetivas.

El club pone a su disposición 20 días por año de servicio, excluido los períodos de cesión, y aduce que la ausencia de licencia se debe a la carencia de nivel técnico necesario para participar en competición oficial, habiendo sido imposible encontrar su reubicación en otro club ni como cedido; además el jugador no había sido alineado en las competiciones oficiales en las últimas tres temporadas, lo que manifiesta la ineptitud sobrevenida.

La sentencia del juzgado de lo social desestimó la resolución a instancias del jugador y declaró la improcedencia del despido condenando al club a la indemnización por 800.000 euros.

2.2. La sentencia del TSJ

La sentencia de suplicación hizo suyo los hechos probados de la sentencia de instancia, y revocó en parte el fallo de instancia, estimó en parte la resolución del contrato, y con desestimación de la demanda por despido, declaró la resolución del contrato con condena a indemnización de 845.853,65 euros así como a los salarios de tramitación hasta la fecha de la resolución judicial. Por Auto de Aclaración se acordó suprimir el inciso de abono de los salarios de tramitación. La sentencia fue recurrida en unificación de doctrina por el club.

2.3. El Tribunal Supremo

El recurso de casación se formalizó trayendo a contradicción sentencia de 30/10/1998 del TSJ de Andalucía² y la de 24/03/2005 del TSJ de Cataluña³. El recurso se sustancia con una doble motivación la resolución del contrato instada por el trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por la extinción acordada por el empresario con causa en la ineptitud sobrevenida del trabajador.

Para el primer motivo se utiliza la sentencia del TSJ de Andalucía apreciándose identidad al resolver la acción ejercitada por un jugador profesional de baloncesto a quien se le ha dado de baja en la licencia federativa sin que se considere que tal baja constituyera un incumplimiento grave empresarial, sin que por tanto quepa la extinción contractual a instancias del jugador; para la Sala no afecta al presupuesto de contradicción que el demandante sea un jugador de fútbol y la sentencia de contraste sea de un jugador de baloncesto pues ambos tienen la calificación de deportistas profesionales.

Sobre el primer motivo, para el Alto Tribunal la cuestión esencial es determinar si la negativa del club a tramitar la licencia federativa es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y una vulneración del derecho a la ocupación efectiva. Razona la Sala que la posibilidad de extinguir la relación laboral por el deportista profesional en esta singular relación laboral contiene una nota característica y diferente al de la relación laboral común, así el art.16 del RD 1006 establece expresamente que cuando la decisión extintiva del deportista profesional trae causa de un incumplimiento del club la compensación al trabajador será la de la indemnización del despido improcedente sin readmisión.

Se pregunta la Sala si la falta de tramitación de licencia federativa supone un incumplimiento de las obligaciones del club por modificación de las condiciones de trabajo y falta de ocupación efectiva, en este sentido el art.7 del referido 1006 establece el derecho del deportista a la ocupación efectiva, no pudiendo ser excluido de los

² TSJ Andalucía. Sevilla. Sala Social. Recurso 1612/1998.

³ TSJ Cataluña. Sala Social. Recurso 9467/2004.

entrenamientos salvo en caso de sanción o lesión, derecho a la ocupación efectiva además recogido en el Estatuto de los Trabajadores, *ex* art.4.2.a ET.

La sentencia de casación constata que el art.50 del ET no establece de forma literal que la falta de ocupación efectiva sea motivo justo para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, pues el apartado a) se refiere a modificaciones sustanciales que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad, sin embargo la Sala entiende que debe incluirse en este supuesto de modificación sustancial la ocupación efectiva, y razona que contar con la licencia y no ser alineado no vulnera el derecho a la ocupación efectiva, pero no contar con la licencia supone la imposibilidad de participar en competiciones oficiales, imposibilidad jurídica, que viene derivada de la omisión empresarial que priva al deportista de ejercer su profesión.

La exclusión de toda expectativa de ejercitar su actividad profesional conlleva, a juicio de la Sala, un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, por cuanto la ausencia de licencia federativa supone la violación del derecho a la ocupación efectiva.

El segundo motivo del recurso, la incapacidad sobrevenida del jugador, para el que se utiliza como sentencia de contraste la sentencia del TSJ de Cataluña, es rechazado al no encontrar la identidad entre las sentencias pues la resolución impugnada estimó la resolución del trabajador a instancia del trabajador, por falta de ocupación efectiva, indicando que siendo ésta la acción preferente quedaba inútil el análisis de la extinción por causas objetivas, al haber aparecido en la demandante una ineptitud sobrevenida para desarrollar su actividad futbolística en la élite, con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Se insiste por la Sala que además no concurre la contradicción por la diferencia en los hechos probados pues la sentencia de Cataluña resuelve la reclamación de un trabajador, con categoría de especialista, que fue objeto de despido objetivo a partir de la aplicación por la empresa de movilidad funcional al empezar el trabajador a realizar funciones distintas de las habituales.

3. El poder de dirección

Sobre el perjuicio de la dignidad del trabajador y la resolución del contrato por voluntad del trabajador con el juego de la modificación sustancial del contrato de trabajo y la extinción del art.50, y el requisito de perjuicio en la formación o dignidad del trabajador ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 08/02/1993⁴ exigiendo la concurrencia de la doble circunstancia modificación sustancial y perjuicio en la dignidad, para que entre en juego el art.50 estableciendo que de otra forma solo se aplicaría el art.41 del Estatuto de los Trabajadores.

Podemos cuestionar si la ausencia de licencia federativa supone un incumplimiento de la ocupación efectiva pues como vemos la norma específica, RD 1006, solo penaliza expresamente la exclusión a los entrenamientos, por cuanto si entrena y actúa con normalidad con el resto de compañeros pero no juega, se estaría vulnerando la ocupación efectiva o si dicha decisión formaría parte de la libre decisión

⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 772/1991.

y determinación dentro del poder de dirección y organización del empresario deportivo que decide activar o no la licencia federativa para la práctica del deporte. En este sentido es importante señalar que existen períodos, relativamente cortos, en los que se impide la activación de la licencia federativa contando con un mercado de invierno donde el jugador excluido puede ser recuperable y estando el jugador con contrato en vigor y preparado física, técnicamente, y en condiciones de competir podría formar parte de la plantilla con derecho a competir; es importante reseñar que en la competición oficial existe una limitación de jugadores a inscribir con licencia para poder participar en las competiciones oficiales, sin que ello impida a que los clubes puedan contar con un número superior de jugadores activos al de fichas o licencias tramitadas.

El Juzgado de lo Social de Valencia en sentencia de 29/02/2008⁵ desestimó a extinción del contrato *ex art. 50 ET* formulada por el futbolista, David Albelda, pese a la comunicación del entrenador Koeman, al futbolista diciéndole que no le iba a convocar más, incluso forzando al jugador a entrenar en solitario, y cesarlo como capitán, la resolución judicial consideró que dicha actuación formaba parte de una decisión técnica y que el hecho de ejercitar el derecho a entrenar cumplía con la obligación del club de dar ocupación efectiva, decisión del entrenador en el ejercicio de la potestad que tiene conferida; la sentencia, además, entiende que los cambios en las convocatorias o las decisiones del entrenador forman parte de las competencias que tiene atribuidas, como cesarlo como capitán, todo decisiones del entrenador dentro de sus competencias.

El asunto diferencial de la sentencia del Tribunal Supremo, objeto de nuestro comentario, con la del juzgado de Valencia es que en este último caso el jugador siempre contó con licencia federativa, de hecho, la propia resolución de instancia refiere expresamente que no queda probada la intención del club de dejar sin ficha al jugador, añadiendo además que compartía con el resto de compañeros vestuarios, que era sometido a los reconocimientos médicos- como el resto de futbolistas-, y solo la ausencia de licencia federativa daría lugar a una falta de ocupación efectiva, pues el hecho de que por el entrenador dijera no iba a jugar más mientras fuera entrenador no dejaba de ser una decisión temporal, pues el jugador no ostenta un derecho de ser convocado indefinidamente, aduciendo además que el hecho de que dicha afirmación proviniera del entrenador no se considera de suficiente relevancia, pues el entrenador también tiene una duración temporal, como deportista profesional y con un mandato acotado, siendo el Consejo del club el que tiene la potestad para extinguir la relación laboral del deportista.

4. Conclusión

La sentencia objeto de análisis entiende que aun no contemplando el art.50 del ET que la falta de ocupación efectiva sea motivo justo para que el trabajador pueda extinguir el contrato, la ausencia de licencia federativa del deportista profesional supone un incumplimiento de las obligaciones del club por falta de ocupación efectiva produciéndose un perjuicio de su formación profesional con menoscabo de la dignidad del trabajador y por tanto la exclusión de la que fue objeto al no tramitarse su licencia fue determinante para estimar la resolución contractual *ex art.50 ET*.

⁵ Juzgado de lo Social 13. Valencia. Sentencia 79. Proceso 10/2008.

Es importante reseñar que el poder de dirección o decisión en un club deportivo no es tanto del entrenador en su caso, quien tiene facultades delegadas, sino de la presidencia del mismo, y que si bien tiene conferidas determinadas decisiones dentro de su poder de dirección, este poder se encuentra limitado por el derecho del deportista a que se tramite su licencia federativa siendo esta imprescindible

IV. Apunte final

La opción del empresario finalmente de extinguir el contrato por causas objetivas, y con invocación de ineptitud no surtió efecto, de hecho no mereció ni el análisis del Tribunal Supremo; hemos de entender que el despido se hizo extemporáneamente teniendo que haberse anticipado el club a la acción de resolución instada por el jugador, pero además quizás se pudo aducir por el club como causa objetiva el excedente de jugadores y la necesidad de tramitar otras licencias debiendo amortizar la del puesto que ocupaba el deportista por estar suficientemente cubierta, asunto espinoso al tener que entrar en una extinción de esta naturaleza al informe técnico de posiciones de jugadores y elementos de la plantilla para cubrir los puestos de las distintas demarcaciones, tarea que habría que llevar al acto de juicio con una prueba dificultosa.



Los riesgos medioambientales como límite al poder de dirección de la empresa¹

MARGARITA MIÑARRO YANINI

*Profesora Titular acreditada como Catedrática
Área Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I*

I. Nuevos escenarios medioambientales y nuevos retos para el derecho del trabajo

El cambio climático es una realidad a la que se enfrenta el planeta, que afecta a los seres que lo habitan en todas sus dimensiones. En este sentido, constituye un fenómeno transversal, que se proyecta en todas las facetas de la vida y también, por ello, en el trabajo. Se trata de un fenómeno advertido desde hace muchos años² pero que, justamente como pronosticaba la ciencia, se ha acelerado de forma exponencial en el último período, siguiendo una escalada que seguirá aumentando y acelerándose.

Siendo un proceso en cuya base se encuentra la acción humana -de hecho, se le denomina Antropoceno-, es evidente que también corresponde al hombre frenarlo o, al menos, reducirlo. Sin embargo, incomprensiblemente desde el prisma de la razón, en el momento en que se escriben estas líneas, en la Unión Europea y los países de nuestro entorno, parecen estar experimentando un freno los objetivos y políticas medioambientales, cuando no un retroceso. Desgraciadamente, pese a su carácter vital que, por tanto, no debiera admitir veleidades, parece que ha sido tomado por algunos como mero instrumento político vinculado a una determinada ideología. Desconocen

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto de la Agencia Española de Investigación “Hacia un nuevo ecosistema jurídico para una transición verde socioeconómicamente justa: análisis y propuestas de mejora”, PID2022-1426200B-100 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por “FEDER Una manera de hacer Europa”

² De hecho, ya se identificó -por una mujer, Eunice Newton Foote-, en el siglo XIX, https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/eunice-foote-primera-cientifica-y-sufragista-que-teorizo-sobre-cambio-climatico_14883.

que el cambio climático es una realidad palpable que, con independencia de que se crea o no en él, se está desarrollando y agudizando con toda la fuerza de las incontestables evidencias. Así, es la causa de las ya frecuentes DANAS o temperaturas extremas, y agrava fenómenos como los incendios forestales, que a su vez retroalimentan y aceleran el cambio climático. Éstos se han convertido en fenómenos habituales en todo el mundo, pero en especial en nuestro país, en el que la incidencia del cambio climático es especialmente notable³.

Dado el carácter transversal del cambio climático, es necesario desarrollar acciones en todos los órdenes de la vida. Por lo que respecta al ámbito del trabajo, la necesaria y adecuada atención al cambio climático supone la aplicación de dos tipos de medidas: medidas de adaptación, dirigidas a adaptarse a los efectos del cambio climático, y medidas de mitigación, dirigidas a reducir las emisiones a fin de no incrementar el problema. Desde el ámbito del Derecho del Trabajo, en sentido amplio, se han adoptado algunas medidas a tal efecto. Destacan, entre ellas, las medidas de adaptación frente a los riesgos medioambientales, que constituyen un límite al poder de dirección de la empresa, y son todo un reto para la prevención de riesgos medioambientales.

II. Medidas frente a los riesgos medioambientales

1. La noción de riesgo laboral medioambiental

Punto de partida necesario de este breve estudio debe ser definir qué es un riesgo laboral medioambiental. Para ello ha de atenderse a que todo agente que afecte al medioambiente va a proyectarse e incidir en el medioambiente laboral, debido a la correlación que existe entre el ambiente interno y externo de trabajo⁴. Es por ello que cualquier riesgo medioambiental⁵, al penetrar en el ámbito del trabajo, se convierte en un riesgo laboral.

Aunque estos riesgos laborales comparten algunas características con los restantes, también presentan algunas peculiaridades que es preciso atender. La más evidente es que se generan fuera de la empresa, aunque afectan internamente, razón por la que su prevención plantea especiales dificultades, dada la falta de conocimiento sobre los mismos⁶. Asimismo, tales dificultades determinan que se prime la evitación

³ Así, WWF, *Informe sobre los efectos del cambio climático en España*, <https://www.wwf.es/?57520/Informe-sobre-los-efectos-del-cambio-climatico-en-la-Peninsula-Iberica>.

⁴ Pues las fronteras entre lo interno y externo son muchas veces muy difusas, pues un riesgo interno de la empresa trasciende al exterior, y un riesgo externo -como los medioambientales- penetra en la actividad de la empresa, MONEREO PÉREZ, J.L. "Integración de la gestión de la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medioambiente", en AAVV *La prevención de riesgos laborales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Comares, 2011, p.328.

⁵ Como lluvia, temperatura, humedad, luz, radiaciones, viento, niebla y cualquier otro factor de este tipo, GONZÁLEZ COBALEDA, E. "La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático: una relación compleja obligada a entenderse en el ámbito de la empresa", en AAVV *Cambio climático y derecho social*, IVRA, Universidad de Jaén, Jaén, 2021, p.127.

⁶ GONZÁLEZ COBALEDA, E. "La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático: una relación compleja obligada a entenderse en el ámbito de la empresa", *op. cit.*, p.130.

del riesgo como vía de protección frente a ellos⁷, debido a lo compleja que resulta su prevención.

Con todo, al igual que los restantes riesgos laborales, es obligatorio que empresa proteja frente a ellos a las personas trabajadoras⁸. No obstante, los medioambientales son riesgos laborales especialmente complejos a efectos preventivos, dada su multiplicidad y diversidad, la imposibilidad de controlar su causa, así como su creciente intensidad y frecuencia, por lo que tal protección se presenta especialmente complicada.

También ha de tenerse en cuenta que los riesgos laborales medioambientales no afectan homogéneamente a todas las personas trabajadoras, puesto que varía en función de las condiciones de desarrollo del trabajo, siendo, por ello, claves el sector y la actividad desarrollada. Por consiguiente, su repercusión es baja -generalmente, nunca nula, pues siempre habrá situaciones que exijan cierta exposición- en las actividades que se realizan en locales cerrados, pero muy elevada en trabajos realizados al aire libre. Por el contrario, las actividades que se desarrollan en locales cerrados quedan protegidas frente a inclemencias externas.

2. Las medidas normativas de adaptación frente a los riesgos medioambientales como límites del poder de dirección de la empresa

En palabras del admirado profesor Montoya, el poder de dirección se define como *el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa*⁹. Como es sabido, si bien este poder es imprescindible para que la empresa funcione¹⁰, encuentra en los derechos de las personas trabajadoras su más importante fuente de limitaciones¹¹. Ello implica que cuanto más objetivizado esté el derecho “limitante”, más reconocible es el ámbito y los límites -delimitación positiva y negativa- del poder de dirección de la empresa. Con todo, si bien las exigencias mínimas de seguridad jurídica determinan que los derechos y deberes laborales, como toda previsión jurídica, deben estar claramente delimitados, en ocasiones no sucede así.

⁷ Lo que implica, por lo que respecta a temperaturas extremas (uno de los riesgos de este tipo más frecuentes) no solo adaptación horaria y reducción de tiempo de exposición, sino también otras medidas como aplicar pausas de recuperación, reparto de tareas, rotación, zonas de sombra, protección solar, ropa aislante, *vid.* GONZÁLEZ COBALEDA, E. “La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático: una relación compleja obligada a entenderse en el ámbito de la empresa”, *op. cit.*, p.135.

⁸ Así, se ha señalado que la prevención medioambiental constituye un eslabón más de la gestión de la prevención, RIVAS VALLEJO, P. “El objetivo: integrar la tutela al medioambiente en el marco de las relaciones laborales”, en AAVV *La prevención de riesgos laborales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Comares, 2011, p.67.

⁹ *Vid.* MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p.44.

¹⁰ Así, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.T. “El nuevo poder de dirección del empresario”, en AAVV *Poder de dirección del empresario*, Madrid, *Ibidem*, 1995, p.9.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p.234.

Ejemplo de ellos son los conceptos jurídicos indeterminados, de los que están plagados las normas laborales y que añaden incertidumbre acerca de su preciso sentido. En otros casos, la apertura de las normas es debida a la dificultad de delimitar de manera taxativa las situaciones protegidas. Es el caso de la previsión preventiva prevista en el art.21 LPRL para las situaciones de riesgo grave e inminente, que inspiró el permiso postDANA que previera el RDL 7/2024, de 11 de noviembre, así como el permiso por riesgo catastrófico o fenómeno meteorológico adverso introducido en el art.37.3,g) ET por el RDL 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se regulan medidas urgentes complementarias en el Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causado por la DANA.

3. El reto de la prevención de los riesgos laborales medioambiental

Existe unanimidad acerca del desfase que actualmente acusa la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, siendo una de sus principales causas la completa omisión de toda referencia a los riesgos laborales medioambientales¹², e incluso, de la relación existente entre ambiente interno y externo. Ello provoca una “lógica disgregadora de los factores de riesgo”¹³ que complica su tutela, que no parece que vaya a solventar de manera completa y adecuada la esperada reforma de la LPRL.

Con todo, que no se incluya referencia expresa no significa que tales riesgos queden desamparados, puesto que están incluidos en el omnicompreensivo deber de protección de la empresa (art.14.2 LPRL). En consecuencia, en su aplicación, les son aplicables todas las obligaciones preventivas establecidas en la Ley. Con todo, ello en absoluto resuelve la enorme complejidad que plantea su gestión.

Queda claro, en cualquier caso, que los riesgos laborales medioambientales son reconducibles al “riesgo grave e inminente” que habilita *ex art.21 LPRL* la interrupción del trabajo¹⁴. Así lo corroboró el RDL 7/2024, de 11 de noviembre respecto de la DANA que asoló parte de la provincia de Albacete y, sobre todo, la de Valencia, el 29 de octubre de 2024, como seguidamente se verá.

Otras normas de seguridad y salud en el trabajo sí han incluido referencias a los riesgos medioambientales. Es el caso del RDL 4/2023, de 11 de mayo por el que se adoptan medidas urgentes (...) de prevención de riesgos laborales en episodios de altas temperaturas, que modifica la DA única del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. La norma de 2023 deroga la laxa regulación previa sobre protección frente a las inclemencias medioambientales en el trabajo al aire libre, que situaba, muy impropiamente, el nivel jurídico de protección exigible a la empresa “en la medida de lo posible”. La nueva regulación, establece la obligación de adoptar medidas adecuadas para proteger a las personas trabajadoras que realicen trabajos al aire libre frente a cualquier riesgo

¹² Así, MIÑARRO YANINI, M. “Nuevas dimensiones jurídicas vinculadas a la transición ecológica justa: el derecho medioambiental del trabajo”, *Lex Social*, vol.14, n° 2, 2024 (formato electrónico).

¹³ En expresión de MONEREO PÉREZ, J.L. “Integración de la gestión de la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medioambiente”, *op. cit.*, p.334.

¹⁴ Afirmando la aplicación del art.21 LPRL a los supuestos de condiciones climáticas adversas, IGARTUA MIRÓ, M.T. “Prevención de riesgos laborales y cambio climático”, *op. cit.*, p. 59.

generado por fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo temperaturas muy altas (apdo.1). Indica, asimismo, que, como es lógico¹⁵, estas medidas deben derivar de la evaluación de riesgos, que habrá de tomar en consideración el fenómeno de que se trate, así como las características de las tareas a desarrollar y de la persona. En caso de que tales medidas resultaran insuficientes para dispensar una protección eficaz a las personas trabajadoras, con referencia al art.23 RD 1561/1995, se recuerda la posibilidad de “prohibir” -realmente, la utilización de este término es impropia al ser solo intensificadora- la realización de determinadas tareas durante las horas del día en la que se den estos fenómenos (apdo.2), de lo que se deduce que esta medida está pensada para episodios de calor extremo. En caso de que exista aviso de nivel naranja o rojo de la Agencia Estatal de Meteorología u órgano homólogo autonómico por fenómenos meteorológicos adversos que determinen la insuficiencia protectora de las anteriores medidas será obligatorio adaptar las condiciones de trabajo, indicando de manera directa que ello puede suponer la reducción o modificación de la jornada (apdo.3). Como puede observarse, la existencia de una situación objetivada facilita, sin duda, la aplicación de las medidas de adaptación.

Asimismo, el RDL 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se regulan medidas urgentes complementarias en el Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causado por la DANA, introdujo en el art.37.3.g) ET el llamado permiso por riesgo catastrófico o fenómeno meteorológico adverso. Este permiso encuentra su raíz o inspiración en algunas previsiones coyunturales previstas en el RDL 7/2024. En este sentido, entre otras cosas, esta disposición declaraba -pues esta posibilidad era preexistente- que la situación provocada por la DANA se consideraba riesgo grave e inminente, por lo que, consecuentemente, daba derecho a la persona trabajadora afectada a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo *ex art.21 LPRL (art.41)*. Asimismo, establecía un catálogo de situaciones relacionadas con la DANA, algunas de carácter eminentemente preventivo, como *la imposibilidad de acceder al centro de trabajo o realizar la prestación por el estado de las vías o del transporte público o del centro, o por instrucciones de las autoridades, salvo que proceda en trabajo a distancia*, en las que reconocía a la persona trabajadora el derecho a permiso retribuido no recuperable (art.42).

En este sentido, con clarísima inspiración en algunas de las medidas que recogiera el RDL 7/2024, el RDL 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se regulan medidas urgentes complementarias en el Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causado por la DANA introdujo en el art.37.3.g) ET el llamado permiso por riesgo catastrófico o fenómeno meteorológico adverso. La novedad e importancia de la previsión en el tema examinado merece que se recuerde su tenor literal. Así, el precepto estatutario incorpora el permiso de *hasta cuatro días por imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento*

¹⁵ Pues la evaluación es el instrumento esencial para la protección frente a estos riesgos, *vid.* RIVAS VALLEJO, P. “El cambio climático como factor modificador de la exposición de los riesgos del trabajo”, en AAVV *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, T.II, Laborum, 2020, p.255.

establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso. Transcurridos los cuatro días, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron, sin perjuicio de la posibilidad de la empresa de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6.

Cuando la naturaleza de la prestación laboral sea compatible con el trabajo a distancia y el estado de las redes de comunicación permita su desarrollo, la empresa podrá establecerlo, observando el resto de las obligaciones formales y materiales recogidas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y en particular, el suministro de medios, equipos y herramientas adecuados.

Ha de destacarse que, aunque se incluye en una norma laboral, el objetivo de este permiso se incardina en la dimensión de prevención de riesgos laborales, puesto que su finalidad última es preservar la seguridad y salud en el trabajo de las personas trabajadoras ante riesgos en cuya base existe un factor meteorológico. La causa del permiso es la imposibilidad de entrar o de llegar hasta el centro de trabajo a consecuencia de dos tipos de circunstancias que implican un muy dispar nivel de objetivación. La primera, altamente objetivable, se produce cuando existan *recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes*. La segunda, más incierta, cuando concurra una situación de *riesgo grave e inminente*. Esta delimitación genérica plantea los ya conocidos problemas de la determinación -subjetiva- de la concurrencia de estas circunstancias, si bien se acota parcialmente con la referencia directa a “catástrofe o fenómenos meteorológico adverso”, que son situaciones de base del permiso que se intuyen sin necesidad de hacer grandes ejercicios interpretativos.

III. Conclusiones

Los riesgos laborales medioambientales constituyen todo un reto para el derecho del trabajo, en general, y para la prevención de riesgos laborales, en particular. Ante la enorme dificultad -más bien imposibilidad- de controlarlos en su origen, las medias normativas establecidas frente a ellos tratan de evitar la exposición mediante modulaciones del tiempo de trabajo.

En este sentido, el art. 37.3,g) ET, introducido por el RDL 8/2024, de 28 de noviembre, establece el llamado permiso por riesgo catastrófico o fenómeno meteorológico adverso, que consiste en un permiso de hasta 4 días cuando resulte imposible el acceso al centro de trabajo o el tránsito viario debido a *las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes* y también, *cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso*. De este modo, la ya conocida -y problemática- noción de “riesgo grave e inminente” se inserta en este caso en una norma -laboral pero con esencia preventiva- de adaptación frente a riesgos laborales medioambientales, marcando nuevos límites al poder de dirección de la empresa.

Libertad de empresa y poder de dirección: potestad, vicisitudes y límites

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS

*Profesor de la Universidad de Murcia
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

I. Apunte introductorio: aproximación a la libertad de empresa

El art. 38 de la vigente Carta Magna reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y mandata a los poderes públicos que garanticen (y protejan) su ejercicio conforme a las exigencias de la economía general¹. Mas, dicha libertad exige al legislador que la regule o la desarrolle respetando su “contenido esencial”, bajo la tutela jurisdiccional del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (arts. 53.1 y 161.1.a CE).

Sin embargo, el texto constitucional no especifica lo que haya de entenderse por contenido esencial de esa libertad -como tampoco de algún otro derecho-, de manera que tal carencia obliga a indagar acerca de su extensión y límites, particularmente cuando pugna o colisiona con otros derechos constitucionales -algunos de ellos ubicados en la órbita estricta de los derechos fundamentales (arts. 14 al 29 y 30.2 CE)-, y desde luego cuando se analizan las relaciones productivas en el ámbito laboral, que es donde opera muy frecuentemente la actividad empresarial.

Planteada la idea desde el lado de los destinatarios de la norma, concluiremos en que la libertad de empresa no sólo conoce límites en favor del respeto a los derechos laborales, sino que se constituye en garantía de que las relaciones entre las partes del contrato de trabajo se desarrollen sin merma alguna de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras², en tanto que el “contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le

¹ “Y, en su caso, de la planificación”, materia que aquí no es objeto de nuestro interés.

² STC 98/2000, FJ 7, párrafo primero.

reconoce como ciudadano, así como la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”, pues las facultades organizativas del empleador no han de producir lesiones ni sancionar el ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquéllos³.

Y, pese a que el Estado se reserva en exclusiva las competencias sobre legislación laboral -sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA-, así como la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, tampoco es posible intuir con un mínimo de certeza -por su excesiva dimensión-, lo que signifiquen las “exigencias de la economía general”, habida cuenta que en esta materia la reserva estatal se contrae no a toda la “planificación general de la actividad económica”, sino tan solo a sus “bases” planificadoras y a la “coordinación” de dicha actividad (art. 149.1, 1ª, 7ª y 13ª CE).

Desde posiciones *iuslaboralistas*, muchos de los litigios que inundan y se dirimen en los tribunales del orden social son de sobra conocidos -aunque su resolución no pueda adivinarse de antemano, por la notable complejidad de sus planteamientos-, toda vez que se refieren a materias (individuales o colectivas) que se inscriben en la relación de trabajo, tales como los límites al poder de dirección empresarial, la movilidad funcional (*ius variandi*), la modificación sustancial de condiciones de trabajo, o en general, el respeto a los derechos fundamentales (no discriminación e igualdad de trato, dignidad, intimidad, huelga, libertad sindical...) -infranqueables- que en el desarrollo de la actividad laboral asisten a los trabajadores.

Empero, desde la vertiente mercantil de la jurisdicción, acaso las implicaciones que afectan al derecho de libertad de empresa hayan sido vistas por la doctrina con otras claves y perspectivas menos conocidas en el orden social. Es por ello que, aun de manera muy escueta, pretendo contribuir desde esa dimensión mercantilista con estas cuatro líneas al merecido homenaje póstumo que hoy rendimos al profesor Montoya, introduciendo alguna aportación de pueda resultar de interés.

II. Libertad de empresa y poder de dirección⁴: una breve pincelada acerca de los límites que operan en la relación laboral

El derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, se concreta en el ámbito de las relaciones laborales en el poder de dirección del empresario⁵, que se ha calificado como “...imprescindible para la buena marcha de la organización productiva”⁶. Y, “por más que la formulación de la dependencia se haya ido flexibilizando

³ Por todas, STC 75/2010, FJ 7, párrafo 1.

⁴ Un análisis pormenorizado en MONTAYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, número 4, Dedicado a: 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España, año 2004, págs. 109-157.

⁵ STS de 26/12/1995 (recurso 1140/1995), FD Tercero, párrafo 3.

⁶ STC 186/2000, FJ 5, párrafo 5º.

progresivamente, la sustancia del concepto permanece invariable desde los primeros esbozos modernos del contrato de trabajo”⁷.

Como afirma el TS, conviene no confundir el poder de dirección -en cuanto facultad de organizar y dirigir el trabajo- con el *ius variandi*, que es el poder empresarial para modificar el contenido pactado de la prestación (de servicios)⁸.

La vigente ley sustantiva laboral, el Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/2015), contempla en su art. 1.1. que dicha norma se aplica a las personas trabajadoras, las que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena, y desde luego “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”; viniendo el trabajador obligado en esa relación a cumplir con las “órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”, en tanto que este es un deber laboral básico que en esa condición han de asumir las personas asalariadas (ET, art. 5.c).

No ofrece dudas que el trabajador viene obligado a realizar “el trabajo convenido” sujeto a la dirección del empresario o persona delegada suya⁹, y que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida por el trabajador al suscribir el contrato laboral, este contrae con el empresario una deuda de diligencia y colaboración en el trabajo, que viene determinada -siguiendo esta jerarquía- por las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes e instrucciones de la dirección empresarial impartidas con regularidad, y en defecto de todo ello, por los usos y costumbres (art. 20, apartados 1 y 2 ET)¹⁰, locales y profesionales, con arreglo a las fuentes de la relación laboral (art. 3.1.d ET). Tales obligaciones laborales pueden ser fiscalizadas por la dirección de la empresa mediante la oportuna vigilancia y control -si bien observando la consideración debida a la dignidad¹¹ de la persona trabajadora y, si fuera el caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad-, así como verificar su estado de salud constatando los motivos justificativos de la inasistencia al trabajo, con el fin de controlar el absentismo laboral (ET, art. 20, apartados 3 y 4).

No es novedosa esta facultad empresarial, sino que, desde hace ya mucho tiempo, la doctrina científica ha venido sosteniendo -de acuerdo con la ley del momento- que es deber del trabajador cumplir con las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa,

⁷ MONTÓYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, cit., pág. 119.

⁸ STS de 07/03/2007 (recurso 132/2005), FD Quinto.

⁹ En ese sentido “los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él “en conexión directa con la relación laboral” (STC 250/2007, FJ 5; STC 33/2011, FJ 6, párrafos 4º y 5º).

¹⁰ STS de 07/03/2007 (recurso 132/2005), FD Quinto, apartado 2 “...la facultad empresarial de que tratamos [el poder de dirección] se encuentra limitada por los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución, la ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo, de forma que sólo puede calificarse de «ejercicio regular» de las facultades de dirección (art. 20.2 ET), aquel que respete todos los derechos expresamente reconocidos al trabajador en los referidos cuatro planos”.

En cualquier caso, el trabajador y el empresario se han de someter en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 *in fine* ET).

¹¹ Art. 10.1 CE y 4.2.e) ET; STC 186/2000, FJ 5, párrafo 5º; STS de 07/03/2007 (recurso 132/2005), FD Quinto, apartado 3, entre muchas otras.

sus encargados y representantes, así como los elementos de personal de dicha empresa que le asistan¹². El empresario, que es un “director de trabajo” facultado para organizar la empresa, está investido normativamente de suficiente “poder” para mandar a sus trabajadores, si bien, aunque lo pueda desarrollar con gran amplitud, no puede ejercitarlo de manera ilimitada o absoluta, “sino que despliega una potestad funcional”. El *ius variandi*, que de ordinario acompaña a esa potestad empresarial para alterar los límites de la prestación de trabajo, encuentra su correlativa correspondencia en el deber de obediencia del trabajador, que incluso por necesidad urgente para prevenir o reparar siniestros, ha de prestar un trabajo, aun recompensado, pero distinto o mayor del acordado (*ius variandi* extraordinario)¹³.

Conceptuado pues el poder de dirección como “facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo”, para “dar órdenes, sobre el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo; (...) es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (Montoya)”, que se pone de manifiesto a través de diversas facultades, como la de dictar órdenes generales en el ámbito del taller o la fábrica; dar órdenes particulares concretas respecto de cada persona trabajadora o grupo; adaptar la ejecución del contrato a los cambios estructurales, organizativos o tecnológicos en la empresa; y hasta en ocasiones -que son ciertamente excepcionales- exigir conductas privadas al trabajador si su comportamiento opera en desprestigio o perjuicio de la buena imagen de la empresa. Puede ordenar también registros en su taquilla y efectos particulares (en el centro y en horario de trabajo), si ello es necesario para proteger el patrimonio -de la empresa o de los compañeros-, si bien guardando siempre el máximo respeto a la “dignidad e intimidad del trabajador” (art. 18 ET).

En cuanto a los límites que impone la relación laboral al poder de dirección, cabe citar en apretada síntesis, 1) el respeto al principio de igualdad de trato en su doble vertiente de no discriminación (por motivos -de raza, sexo, religión...- especialmente odiosos, en palabras del TC) y de prohibición de la desigualdad carente de justificación objetiva, razonable y proporcional (arts. 14 CE y 4.2.c y 17.1 ET); 2) la ineficacia de órdenes empresariales lesivas de los derechos del trabajador, o técnicamente inviables, manifiestamente ilegales o contrarias al ordenamiento jurídico o que violen la seguridad e higiene laboral o similares, teniendo en cuenta que la presunción general *iuris tantum* que opera en el trabajo determina que las órdenes empresariales son lícitas, y deben ser obedecidas sin perjuicio de que el trabajador disconforme pueda reclamar contra ellas -después de obedecer- (*solve et repete*), pues lo contrario -salvo las citadas excepciones- convertiría al trabajador en definidor de su propio derecho¹⁴; 3) la proscripción de mantener al trabajador desocupado sin motivo y con intención degradante o vejatoria (art. 4.2.a ET, derecho a la ocupación efectiva); 4) y, en fin, la

¹² HERNÁINZ MÁRQUEZ, M.: *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo 3ª edición corregida y aumentada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pág. 202. Al respecto, Libro I del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944.

¹³ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo, volumen I, tercera edición*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1962, págs. 368-370; PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos S.A., Madrid, 1948, pág. 164.

¹⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo, décima edición revisada*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1987, págs. 316-321.

no violación del derecho de intimidad¹⁵, incluido -acerca del entorno digital- el uso de los dispositivos (digitales) puestos a su disposición por el empleador y frente a los de videovigilancia y geolocalización, así como el derecho a la desconexión digital (art. 20 bis ET)¹⁶.

Siguiendo con esos límites al poder de dirección empresarial, en la relación conflictiva que surge entre esquirolaje interno (la sustitución interna de los huelguistas), el *ius variandi* y derecho de huelga de los trabajadores, los tribunales Constitucional y Supremo¹⁷ han afirmado que “en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (...), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa¹⁸ (...)”.

Pero, dejando aquí de lado -por razones obvias de espacio- la movilidad geográfica (art. 40 ET), quizá merezca una especial referencia el recurso a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT, art. 41 ET), cuyo carácter esencial lo determina el hecho de que el cambio de tales condiciones sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando aquellas condiciones de trabajo a ser otras notoriamente distintas; no así las modificaciones meramente accidentales, en tanto manifestaciones propias del *ius variandi* alojado en el poder de dirección empresarial tantas veces mencionado. De manera que “para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones” anudadas a la modificación¹⁹.

De momento la ley (art. 41.1 ET) anticipa a título ejemplificativo algunas de ellas (*numerus apertus*), a saber, las que afecten a jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; o funciones, si exceden de los límites de la movilidad funcional (yendo más allá del art. 39 ET).

¹⁵ Para el TC (sentencia 98/2000, FJ 9, párrafo último), el art. 18.1 CE no autoriza “a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”.

¹⁶ Añadido al ET por la disposición final 13 de la LO 3/2018.

¹⁷ STC 33/2011, FJ 4, párrafos 4 a 6; y, por todas, STS de 08/11/2023 (recurso 204/2021), FD Tercero, 3.

¹⁸ Respectivamente, arts. 10 y 6.7 del RD-Ley 17/1977; STC 17/2017, FJ 5, párrafo 5.

¹⁹ STS de 29/03/2022 (recurso 120/2019), FD Tercero, apartados 4.

Pero repárese antes de nada, en que si las MSCT que se pretenden introducir están reconocidas en CCOL estatutario (o sea, son de origen normativo), su modificación ha de seguir los trámites previstos en el art. 82.3 ET (al que remite el art. 41.6 ET), es decir, hay que acudir a la vía de la negociación colectiva (a través de acuerdo de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en un CCOL aplicable, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -ETOP- de la empresa, entre esta y la representación de los trabajadores legitimada para convenir)²⁰.

De manera que la dirección de la empresa puede acordar MSCT cuando existan probadas razones ETOP -y se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa- (art. 41.1 ET). Pero este mecanismo legal únicamente permite modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores, bien en el contrato de trabajo, bien en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos “en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos” (es decir, condiciones de origen contractual, pero nunca de origen normativo; art. 41.2 ET).

III. Apunte final: límites que se imponen al legislador en la regulación del derecho a la libertad de empresa

Considerando que todos los españoles tienen los “mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”, y que en todo ese territorio ninguna autoridad puede adoptar medidas obstaculizadoras de la “libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes” (art. 139, apartados 1 y 2 CE), el “derecho a la libertad de empresa” se ha concebido como uno de los componentes de una “constitución económica”²¹, intencionadamente abierta, flexible, indeterminada y dual (respecto de las CCAA), en la que abundan preceptos de esa naturaleza (económica; paradigmáticamente los principios rectores de la política económica y social, *ex cap.* 3 del título I CE), cuyos márgenes delimitadores -precisamente por esa calculada ambigüedad constitucional- se han tenido que venir configurando a golpe de sentencia por el propio TC.

La libertad de empresa pues, describe una trayectoria que defiende la competencia²² -la concurrencia de empresas-, que fluye en una economía nacional de “mercado único”, en la que el Estado sólo se ocupa, como antes dije, de esa coordinación de la planificación general de la actividad económica, pero no tiene la competencia exclusiva y excluyente acerca de la regulación de todas las condiciones -sino tan solo las básicas; el resto de ellas admiten ser compartidas con las CCAA, conforme a sus Estatutos de Autonomía-, que garanticen esa igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

²⁰ STS 26/10/2015 (recurso 276/2014), FD Tercero. El TS ha entendido que conforme al art. “138.7.IV LRJS: es nula la decisión empresarial de MSCT que se adopta «eludiendo las normas relativas al periodo de consultas»” (STS de 29/03/2022, recurso 120/2019, FD Tercero, apartados 5).

²¹ Sinopsis art. 38 CE realizada y actualizada por los Letrados de las Cortes Generales José Luis Ruiz-Navarro Pinar (abril 2004), Sara Sieira (enero 2011), y Alejandro Rastrollo Ripollés (noviembre 2017). <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2> (captura 06/09/25).

²² Al respecto, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Así, la defensa de la competencia en la economía de mercado, ha sido descrita como “un presupuesto” al tiempo que también como “un límite necesario de la libertad de empresa”; razón por la cual los poderes públicos han de proteger su ejercicio interviniendo específicamente -entre otros aspectos- para evitar aquellas “prácticas que puedan afectar o dañar seriamente” a tan decisivo elemento, y de ahí que más que una restricción de aquella libertad suponga -se ha dicho- una defensa de este tipo de economía²³.

Conforme a lo anterior, cabe plantearse -en línea con lo que hubo de resolver en su momento el TC²⁴- si ejercitar cierta actividad empresarial en distintas condiciones (un diferente régimen impositivo fiscal, por ejemplo) según el territorio donde se realice tal actividad²⁵, rompe la unidad de mercado (estatal) constitucionalmente reconocida, “en el sentido de que impide que el derecho a la libertad de empresa se ejercite en condiciones básicas de igualdad (art. 38 CE) o en la medida que supone un obstáculo a la libre circulación impuesta por el art. 139.2 CE”.

La respuesta constitucional dada por el máximo garante de los derechos fundamentales tuvo que encajar dos elementos esenciales: 1) la unidad del mercado o la unicidad del orden económico general; y 2) la “diversidad regulatoria”, que es propia y consustancial a un “Estado compuesto” como el que emana de nuestro texto constitucional, en el que las competencias normativas en esta materia, tanto las asume Estado central como las puede asumir el Estado autonómico, es decir, las CCAA; si bien deja meridianamente claro el alto tribunal que el reparto de competencias en materia de economía entre el Estado y las distintas CCAA, no puede conducir a “resultados disfuncionales y desintegradores”.

Y, en aras de esa “cierta uniformidad” territorial nacional, tanto el legislador estatal como el autonómico están sujetos al -mismo- contenido esencial del derecho de que se trate, aquí la libertad de empresa (*ex* art. 38 CE), lo que permite hablar de un sustrato mínimo de igualdad en todo el territorio nacional respecto de los derechos y libertades constitucionales, directamente derivado del constituyente (art. 53.1 que remite al capítulo segundo del título I; artículos 14 al 38 inclusive CE).

La unidad económica -que no uniformidad- de la nación o unidad de mercado pues, que al menos reclama “libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”, ha de ser compatible con la diversidad jurídica que deriva de la autonomía política de las CCAA, y además tal conciliación de ámbitos jurídicos diversos debe hacerse en todo caso sin romper la “igualdad básica de todos los españoles”²⁶.

²³ STC 71/2012, FJ 3, párrafo 3.

²⁴ STC 96/2013.

²⁵ En el caso, la distribución comercial mediante grandes superficies, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, y conforme a la ley y a las competencias de aquella Comunidad Autónoma.

²⁶ STC 96/2013, FJ 4.

De manera que el respeto a la libertad de empresa, precisamente porque no es un derecho absoluto ni incondicionado -como no lo es ningún otro, aun si está ubicado entre los fundamentales-, sino que viene limitado por la normativa reguladora, entraña en su seno un contenido esencial (no determinado constitucionalmente)²⁷, que no obstante vincular al legislador, autoriza principalmente -en palabras del propio TC- el “derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial” en régimen de libre competencia, traducida en el “reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión” para la creación de empresas que actúen en el mercado estableciendo sus propios objetivos empresariales, así como “dirigir y planificar su actividad” conforme a sus recursos y a las condiciones del propio mercado²⁸; libertad de actuación y de actividad (empresarial) que el ordenamiento constitucional sólo tolera si la restricción de los demás derechos concernidos que impone su libre ejercicio, resulta proporcionalmente adecuada y contribuye “a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”.

Dicho queda, para concluir, que el respeto al contenido esencial de la libertad de empresa exige siempre al legislador -tanto si es autonómico como si es estatal- que la norma se dicte conforme al ámbito de competencias que se ostente; que tal regulación persiga un fin legítimo y que además resulte proporcionada al objeto hacia el que se orienta²⁹. Y todo ello en el bien entendido de que el art. 38 CE no reconoce el derecho de acometer cualquier empresa, sino “sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden³⁰ [...] o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”³¹.

²⁷ Al respecto, ARAGÓN REYES, M.: “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, número 4, Dedicado a: 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España, año 2004, págs. 1-34.

²⁸ Asimismo, STC 35/2016, FJ 3. Por su parte, considera MONTOYA MELGAR, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, número 4, dedicado a 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España, año 2004, pág. 126, que son “elementos sustanciales de la libertad de empresa: el derecho a la creación, organización, modificación y en su caso disolución de empresas, así como la constitución de grupos de empresas y la igualdad y la competencia entre los agentes económicos en el mercado”.

²⁹ STC 96/2013, FFJJ 6 a 8.

³⁰ STC 83/1984, FJ 3, párrafo 4.

³¹ STC 112/2021, FJ 7, párrafo último, que cita STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3.

El poder de dirección y el *ius variandi* empresarial: comentario a la STS 1301/2025, de 12 de marzo (RUD Núm.: 924/2023)

MARÍA MAR ALARCÓN CASTELLANOS

*Titular de Universidad interino
Universidad Complutense de Madrid*

I. Introducción

El estudio examina los límites del poder de dirección del empresario (*ius variandi*) a partir de la doctrina judicial más reciente, en particular la STS 1301/2025, de 12 de marzo, que resuelve un cambio definitivo de centro de trabajo sin exigencia de cambio de residencia y determina cuándo una medida formalmente encuadrada en el *ius variandi* debe considerarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT). La sentencia afirma que un tiempo de desplazamiento excesivo -tres o cuatro horas diarias- puede convertir el cambio de centro en una modificación sustancial al imponer una carga desproporcionada e injustificada al trabajador. Esta conclusión se inserta en el marco del art. 20 ET y del art. 41 ET, reafirmando que el ejercicio de las facultades organizativas del empresario está limitado por el respeto a las condiciones pactadas, a la autonomía individual y a los derechos de la persona trabajadora.

II. Marco normativo del *ius variandi* del empresario

El *ius variandi* empresarial se sustenta en el deber de obediencia de la persona trabajadora consagrado en el art. 5.1.c) ET, según el cual la persona trabajadora debe “*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*”. Este deber se corresponde con la facultad de organización y dirección del art. 20.1 ET, que obliga al trabajador a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario. El art. 20.2 ET subraya además la diligencia y buena fe que han de regir la ejecución del trabajo conforme a las instrucciones empresariales dictadas en ejercicio regular de sus facultades directivas.

Ahora bien, dicho poder de dirección no es absoluto; al contrario, nuestro ordenamiento limita dicho poder con la finalidad de proteger los derechos de la persona trabajadora y la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo¹. Uno de los límites se encuentra recogido precisamente en el art. 41 ET, que condiciona la validez de la decisión empresarial de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo a la concurrencia de causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o productivas, conocidas como causas “ETOP”) y a un procedimiento formal que se debe respetar obligatoriamente.

Este precepto enumera como modificaciones sustanciales, entre otras, la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el sistema de trabajo y rendimiento y las funciones cuando excedan los límites del *ius variandi* funcional (art. 41.1 ET). Aunque el cambio de centro de trabajo no figura expresamente en esa lista, la doctrina judicial² ha reiterado que tal listado no es cerrado, pudiendo subsumirse en el art. 41 ET otros cambios que incidan de forma significativa en las condiciones laborales.

Junto a los límites legales específicos en el ámbito de las relaciones laborales, opera además el límite general del derecho común consagrado en el art. 1256 del Código Civil (CC): “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Este principio, plenamente aplicable al contrato de trabajo, impide que el empleador modifique unilateralmente las condiciones de trabajo pactadas con la persona trabajadora, fundamentalmente si dicho cambio perjudica a la persona trabajadora. Cualquier modificación unilateral debe respetar el equilibrio de prestaciones originalmente convenido y está sometida a control judicial, aun cuando formalmente no alcance la consideración de “sustancial” (art. 1256 CC y STS 370/2023, de 23 de mayo de 2023 (rec. 169/2021)). En palabras del Alto Tribunal, “*el hecho de que, cuando la modificación es sustancial, la ley establezca un procedimiento específico [...] no significa en modo alguno que, cuando la modificación no pueda ser considerada sustancial, el empresario pueda modificar o suprimir una condición contractual de forma unilateral sin que tal decisión quede sometida al control judicial*”³ (art. 1256 CC). Queda así establecido que todo acto empresarial en ejercicio del *ius variandi* es susceptible de impugnación, ya sea individual o colectiva, si vulnera derechos del trabajador o excede los límites contractuales (STS 370/2023, rec. 169/2021, FJ 3).

En materia de lugar de trabajo, el ET distingue entre movilidad geográfica con traslado de domicilio (art. 40) y cambios de centro de trabajo ordinarios. El art. 40.1 ET dispone que “*el traslado de trabajadores [...] a un centro de trabajo distinto que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen*”. A su vez, el art. 40.6 ET autoriza “*desplazamientos temporales*” que impliquen residencia temporal en población distinta, obligando al empresario a sufragar gastos de viaje y dietas. Es claro, por tanto, que

¹ Sobre esta cuestión resulta muy ilustrativa la lectura de MONTAÑA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, Nº 48, 2004, págs. 135-145.

² FD3º STS de 26 abril (rec. 2076/2005).

³ FD2º STS 370/2023, de 23 de mayo de 2023 (rec. 169/2021).

el legislador asocia la movilidad geográfica relevante a la necesidad de cambio de domicilio del trabajador. En consecuencia, no todo cambio unilateral del lugar de trabajo activa las garantías del art. 40 ET, sino únicamente aquellos que fuerzan al empleado a separarse de su domicilio de origen de forma más o menos estable. La razón última es proteger la estabilidad domiciliaria del trabajador como parte de su vida personal y familiar.

Sin embargo, esta regulación deja un vacío para los traslados sin cambio de residencia. Tradicionalmente, la doctrina judicial ha llenado ese vacío considerando que el cambio de centro de trabajo dentro de la misma localidad o área geográfica, que no obliga al trabajador a cambiar su domicilio, constituye una “*modificación accidental*”⁴ amparada por el *ius variandi* empresarial. En efecto, El TS ha sostenido reiteradamente que “*forma parte del poder de dirección del empresario la posibilidad de destinar al trabajador a otro centro de trabajo, cuando eso no supone cambio de residencia*”, de modo que “*un cambio de centro de trabajo sin incidencia en la residencia constituye una modificación accidental de las condiciones de trabajo [...] amparada por el poder organizativo del empresario*”⁵ (arts. 5.1.c) y 20 ET), sin sujeción a procedimiento ni necesidad de justificación causal. Así lo declararon, entre otras, las SSTS de 19 de diciembre de 2002, 18 de marzo de 2003, 26 de abril de 2006, 12 de julio de 2016, 18 de junio de 2020, etc., conformando un criterio estable en esta materia.

Un supuesto anterior al que aquí nos ocupa fue precisamente el recogido en la STS 624/2021, de 15 de junio de 2021 (rec. 3696/2018). En aquel supuesto, una trabajadora fue destinada de Marbella a Málaga (56 km de distancia) sin cambio de domicilio. El TS declaró que, “*a falta de una específica regulación en el convenio colectivo que impusiera mayores exigencias, el marco legal no permite sostener que estemos ante un supuesto de modificación sustancial de las condiciones del contrato de los previstos en el art. 40 ET, al que remite el art. 41.7 ET, y condiciona el concepto a los supuestos, definitivos o temporales, de cambio de residencia. Por tanto, la norma legal no impone a las manifestaciones del poder de dirección ninguna exigencia de motivación causal ni otorga tampoco al trabajador afectado el derecho extintivo que sí le atribuye en las modificaciones sustanciales*”⁶. Destacó que no hubo alteración de categoría, funciones ni salario, conservándose incluso pluses de transporte u otros vinculados a la anterior ubicación. Pese a los 56 km de distancia, el desplazamiento por autovía (sin peaje) de unos 45 minutos no se consideró desproporcionado, máxime existiendo cierta justificación organizativa para la medida. En suma, la STS 624/2021 concluyó la “*acomodación a derecho de la decisión empresarial*”, al entenderla ejercicio legítimo del

⁴ FD2º STS 625/2021 de 15 junio (rec. 3696/2018). La diferencia entre la modificación sustancial y accidental no es la mera distancia, sino el impacto real en las condiciones de trabajo y en la vida de la persona trabajadora. Por ello se debe acreditar un perjuicio relevante como recoge la STS de 26 de abril de 2006 (Rec. 2076/2005), en su FD 4º.

⁵ FD2º STS 624/2021, de 15 junio (rec. 3696/2018).

⁶ *Ibidem*.

poder de dirección, sin requerir causa ni conceder al trabajador el derecho de extinción voluntaria que sí procedería en una MSCT⁷.

No obstante, la doctrina judicial reciente ha comenzado a matizar esa regla general, reconociendo que determinados cambios de centro de trabajo sin cambio de domicilio pueden ser calificados de sustanciales. En particular, se admite que cuando la decisión implica “*un sacrificio que excede de la medida amparada en la mera movilidad funcional*”⁸ para la persona trabajadora, se sobrepasan los límites del *ius variandi* ordinario. En tal caso, la medida deberá someterse a las exigencias del art. 41 ET (explicar y acreditar la existencia de una causa justificada, notificación previa por escrito, eventuales compensaciones o derecho de opción *ex art.* 41.3 ET, etc.), so pena de considerarse ilícita. De esta manera se elimina el riesgo de que el empleador, al amparo de la formal ausencia de cambio domiciliario, imponga modificaciones gravosas que de facto alteran condiciones esenciales (horarios, tiempos de descanso, conciliación, gastos) en perjuicio del trabajador. Como veremos, la STS 1301/2025 examina precisamente este supuesto, confrontando la doctrina clásica con las circunstancias excepcionales del caso.

III. HECHOS PROBADOS Y RECORRIDO PROCESAL DE LA STS 1301/2025

La STS 1301/2025, objeto de este comentario, resuelve un RCU promovido por la empresa frente a varias trabajadoras de su plantilla. Los hechos probados describen que las demandantes, con categoría de oficial administrativo y antigüedades de entre 25 y 37 años, venían prestando servicios en el centro de trabajo de la empresa sito en Sant Cugat del Vallès (Barcelona). Mediante comunicación escrita de 8 de octubre de 2021, la empresa les notificó que, con efectos de 15 de noviembre de 2021, pasarían a prestar servicios en otro centro de trabajo ubicado en L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), invocando como fundamento legal los arts. 5.1.c) y 20 ET. En la carta se aludían motivos organizativos para el cambio, vinculados a la reorganización del departamento de “customer services”, si bien no se sometió la medida al procedimiento del art. 41 ET al no considerarla la empresa un traslado en el sentido técnico, puesto que no exigía cambio de residencia.

Aunque las nuevas oficinas en L'Hospitalet se encuentran a unos sesenta kilómetros del centro original en Sant Cugat, la duración del desplazamiento diario varía según el medio de transporte: en vehículo privado, entre 40 minutos y 1 hora por trayecto (dependiendo del tráfico y horario); en transporte público, alrededor de una hora y treinta minutos por trayecto, “*sin tener en cuenta los tiempos de espera*”⁹. Es decir, para algunas de las trabajadoras afectadas por este cambio, que dependían del transporte público, el tiempo total de viaje (teniendo en cuenta la ida y la vuelta) alcanzaba aproximadamente las tres horas diarias, pudiendo alcanzar hasta cuatro horas en determinadas franjas horarias. Este dato equivale a aproximadamente el cincuenta

⁷ Recomendamos la lectura de MONTROYA MELGAR, A., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial”, *Aranzadi social*, ISSN 1131-5369, N° 1, 1996, págs. 2669-2680.

⁸ FD1º STS 1301/2025.

⁹ FD2º STS 1301/2025.

por cien de la duración de su jornada laboral ordinaria. Además, las trabajadoras comenzaron a incurrir en un gasto de transporte adicional, puesto que el coste del billete de tren diario costaba 7,84 €.

Es importante destacar que la empresa ofreció algunas medidas compensatorias voluntarias al implantar el cambio de centro de trabajo. Así, por ejemplo, permitió conservar la tarjeta de comedor, el acceso a gimnasio en las nuevas oficinas, se comprometió a facilitar aparcamiento gratuito, así como abonar una compensación única de 3.000 € brutos en la nómina de noviembre de 2021 en concepto de ayuda por el desplazamiento. La compensación por gastos de desplazamiento fue efectivamente percibida por las afectadas, junto con el mantenimiento de algunos beneficios de los que ya gozaban (tarjeta restaurante, parking). No obstante, estas compensaciones decididas unilateralmente por la empresa no evitaban la prolongación drástica del tiempo de viaje ni eliminaban el perjuicio en su conciliación laboral y familiar.

Por todo ello, varias trabajadoras, disconformes con la decisión empresarial interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona, sosteniendo que el cambio de centro de trabajo constituía una MSCT injustificada, al exceder los límites del *ius variandi* ordinario. En primera instancia se dictó sentencia, el 27 de enero de 2022, estimatoria de la demanda. El juzgador declaró injustificada la modificación impuesta mediante la comunicación de 8 de octubre de 2021, y condenó a la empresa a reponer a las actoras en su anterior centro de trabajo en Sant Cugat. Asimismo, impuso abonar a cada trabajadora 7,84 € por día efectivamente trabajado (en concepto de gastos de transporte) más el equivalente a tres horas de salario diarias por cada día trabajado desde el 15 de noviembre de 2021 hasta la efectiva reincorporación al centro original. Esta última condena tiene la finalidad de compensar el mayor tiempo invertido en los desplazamientos durante el periodo en que sufrieron el traslado.

La empresa, disconforme con el pronunciamiento de instancia, recurrió en suplicación ante el TSJ de Cataluña, que dictó resolución el 21 de noviembre de 2022 desestimando dicho recurso¹⁰, confirmando así la sentencia de instancia. En efecto, defiende el TSJ Cataluña el cambio de centro no implicaba cambio de domicilio, lo que excluye su encaje en la movilidad geográfica del art. 40 ET; no obstante, lo reconduce a una modificación sustancial del art. 41 ET. Subraya, de un lado, el carácter no tasado del elenco del art. 41 ET y, de otro, que la medida impuso a las trabajadoras una carga temporal y personal de tal entidad que rebasa el margen ordinario del *ius variandi*, quebrando el equilibrio del contrato al exigir un sacrificio que excede la mera movilidad funcional.

Finalmente, la empresa interpuso RCUD (rec. 924/2023) ante el TS. Como sentencia de contraste, la empresa citó la mencionada STS de 15 de junio de 2021 (rec. 3696/2018) donde un cambio de centro de trabajo a una distancia similar que la enjuiciada ahora por el TS no fue considerado MSCT¹¹.

¹⁰ FD1º de la STS 1301/2025, de 12 de marzo.

¹¹ El Ministerio Fiscal, por su parte, informó a favor de la tesis empresarial, estimando procedente el recurso. Evidentemente la impugnación de las recurridas defiende la tesis contraria al escrito de recurso. (FD1º de la STS 1301/2025, de 12 de marzo).

Sin embargo, la STS 1301/2025 desestima el recurso de casación, confirmando la solución dada por TSJ Cataluña. La Sala IV del TS declara que no concurre la contradicción exigible para el RCU, puesto que los elementos fácticos que concurren en el caso de autos difieren sustancialmente de los de la sentencia de contraste, aun reconociendo que en ambos asuntos concurren elementos comunes: distancias cercanas a 60 km y ausencia de cambio de residencia de los trabajadores. Ahora bien, el TS identifica dos factores decisivos que diferencian cualitativamente los supuestos y justifican el criterio de la sentencia recurrida: en la sentencia objeto de casación, queda probado que el desplazamiento diario en transporte público se aproxima a cuatro horas, que equivale al 50 % de la jornada, con grave incidencia en la vida cotidiana de las trabajadoras. Este dato no consta en la sentencia de contraste, y, por tanto, desconocemos el tiempo que se debía invertir en los desplazamientos. Además, mientras que en la Sentencia de contraste la reubicación de la trabajadora aparecía justificada por exigencias de prevención de riesgos, en la STS sometida ahora a casación no consta la concurrencia de causas organizativas o productivas que amparen el cambio de centro¹². Con base en esas diferencias fácticas relevantes, la Sala concluye que no concurre la identidad sustancial que exija unificar criterio y mantiene el pronunciamiento del TSJ de Cataluña, con los efectos restitutorios y compensatorios acordados en la sentencia de instancia.

IV. Delimitación del *ius variandi* y la MSCT a la luz de las SSTs 1301/2025 y 624/2021

La cuestión central dirimida en la STS 1301/2025 consiste en clarificar si la decisión empresarial de cambiar definitivamente de centro de trabajo a las empleadas, sin exigirles cambio de residencia, debía calificarse o no como MSCT a efectos del art. 41 ET. Hasta ahora, de acuerdo con la doctrina judicial mayoritaria¹³, un traslado que no implica cambio de domicilio se consideraba ejercicio legítimo del *ius variandi* empresarial, excluido del ámbito del art. 40 ET e incluso de la MSCT. No obstante, el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto del presente comentario adopta una interpretación finalista de la norma, por ello aclara que sí puede haber MSCT aunque no haya cambio de domicilio, siempre que concurren circunstancias que hagan el cambio especialmente gravoso para la persona trabajadora.

En efecto, el TS considera que la protección del art. 40 ET se activa solo con el cambio de residencia, pero ello no significa que cualquier otra alteración del lugar de trabajo quede automáticamente convalidada por el poder de dirección. Si la alteración del lugar de trabajo incide de forma significativa en las condiciones de empleo o en los derechos de la persona trabajadora, podrá calificarse de MSCT *ex* art. 41 ET. Se trata, en definitiva, de estudiar los efectos reales de la decisión empresarial, y no tanto la forma en la que se transmite dicha decisión a las personas trabajadoras. En esta línea, la STS 1301/2025 razona explícitamente que el listado de causas que enumera el art. 41 ET no es cerrado y que la decisión empresarial analizada conlleva efectos tan onerosos para las trabajadoras que traspasan los límites del ejercicio del *ius variandi* sobrepasando los

¹² STS 1301/2025, FD 2.º.

¹³ Entre muchas otras, podemos mencionar la STS de 26 de abril de 2006 (Rec. 2076/2005), en su FD 2.º.

límites del equilibrio contractual pactado, al exigir un sacrificio que excede claramente de la simple movilidad funcional.

Dicho de otro modo, aun no habiendo cambio de domicilio, el TS concluye que la medida impugnada alteró de manera sustancial las condiciones de trabajo, al incrementar desmesuradamente el tiempo de desplazamiento diario y, con ello, afectar gravemente la organización de la vida ordinaria de las empleadas.

Por otra parte, y con relación a las similitudes y diferencias entre la STS 1301/2025 y la STS de contraste (STS 624/2021), debemos manifestar, en primer lugar, que ambas resoluciones abordan idéntico problema: si el cambio definitivo de centro de trabajo -cuando no exige cambio de residencia-, constituye un simple ejercicio del poder de dirección (*ius variandi*) o, por el contrario, una MSCT; y, en paralelo, si concurre o no un verdadero traslado al que sería de aplicación la regulación contenida en el art. 40 ET. En los dos casos la distancia entre centros ronda los 60 km y no hay alteración de categoría, funciones ni retribución de base. Las dos sentencias del Alto Tribunal coinciden en negar la existencia de traslado del art. 40 ET al faltar el presupuesto de cambio de residencia.

No obstante lo anterior, existen varios elementos que difieren entre ambas Sentencias y que conducen al TS a declarar la no concurrencia de la necesaria contradicción exigida por el art. 219 LRJS, al no apreciarse identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que permita unificar su doctrina.

En este sentido, debe destacarse, en primer lugar, el tiempo efectivo de desplazamiento diario. La STS 1301/2025 pone de relieve un dato ausente en la STS 624/2021: el empleo de entre tres y cuatro horas diarias en transporte público, aproximadamente el cincuenta por ciento de la jornada, para ir al nuevo centro de trabajo y retornar al domicilio. Este impacto temporal se erige en elemento determinante para calificar la medida como modificación sustancial¹⁴, por su incidencia directa e intensa en la organización personal y familiar de las trabajadoras. En la STS 624/2021, por el contrario, no consta el tiempo de desplazamiento, por lo que este factor no fue objeto de análisis ni influyó en la calificación jurídica del cambio de centro de trabajo.

Otro elemento diferenciador reside en la justificación empresarial. En la Sentencia aportada de contraste la decisión aparece vinculada a necesidades de cumplimiento de obligaciones empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, lo que el Tribunal valora como un indicio de adecuación y proporcionalidad dentro del marco del *ius variandi* (arts. 5.1.c y 20 ET), descartando la exigencia del procedimiento del art. 41 ET al no existir cambio de residencia ni previsión convencional más estricta. En la STS 1301/2025, por el contrario, la sentencia recurrida -cuyo criterio confirma el Tribunal Supremo- descarta la concurrencia de causas organizativas o productivas que legitimen el cambio, de manera que, en atención al exceso de tiempo de desplazamiento probado, confirma su calificación como modificación sustancial.

¹⁴ En contraposición, dice la STS de 26 de abril de 2006 (Rec. 2076/2005), en su FD 3º que el traslado a 13,4 kilómetros, bien comunicado por transporte público y sin alteración de las restantes condiciones laborales, no puede calificarse de modificación sustancial.

En tercer lugar, las consecuencias jurídicas extraídas en cada caso difieren también sustancialmente. La STS 624/2021 reitera la doctrina consolidada en la materia: el cambio de centro sin incidencia en la residencia queda amparado por el poder ordinario de dirección del empresario (arts. 5.1.c y 20 ET), sin necesidad de justificación causal ni de sometimiento al procedimiento del art. 41 ET, salvo que el convenio establezca mayores exigencias. En coherencia con ello, la Sala casa la sentencia de suplicación y desestima la demanda del trabajador. Por el contrario, la STS 1301/2025 aprecia que existen diferencias sustantivas entre los supuestos -tiempo de desplazamiento y ausencia de causa- que excluyen la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, desestima el RCUd y declara firme la sentencia que calificó la medida como modificación sustancial, con reposición de las trabajadoras en su centro de origen y efectos restitutorios y compensatorios.

En suma, la comparación de las SSTs 1301/2025 y 624/2021 confirma que el criterio decisivo para deslindar el *ius variandi* y la MSCT no es la mera distancia entre centros, sino los efectos reales de la decisión sobre la prestación laboral y la esfera personal de la persona trabajadora. La ausencia de cambio de domicilio excluye el art. 40 ET, pero no agota el análisis: cuando el incremento del tiempo de desplazamiento alcanza una entidad extraordinaria y no concurre una justificación organizativa o productiva suficiente, la medida debe reconducirse al art. 41 ET, con las garantías procedimentales y sustantivas propias de la MSCT. Por el contrario, cuando el cambio de centro no impone un gravamen temporal cualitativa y cuantitativamente excesivo y aparece razonablemente conectado con necesidades empresariales legítimas, permanece, como regla general, en el ámbito del poder de dirección empresarial (arts. 5.1.c y 20 ET).

V. De la MSCT al *ius variandi*: razón y límites del control judicial conforme al art. 1256 CC

La STS 1301/2025 incorpora, en coherencia con lo ya afirmado en la STS 370/2023, de 23 de mayo (rec. 169/2021), una precisión de gran relevancia dogmática: la inexistencia de una MSCT no implica, en modo alguno, que la decisión empresarial quede sustraída al control judicial. El TS rechaza expresamente la tesis esgrimida en el recurso, según la cual el poder de dirección y el correlativo *ius variandi* empresarial serían inatacables en ausencia de una MSCT. Por el contrario, cualquier decisión que suponga la supresión o alteración de una condición contractual más beneficiosa es susceptible de impugnación, tanto a través de la acción individual como de la colectiva, con independencia de que no alcance la calificación de sustancial.

El fundamento de esta doctrina se encuentra en el art. 1256 CC, que prohíbe dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes. Trasladado al ámbito laboral, ello significa que el empleador no puede modificar unilateralmente el contenido contractual en su propio beneficio sin someterse al control de los órganos jurisdiccionales. La existencia de un procedimiento específico para las modificaciones sustanciales (art. 41 ET) no crea una zona exenta para las modificaciones no sustanciales, pues incluso en estos supuestos la decisión empresarial

puede ser revisada por el juez a la luz de las circunstancias concurrentes, garantizando el equilibrio sinalagmático del contrato.

La aplicación de este criterio resulta, además, determinante en la resolución del caso enjuiciado en la STS 1301/2025, ya que permite excluir la existencia de contradicción con la STS 624/2021. En efecto, mientras la sentencia de contraste consideró ajustada a derecho la decisión de reubicar al trabajador en un nuevo centro por razones de prevención de riesgos, la sentencia recurrida niega la concurrencia de causa organizativa o productiva y aprecia un gravamen temporal excesivo para las trabajadoras. No se trata, por tanto, de supuestos idénticos, sino de contextos diferenciados en los que la valoración judicial responde a los efectos concretos de la medida empresarial.

En definitiva, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo confirma que tanto las modificaciones sustanciales como las no sustanciales quedan sometidas al control judicial. De este modo, se consolida un principio de especial trascendencia: el poder de dirección y el *ius variandi* del empresario no son facultades discrecionales inmunes a control, sino que se ejercen dentro de un marco jurídico delimitado por el respeto a las condiciones contractuales, la proporcionalidad de la medida y la taxativa prohibición de que el contrato quede al arbitrio de una sola de las partes (art. 1256 CC)¹⁵.

¹⁵ En esta línea, la STSJ Madrid 968/2020, de 4 de noviembre de 2020 (rec. 460/2020) declaró nulo el traslado de un trabajador de FCC por no existir una causa objetiva que lo justificara (además de existir indicios de haber actuado como represalia contra el trabajador), recordando que incluso los cambios de centro de trabajo encuadrables en el *ius variandi* ordinario deben responder a razones reales y razonables, sin poder ser arbitrarios.

La gestión y organización empresarial desde la perspectiva de la sostenibilidad

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
Letrada de la Administración de la Seguridad Social*

I. Qué es la sostenibilidad, en particular, la empresarial

El concepto de sostenibilidad, el cual, “must be guided by the relevant international and European requirements, which signing states have committed themselves to implementing”¹, está basado la definición elaborada y mundialmente aceptada por el Informe *Nuestro Futuro Común* (*Our Common Future*), conocido internacionalmente como el Informe Brundtland. Dicho informe utilizó por primera vez el término desarrollo sostenible definiéndolo como el desarrollo que satisface “las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”. Su importancia radica en que introdujo la visión tridimensional del desarrollo sostenible en el sentido de que los problemas medioambientales que nos acechan, su solución, no deben ir separados de la perspectiva económica y social, bajo el entendimiento progresivo de que “la preservación -o el deterioro- de nuestros ecosistemas depende de la organización del trabajo y de la elección de sus productos”².

Este concepto de desarrollo sostenible es el fundamento de la Agenda 2030³ la cual parte de la base de que “la erradicación de la pobreza en todas sus formas

¹ ANNE-CHRISTIN MITTWOCH “Profit and purpose companies as an instrument to promote corporate sustainability? The case of the German GMBH with tied assets” en CHAMORRO DOMINGUEZ, C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dirs), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pág. 171.

² SUPLOT, A., *El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI*, Revista Internacional del Trabajo, vol.4 (2021), núm.1, pág.5.

³ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, que lleva por nombre Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030).

y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro de los países y entre ellos, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social están vinculados entre sí y son interdependientes” (apartado 13). Cubre, pues, tres dimensiones: la económica, la social y la medioambiental, las cuales, tienen un carácter integrado e indivisible. Su consecución, a través de sus 17 objetivos y 169 metas requiere la participación, de todos, “gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias”, en especial, la OIT, puesto que “It is not a theory of socialism, or mutualism, or stakeholder capitalism. It is not about the sharing of benefits to different parties in organizations. It is not about the adoption of religious principles or moral dogma. It is about creation, development, and innovation -how we as individuals and societies can together build a better world for the benefit of all today and in the future- and the purpose of business as producing profitable solutions to problems of people and planet. We all want to contribute to that endeavor, and the corporation is a vital component in our ability to do so”⁴. Dos son las premisas fundamentales de las que hay que partir para entender la Agenda 2030: (1) la naturaleza integradora, indivisible y transversal de la triple dimensión de la sostenibilidad y (2) el multilateralismo en su implementación, para ser aplicadas, entre otros, por el sector privado, por las empresas, con la intención de lograr los objetivos comunes y universales de la Agenda 2030. Con su aprobación la comunidad internacional se propone “crear las condiciones necesarias para un crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenido, una prosperidad compartida y el trabajo decente para todos”. Su lema es que “nadie se quede atrás” (apartado 4).

Entre los objetivos explícitamente contemplados en la Agenda 2030 se encuentra el trabajo decente: *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos* (8 ODS), que se ha convertido en el objetivo social de la Agenda 2030 e implica que tenga que ir de la mano con el crecimiento económico y la protección medioambiental lo cual requiere de un proceso de transición justa, proceso que: 1) No debe reducirse a meras ayudas, sino que necesita del apoyo de las Administraciones (estatal, autonómica y local) y que los sectores, público y privado, estén implicados. 2) Tiene que estar planificada y tener objetivos claramente definidos, lo que requiere de una evaluación previa de la problemática local y del establecimiento de políticas específicas para dar soluciones a largo plazo a las consecuencias de esta transformación. 3) Exige una responsabilidad (individual y colectiva), para solventar los problemas que se ocasionen en las regiones y comarcas afectadas por la reconversión hacia economías verdes⁵.

La cuestión es aplicar estos conceptos a la sostenibilidad empresarial, la cual, refiere *grosso modo* a la capacidad de una empresa de gestionar su negocio, de mantener

⁴ COLIN MAYER, *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford University Print (2018), pág.12.

⁵ A estos efectos, la OIT elaboró las denominadas *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos* (2015), orientaciones prácticas no vinculantes, dirigidas a los gobiernos e interlocutores sociales y, en el marco de la Unión Europea, fue creado el Fondo de Transición Justa (Reglamento 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa).

su crecimiento y rentabilidad a largo plazo, minimizando a la par su impacto negativo en el medioambiente y la sociedad a través de la mejora de la protección del medioambiente y de los derechos humanos, en general, de los trabajadores, en particular, de tal forma que “sustainability and development requiere a level of equality”⁶. Se trata de que, salvaguardado el interés lucrativo de la empresa protegido por el artículo 38 CE, en función de las singularidades de las compañías, dicho interés sea compatible con una forma de gestionar la misma de manera competitiva y rentable teniendo en cuenta “su incidencia en lo social, en el medio ambiente, en los distintos grupos de interés afectados o relacionados con la actividad empresarial y en la comunidad en general”, incidencia que repercutirá “positivamente en el resultado a largo plazo en interés de los accionistas/inversores, de manera que las políticas de sostenibilidad (supongan) no un coste sino un instrumento de creación de valor”⁷. Su consecución se pretende a través de los tres criterios, valores u objetivos ESG (sus siglas en inglés: environmental, social and corporate governance, en español ASG) los cuales nacieron íntimamente ligados al concepto de inversión responsable y transparente⁸, si bien, progresivamente, han ido abarcando no solo a los inversores, sino también a los accionistas, empleados, proveedores, consumidores y clientes en general (*shareholders y stakeholders*), de tal forma que los ESG van adoptando una “visión holística de que la sostenibilidad se extiende más allá de las cuestiones ambientales”⁹ y se van configurando como la “piedra angular de la inversión sostenible y responsable de cualquier empresa”¹⁰.

En virtud de lo expuesto, se pasa a analizar: (II) el trabajo decente y (III) los objetivos ESG como pilares de la dimensión social de la sostenibilidad. A ellas dedicamos la siguiente breve exposición, siendo plenamente conscientes de su estudio en profundidad es inviable en el presente trabajo.

II. Trabajo decente: fundamento de la dimensión social de la sostenibilidad

Es ya sabido que el concepto de trabajo decente del que estamos hablando es el acuñado, formalmente, en 1999 por el Director General de la OIT, SOMAVÍA, cuando presentó su Memoria Trabajo decente en la Sesión 87ª de la OIT. No lo definió, pero sí que tenía claro que es “un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno”. Este concepto es la base del 8 ODS. Cuatro son los elementos objetivos del mismo, ejes de un modelo

⁶ JANET DINE: “The UK’s response to the European Commission’s sustainable corporate Governance initiative in 2020 and 2022 proposal for a corporate sustainability due diligence directive” en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dirs), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pág. 144.

⁷ ALONSO UREBA, A.: “Derecho de sociedades y función económica social de la gran empresa” en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dirs), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pág. 58.

⁸ En el año 2005 por la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas como un marco para mejorar el análisis de las cuestiones ESG en el proceso de inversión y para ayudar a las empresas en el ejercicio de la propiedad responsable.

⁹ KYLE PETERDY: *ESG (Environmental, Social and Governance)*. USA Corporate Finance Institute (2022).

¹⁰ CHAMORRO DOMÍNGUEZ, C.: “La influencia de los socios en la consecución de la sostenibilidad corporativa” en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dirs), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pág. 267.

sostenible e inclusivo de la globalización, a la par que se configuran como los elementos del concepto universal de trabajo digno: (1) Las oportunidades de empleo, es decir, promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común; significa que todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; se traduce, asimismo, en que la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social así como alcanzar un buen nivel de vida. (2) El respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, con especial énfasis en la abolición efectiva del trabajo infantil y del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, incluido, la trata de seres humanos; la garantía de la libertad de asociación y el derecho a negociación colectiva; y la erradicación de la discriminación contra todas las mujeres y las niñas. (3) La protección social, entendida en una triple vertiente: ampliación de la seguridad social desde el punto de vista subjetivo y objetivo, para proporcionar ingresos básicos a quienes lo necesiten y para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; condiciones de trabajo saludables y seguras; medidas en materia de salarios, horas y otras condiciones de trabajo destinadas a garantizar una justa distribución de los frutos del progreso. (4) El diálogo social y el tripartismo, para así adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país; traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico; facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y trabajo decente; fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en particular, respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo. En el cumplimiento de los mismos, la igualdad de género y la no discriminación, figuran como cuestiones transversales. Cada uno de estos objetivos cumple, además, una función en el logro de metas más amplias: la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

La elaboración e inclusión del concepto de trabajo decente como ODS de la Agenda 2030 ha supuesto la irrupción de la ética en el Derecho Social Internacional. Tiene como fundamento la dignidad de la persona y como objetivos establecer cómo tiene que ser el empleo que se genere y en qué condiciones tiene que ser desempeñado un determinado trabajo (la dignidad específica en las relaciones laborales), cuya garantía depende de una suficiente protección social y, para cuya consecución, es necesario el diálogo social. Su fin es, pues, garantizar la dignidad humana (artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹, CDFUE), su concreción en

¹¹ “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

las relaciones laborales, la dignidad del trabajador (artículo 31.1 CDFUE¹²), con el objetivo de lograr unas condiciones de trabajo justas, seguras y equitativas, respetando los derechos humanos y protegiendo el medioambiente, dando a todos los hombres y las mujeres oportunidades reales para acceder a un trabajo digno y productivo en condiciones de libertad e igualdad. Es por ello, por lo que el trabajo decente, no es que sea fuente y garantía del trabajo digno, sino que se ha transformado en trabajo digno porque abarca, no solo la mejora de las condiciones laborales, sino que se ha convertido en la pieza central de la lucha contra el desempleo, la pobreza y la exclusión social.

Todas estas ideas impregnan el Pilar europeo de derechos sociales y, en particular, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* (Comunicación¹³), la cual, se asienta sobre tres pilares: (1) La protección, respeto y remedio de los derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en los ocho convenios fundamentales de la OIT recogidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de los derechos de los trabajadores (1998)¹⁴, con el objetivo de mejorar las normas y prácticas de las empresas en relación a los derechos humanos y así contribuyan también a construir a una globalización socialmente sostenible y justa. (2) El compromiso por extender el trabajo digno en el mundo desde un enfoque integral, para todas las personas dentro de la UE, en terceros países y en las cadenas mundiales de suministros, asumiendo un papel de liderazgo internacional hacia una transición justa centrada en el ser humano, sostenible, equitativa e inclusiva. (3) La consecución de una política de tolerancia cero del trabajo infantil y forzoso, la esclavitud moderna y la trata de seres humanos que, aunque dependa de múltiples factores (políticos, económicos y sociales) y sea un problema multidisciplinar que haya de abordarse de forma transversal, su erradicación, entiende la Comunicación, ha de ser el elemento central del orden mundial.

III. Los objetivos ESG: Environmental, Social y Corporate Governance

Los tres criterios, valores u objetivos ESG *grosso modo* son: (1) Medioambientales, es decir, impacto ambiental de las empresas y la (su) gestión de riesgos que influye directa o indirectamente en la emisión de gases de efecto invernadero, en los recursos naturales y los residuos que generen. (2) Sociales, las cuales refieren a las relaciones entre la empresa con las partes interesadas, en particular, sus empleados -con impacto directo sobre la organización y gestión de los recursos humanos de la empresa, promoviendo

¹² Todo trabajador “tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”.

¹³ Bruselas, 16.3.2023. COM (2023) 168 final. DOUE el 23.2.2022.

¹⁴ El Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, (1948); el Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949); el Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso (1930 y su Protocolo de 2014); el Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957); el Convenio núm. 138 sobre la edad mínima (1973); el Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999); el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración (1951); y el Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958). Han sido ratificados por 187 países (fuente OIT).

relaciones laborales dignas y justas, involucrando a los propios trabajadores-, así como las que afectan a las comunidades locales en las que opera la compañía, en especial, las cadenas mundiales de suministros, las cuales, ciertamente, generan crecimiento económico, empleo, desarrollo de capacidades y transferencia de tecnología, pero también vulneración de derechos humanos -por decirlo, suavemente, déficits de trabajo decente-, acentuándose en los casos de contratación y/o subcontratación en los que, el empresario principal, aun no siendo el responsable directo del empleo generado por los contratistas/subcontratistas, toma decisiones de inversión que sí afectan a las condiciones de trabajo en los otros eslabones de la cadena de la contrata o subcontrata, los proveedores, y éstos operan de manera informal y optan por un empleo que contravienen las normas laborales, recurriendo, incluso, en casos extremos, al trabajo forzoso y al trabajo infantil¹⁵. (3) Gobierno corporativo, entendido como el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa, basado en la idea de que las compañías sometidas a las mismas -las que cotizan en bolsa¹⁶-, han de ser dirigidas de una forma adecuada y transparente, enmarcadas dentro de la (una) ética empresarial, siguiendo el principio esencial de “cumplir o explicar” -en lo que nos atañe, la diversidad de género en los consejos de administración-, concepto íntimamente vinculado a los de responsabilidad social corporativa (RSC) y reputación corporativa entendida como el conjunto de percepciones que tienen sobre la empresa los diversos grupos de interés con los que se relaciona, tanto internos como externos (*shareholders* y *stakeholders*), “lo que conlleva la convicción de que tal reputación corporativa tiene un efecto económico directo sobre el valor de la empresa ya que, en última instancia, condiciona la actuación en el mercado de todos los agentes económicos implicados en la continuidad de la empresa”¹⁷.

La regulación de estos objetivos -en lo que nos afecta, social y gobierno corporativo- en el marco de la UE ha pasado del *soft law* al *hard law* con la publicación de tres directivas clave, a saber:

1) La Directiva 2014/95/UE de 22 de octubre de 2014 sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, complementada por otras posteriores, cuya transposición supuso la nueva redacción al artículo 49.6 del Código de Comercio, en virtud del cual, el “estado de información no financiera consolidado incluirá la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el

¹⁵ Vid. Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 105.ª reunión El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (2016). Estrategia de la OIT sobre el trabajo decente en las cadenas de suministro, Consejo de Administración 347º período de sesiones celebrado en marzo de 2023.

¹⁶ Definidas como aquellas sociedades anónimas “cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado español” (artículo 495 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, LSC).

¹⁷ VIERA GONZÁLEZ, J.: “El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios de desarrollo sostenible” en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, C. y VIERA GONZÁLEZ, J. (Dirs), *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad*, La Ley, 2023, pág. 215.

soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal”; refiere, pues, al denominado como informe de sostenibilidad, a la conocida como RSC. Entre las cuestiones que dicho informe debe incluir están las sociales y relativas al personal (apartado II) y la información sobre el respeto de los derechos humanos (apartado III).

2) La Directiva 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad que deberá ser transpuesta a más tardar el 26 de julio de 2026, con su calendario específico de aplicación. Su objetivo es establecer normas sobre: a) las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas; b) la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de tales obligaciones; y c) la obligación de las empresas de adoptar y llevar a efecto un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tenga por objeto garantizar la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global en consonancia con el Acuerdo de París (artículo 1).

3) La Directiva 2022/2381 de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas, en virtud de la cual, los Estados miembros deben garantizar que las sociedades cotizadas estén sujetas a los objetivos que establece, a saber, que se alcance, antes del 30 de junio de 2026, que las mujeres ocupen, como mínimo, el 40 % de los puestos no ejecutivos de los consejos de administración y, como mínimo el 33 % del total de puestos de administrador, tanto ejecutivo como no ejecutivo. Su trasposición se ha producido con la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres cuyo artículo 9 modifica el artículo 529 *bis* de la LSC.

Aun pasando a ser *hard law*, no consiste en trasponer (sin más) las mismas a los ordenamientos de los Estados miembros, sino en que, realmente, se produzca un cambio de mentalidad de las empresas -a las que, como persona jurídica, incluso, se les puede llegar a exigir responsabilidad penal (artículo 31 *bis* CP)-, de los sindicatos y de los propios trabajadores para dar efectividad a la consecución de los objetivos ESG y de trabajo decente, no solo a nivel interno garantizando unas condiciones de un trabajo dignas, sino también a nivel externo en aquellos supuestos en los que las compañías operen a nivel internacional en las cadenas mundiales de suministros.



13

DISPOSITIVOS Y DESCONEXIÓN DIGITALES

El poder de dirección y la participación de los representantes de los trabajadores en la regulación del uso de dispositivos digitales

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

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

I. Normas sobre uso y control de dispositivos digitales

Según el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección, podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. No obstante, la adopción y aplicación de dichas medidas deberá respetar la dignidad del trabajador y, en su caso, tener en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Esta habilitación general no ampara por sí sola el control empresarial sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores. Para ello, resulta necesaria su articulación con lo dispuesto en el art. 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD).

Este precepto reconoce, por un lado, el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales proporcionados por el empleador y, por otro, el derecho del empleador a acceder a los contenidos derivados del uso de esos medios, a los únicos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar la integridad de los dispositivos. Con todo, para que este acceso sea lícito, es imprescindible que el empleador haya establecido, previamente, los criterios de utilización de dichos dispositivos digitales. Estos criterios deberán respetar en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de los trabajadores de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente.

Asimismo, en la elaboración de esos criterios deberán participar los representantes de los trabajadores¹. Por último, los trabajadores deberán ser informados de dichos criterios de utilización².

De esta forma el art. 87 (apartado 3) LOPDGDD acoge el criterio jurisprudencial establecido por la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006³. En dicha resolución el Alto Tribunal sostuvo que las exigencias derivadas del principio de buena fe contractual imponían al empresario la obligación de establecer previamente las reglas de uso de esos medios informáticos y de comunicación proporcionados por la empresa -incluyendo en su caso prohibiciones absolutas o parciales-, así como de informar expresamente a los empleados sobre la existencia de posibles mecanismos de control y sobre las medidas que, en su caso, se adoptarán para garantizar un uso estrictamente laboral de dichos medios. Todo ello, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

En esta articulación entre el artículo 20 ET, que faculta al empresario para adoptar medidas de control dirigidas a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y el artículo 87 de la LOPDGDD -en particular, su apartado 3, que exige la participación de la representación legal de los trabajadores en la determinación de los criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición por la empresa -, adquiere especial relevancia el artículo 64 ET, que regula las competencias del comité de empresa. En concreto, su apartado 5.f) reconoce a este órgano el derecho a emitir informe previo respecto de decisiones empresariales relativas a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo⁴. Este informe del comité de empresa deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que haya sido solicitado y remitida la información correspondiente (art. 64.6 ET)

El incumplimiento de este trámite constituye una vulneración de los derechos de información, audiencia y consulta reconocidos a los representantes de los trabajadores y a los delegados sindicales, tipificada como infracción grave en el artículo 7.7 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Sin embargo, no resulta del todo claro qué consecuencias puede acarrear dicha omisión sobre la validez o eficacia de las medidas de control adoptadas por el empresario sin haber cumplido previamente con ese deber de participación.

II. La intervención de la representación legal en la regulación del uso de dispositivos digitales: la STS 225/2024

La STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022), aborda directamente qué ocurre cuando la empresa no cuenta con la participación de los representantes de los

¹ En términos similares artículo 17.3 Real Decreto-ley 28/2020, de 12 de mayo, de trabajo a distancia.

² Como advierten LUQUE PARRA, M. y RAMÓN LACOMBA, F., “Acceso a dispositivos digitales de trabajadores facilitados por la empresa”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters, 2020, pp. 355-398, p. 380.

³ Reiterado en la STS 8 de marzo de 2011, rec.1826/2010.

⁴ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD, el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 452 (noviembre 2020), pp. 145-170, p. 153 y ss.

trabajadores al regular el uso de dispositivos digitales. En ella se analiza la validez de una comunicación emitida por la empresa, relativa al uso de los equipos informáticos puestos a disposición de los trabajadores y al acceso a Internet a través de los mismos. La resolución recurrida en casación había declarado la nulidad de dicha comunicación por entender que fue elaborada sin la participación de los representantes de los trabajadores, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 87.3 LOPDGDD⁵.

La parte recurrente, sin embargo, sostiene que la comunicación empresarial impugnada no constituye una nueva política, sino un simple recordatorio de normas ya existentes, amparado directamente en el artículo 20.3 ET. En consecuencia, defiende que dicho recordatorio no requería la intervención de la representación legal de los trabajadores, ya que -según alega- el artículo 87.3 LOPDGDD condiciona dicha participación únicamente a la elaboración de los criterios de uso, sin extenderla a comunicaciones posteriores que se limiten a reiterar prohibiciones previamente establecidas.

El TS rechaza esta argumentación y descarta que la sentencia recurrida haya vulnerado el art. 20.3 ET, al no considerarlo aplicable al caso. En opinión del Alto Tribunal se trata de un precepto de carácter general, referido al conjunto de facultades de control del empresario sobre la actividad laboral, con independencia de los medios técnicos empleados para desarrollarla. Su lógica, por tanto, difiere de la del artículo 87.3 LOPDGDD, que se refiere específicamente a los criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores.

Este otro precepto no solo faculta al empresario para establecer normas de uso de dichos dispositivos, sino que también impone límites a ese poder de especificación, vinculados al respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores. Desde esta perspectiva, señala el Tribunal, el artículo 87.3 LOPDGDD debe entenderse como una concreción sectorial del genérico poder de dirección previsto en el artículo 20.3 ET, justificada por la especial sensibilidad que presenta, en este ámbito, el derecho a la intimidad. De lo contrario -añade el Supremo- no habría tenido sentido la inclusión del nuevo artículo 20 bis ET, que reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales proporcionados por el empleador.

La sentencia comentada destaca también el carácter imperativo del mandato contenido en el artículo 87.3 de la LOPDGDD, cuando la prestación laboral se realiza mediante dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador. El precepto establece de forma expresa que “los empresarios deberán establecer criterios de utilización” y que dicha elaboración debe realizarse con la participación de la representación legal de los trabajadores, lo que excluye que pueda considerarse una simple facultad empresarial: se trata de una obligación. Sobre esta base, el TS sostiene que, si bien este mandato carece de efectos retroactivos, cualquier modificación,

⁵ Un comentario a esta sentencia en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario”, *Revista de Jurisprudencia Labora*, núm. 2, 2024, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2024-00000002617.

especificación, ampliación o restricción de los criterios preexistentes con posterioridad a la entrada en vigor de la norma debe someterse a las exigencias del marco legal vigente.

En esta línea, el Alto Tribunal concluye que la cuestionada comunicación empresarial, relativa al uso de los dispositivos digitales, no puede entenderse como un mero recordatorio de políticas anteriores, sino que constituye una modificación o, en su caso, una actualización sustancial de los criterios de uso de los dispositivos digitales. Así lo evidencia su contenido: además de reiterar la prohibición de utilizar los equipos informáticos para fines ajenos a la actividad laboral, la instrucción incorpora nuevas medidas orientadas a impedir el uso indebido de los dispositivos y el acceso no autorizado a Internet, atribuyendo a la empresa una plena facultad de acceso a los ordenadores y correos electrónicos corporativos. Este acceso puede ejercerse, según el texto, mediante análisis, examen, formateo o reseteo de los dispositivos, sin prever ninguna garantía adicional en cuanto a la información al trabajador, ni mecanismos de control, ni participación de su representación legal.

Independientemente de las posibles implicaciones que, en este caso concreto, puedan derivarse de las medidas incluidas en la comunicación empresarial respecto de los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad de los trabajadores, el Tribunal subraya que, desde una perspectiva formal, su validez exigía ineludiblemente la participación de los representantes legales de los trabajadores, tanto por su contenido materialmente novedoso como por su efecto modificador sobre los criterios previamente vigentes.

A sensu contrario, no parece que hubiera sido necesaria la participación de los representantes de los trabajadores si la comunicación del empresario se hubiera limitado, efectivamente, a un recordatorio sin introducir cambio alguno.

III. Contenido y alcance de la participación de la representación de los trabajadores

La sentencia comentada en el apartado anterior no precisa el contenido exacto de la participación que deben ejercer los representantes de los trabajadores en la fijación de los criterios para el uso de dispositivos digitales. En particular, no aclara si basta con una mera información previa por parte del empresario sobre los criterios de utilización de los dispositivos digitales -esto es, una simple transmisión de datos al comité de empresa para su conocimiento y eventual examen-; o si, por el contrario, resulta exigible una verdadera consulta, en los términos del artículo 64.1 ET, entendida como un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre empresario y representantes, que podría incluir, en su caso, la emisión de un informe previo por parte del comité.

En este contexto, surge la cuestión de si la participación exigida en materia de uso de dispositivos digitales equivale necesariamente a una consulta, entendida como negociación, o puede cumplirse mediante una información previa adecuada con posibilidad de emitir un informe, que es lo que contempla el art. 64.5.f ET. La distinción entre estas dos formas de participación fue aclarada por el TS en la STS 8 de febrero de 2021 (rec.84/2019) donde se concluyó que la participación exigida en el caso concreto era de tipo informativo, con derecho a emitir informe previo, pero no equivalía a un

verdadero derecho de consulta en los términos del art. 64.1 ET. En esa ocasión, el TS dejó claro que la empresa tenía la obligación de informar de forma suficiente y con antelación al Comité Intercentros sobre un sistema que afectaba a la organización del trabajo y a datos personales (art. 64.5.f ET). Esta información debía ser lo bastante detallada para que la representación legal pudiera emitir un informe con conocimiento de causa, pero no se exigía la apertura de un proceso de consulta, entendido como intercambio de opiniones o diálogo que puede conducir a acuerdos.

Respecto a la STS 225/2024, si bien no define con exactitud el alcance de la participación exigida por el artículo 87.3 de la LOPDGDD, confirma la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que consideró dicha participación como equivalente a la consulta prevista en los artículos 64.5 y 64.6 ET.

El problema radica también en la propia formulación legal de este último precepto que trata de reflejar las distintas modalidades de información y consulta a que hace referencia el art. 4 de la Directiva 2002/14/CE. En efecto, aunque el artículo 64.5 ET comienza reconociendo el derecho del comité de empresa a ser informado y consultado sobre determinados aspectos y decisiones empresariales, cuando se refiere específicamente a la “implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo (...)” -esto es, medidas vinculadas al poder de dirección previsto en el art. 20 ET-, lo que establece es el derecho del comité a emitir un informe con carácter previo a su aplicación, pero no menciona expresamente la necesidad de consulta. Esta previsión de emisión de informes se corresponde con la modalidad de participación basada en la información previa, a la que alude el primer párrafo del apartado 6 del artículo 64, pero no se identifica con la consulta en sentido estricto prevista en el segundo párrafo de ese mismo apartado, en el que -además de contemplarse la emisión de informe- se habla de reunirse con el empresario, obtener una respuesta motivada a su eventual informe y de un diálogo que posibilite, en su caso, la consecución de un acuerdo⁶.

IV. Reflexiones finales

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores reconoce al empresario la facultad de adoptar medidas de control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Ahora bien, esta potestad nunca es absoluta y su ejercicio siempre debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente su dignidad y, cuando proceda, sus circunstancias personales. Cuando ese control se ejerce sobre el uso de dispositivos digitales puestos a disposición por la empresa, entran además en juego limitaciones específicas derivadas del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, tal como recoge el artículo 87 LOPDGDD.

La validez de las medidas empresariales de control sobre dichos dispositivos exige que la empresa haya establecido previamente unos criterios de uso que sean claros, respetuosos con la intimidad del trabajador y debidamente comunicados. Además, y esto es clave, el artículo 87.3 LOPDGDD impone como requisito la participación de

⁶ Sobre las modalidades de información y consulta del art. 64 ET, Solá Monells, X., “La modificación de los artículos 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre: Valoración general”, IUSLabor 1/2008, p. 6/12, disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/upf,+Derecho colectivo/XavierSola-1.pdf.

la representación legal de los trabajadores en la elaboración de esos criterios. No se trata de una simple facultad empresarial, sino de una obligación legal imperativa que convierte esta participación sindical en una garantía formal y material indispensable para la validez de las medidas de control.

Sin embargo, persiste una notable indefinición legal respecto del contenido exacto de esta participación. En particular, sigue sin estar claro si basta con una información previa adecuada, con derecho a emitir informe -como prevé el artículo 64.5.f ET- o si, por el contrario, se exige una verdadera consulta en los términos del artículo 64.1 ET, que conlleve un intercambio de opiniones y, eventualmente, la búsqueda de acuerdos.

A pesar de la habilitación expresa contenida en el artículo 64.9 ET, para que la negociación colectiva determine los derechos de información y consulta de los representantes, la práctica convencional muestra un desarrollo escaso y poco preciso. En muchos convenios se remite genéricamente a lo dispuesto en la ley⁷ o se alude de forma vaga a la necesidad de “establecer protocolos” con participación sindical⁸, sin especificar si esta se limita a una información previa, incluye la emisión de informe, o bien comporta un auténtico proceso de consulta, tal como exige el artículo 64.6 ET. Únicamente algún convenio -como el del sector del corcho⁹- recoge expresamente que los criterios de uso serán negociados con la representación de los trabajadores o que se establecerán con su participación activa, lo que podría interpretarse como una aproximación al modelo de consulta.

En ausencia de un desarrollo normativo o convencional suficiente, su concreción queda en manos de la interpretación judicial.

⁷ Por ejemplo, Convenio Colectivo autonómico para la industria siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra, 2022-2026, publicado por Resolución 1C/2025, de 9 de enero, BON 14 de febrero de 2023; el Convenio Colectivo del sector de panaderías de Navarra, publicado por Resolución 3C/2023, de 26 de septiembre, BON 10 de octubre de 2023, o el Convenio Colectivo del sector talleres de reparación de vehículos, publicado por Resolución 9OC/2023, de 20 de abril, BON 22 de mayo de 2023.

⁸ Por ejemplo, Convenio Colectivo de empresas de mediación de seguros privados, publicado por Resolución de 3 de noviembre de 2023, BOE de 15 de noviembre de 2023. Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social 2020-2024, publicado por Resolución de 17 de diciembre de 2021, BOE 27 de noviembre de 2021.

⁹ Publicado por Resolución de 28 de agosto de 2023, BOE 7 de septiembre de 2023.

Control de uso del teléfono y del WhatsApp. La necesaria implementación de políticas de uso interno y de medidas de seguridad (claves de acceso)

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

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

I. Consideraciones generales sobre el uso extralaboral del software y hardware corporativo y sus consecuencias

Como afirmaba con acierto el maestro Alonso Olea en el Prólogo de “*El poder de dirección del empresario*”, la empresa es un círculo natural de poder y un centro de convivencia social, regido por unas normas reguladoras de relaciones jerárquicas y presidido por la idea de autoridad, una de cuyas manifestaciones es el poder directivo, que integra a su vez la potestad de organización empresarial (parafraseando al Prof. Alfredo Montoya, en la obra recién citada, fruto de su Memoria doctoral¹). Partiendo además de la base de que la empresa puede adoptar las medidas de vigilancia y control que considere oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la persona trabajadora (art. 20.3 ET), puede controlar el uso de las herramientas tecnológicas puestas a disposición de la plantilla. En relación con el correo electrónico corporativo, resulta difícil concebir una tolerancia amplia sobre su uso externo, toda vez que resulta gratuito y extremadamente fácil la creación de una cuenta de correo. De ahí que parezca más razonable cierta tolerancia al uso extralaboral de otros medios, como el teléfono u ordenador portátil, pero no del correo corporativo, cuya utilización particular, aunque no dañina para la empresa en términos económicos, si puede resultar caprichosa.

¹ MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 113.

En este sentido, cierto sector doctrinal² diferencia entre el software y hardware facilitados por la empresa. Así, puede ser comprensible que, en un momento dado, se utilice el hardware facilitado por la empresa para alguna tarea externa, como hacer una llamada telefónica particular con un móvil fuera del horario laboral (incluso en horario de trabajo), sin embargo, en relación a los programas informáticos, aplicaciones, etc. (software) facilitados por la empresa para realizar el trabajo, no parece que dicha utilización extralaboral esté justificada, ni que haya una tolerancia en el mundo empresarial sobre el uso del correo electrónico corporativo, dado que un uso indebido podría generar perjuicios y la consiguiente responsabilidad, por ejemplo en materia de vulneración de la protección de datos.

También los dispositivos móviles están integrados en el día a día laboral como herramienta indispensable para desempeñar tareas productivas, lo cual exige averiguar cuál es el tratamiento más adecuado de dichos dispositivos durante la jornada laboral. En cuanto hace al control de las llamadas telefónicas, la doctrina judicial viene entendiendo que las empresas pueden controlar el uso del teléfono corporativo dentro de la jornada laboral al igual que es *válido prohibir el uso del teléfono de la empresa con finalidades extralaborales*, así como el uso del teléfono particular durante la jornada de trabajo, si bien se debe advertir previamente³. Ahora bien, más allá del interrogante de si pueden grabarse las llamadas (*cuyo análisis excede del cometido de esta breve aportación*), respecto al uso del teléfono móvil particular, surge la cuestión de si es posible limitar su uso y, más en concreto, limitar el uso del whatsapp. En caso de que el empleador ponga a disposición de la persona trabajadora un dispositivo móvil para realizar sus funciones, se debe definir correctamente su uso y determinar si es estrictamente profesional o si puede utilizarse también para la instalación y uso de redes sociales, correo electrónico personal, llamadas personales que no sean de fuerza mayor, descarga de aplicaciones de ocio o ajenas al trabajo, etc. También es recomendable que se establezcan límites, y en ejercicio de su poder de dirección y control, la empresa regule el uso del teléfono móvil particular durante la jornada laboral (por ejemplo, limitándolo a determinados momentos del día, como el descanso), especialmente en lo que concierne a las llamadas y a whatsapp u otras aplicaciones de mensajería instantánea.

Lo anterior lleva a proclamar la utilidad de implantar una política interna de uso del teléfono móvil, para lo cual habrá que analizar en primer término quién aporta el dispositivo, pues según sea la empresa o la propia persona trabajadora quien proporcione el dispositivo, el trato será distinto, sobre todo en aquellos aspectos que

² PASCUAL LÓPEZ, J. y SANZ MATÍN, L., “Análisis del control empresarial en el correo electrónico y su incidencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (IUSTEL)*, núm. 61, 2022, pág. 552.

³ Es indispensable que la empresa informe previamente a las personas trabajadoras del control de los dispositivos móviles, con el fin de eliminar cualquier expectativa razonable de intimidad. Así, la STSJ C y L (Valladolid) 17 octubre 2022 (rec. 2013/2022) considera procedente el despido del teletrabajador por llamar a números de teléfono privados estando totalmente prohibido por la empresa realizar llamadas a números personales desde cualquiera de los sistemas empleados para el trabajo. La investigación se consideró legítima ya que la mercantil no tenía otra forma de comprobar los hechos más que controlando las llamadas que hacía y además se consideró que el número de teléfono del empleado no había sido obtenido de forma ilícita dado que lo había facilitado en el acuerdo de teletrabajo.

impliquen un control empresarial que pueda afectar a la esfera privada e íntima del empleado. Dicha normativa interna deberá regular aquellos aspectos relacionados con su uso, las situaciones y excepciones permitidas, el nivel de control y las medidas y posibles sanciones aplicables cuando se detecten infracciones. En primer término, es indispensable que en la política interna se indique de manera clara y precisa qué tipo de dispositivos móviles pueden utilizar las personas trabajadoras a la hora de llevar a cabo su cometido laboral y si únicamente podrán utilizar dispositivos móviles que la compañía haya puesto a su disposición o bien también podrán utilizar los suyos particulares. En caso de que se permita el uso de los dispositivos móviles particulares para la realización de las funciones laborales (por ejemplo, para acceder al e-mail corporativo), dicho uso nunca puede ser impuesto, sino que debe pactarse con la persona trabajadora. De lo contrario, podría considerarse que se trata de una actuación empresarial abusiva, que a su vez quebranta la ajenidad en los medios que caracteriza el contrato de trabajo⁴.

En todo caso, si se quieren establecer mecanismos de control y acceso a los dispositivos móviles de empresa, el derecho de supervisión empresarial nuevamente entra en conflicto con el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, por lo que la actuación de control que haga la empresa siempre tendrá que superar el juicio de idoneidad (la medida adoptada deberá ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto), indispensabilidad (deberá existir una estricta necesidad) y proporcionalidad (únicamente se podrá controlar aquella información relacionada con el ámbito profesional y laboral).

Una vez establecida la política de uso de dispositivos móviles -tanto de los particulares como de los que la propia empresa facilite-, esta deberá comunicar a las personas trabajadoras la existencia de dicha política, asegurándose de que tengan conocimiento de su contenido, para que puedan aplicarla con todas las garantías y no se ponga en duda la buena fe de la empresa. Lo más adecuado, al objeto de que toda la plantilla tenga conocimiento de la referida política de uso de los dispositivos móviles, es facilitarla con el manual de acogida o incluso incorporarla en el propio contrato de trabajo. Además, es conveniente recabar la conformidad de cada uno de los empleados, o manifestación que acredite que esa persona ha recibido y leído la política de uso de dispositivos móviles. Aunque la persona trabajadora pueda no estar de acuerdo con el contenido, la empresa debe poder acreditar que lo conoce.

Por último, tras la comunicación a las personas trabajadoras de la política de uso de dispositivos móviles, no deben tolerarse aquellas situaciones o comportamientos que se consideren infracciones. Un exceso de tolerancia por la parte empresarial (por ejemplo, del uso del móvil de empresa para llamadas personales) podría llegar a considerarse un derecho adquirido, difícil de revertir.

II. Regulación de uso del teléfono corporativo

Como se anticipó, y de nuevo en ejercicio del poder de dirección y control, la empresa puede limitar la utilización de teléfonos particulares durante las horas de

⁴ Tal y como ha declarado en propio Tribunal Supremo en la STS 8 febrero 2021 (rec. 84/2019).

trabajo, por lo cual la cuestión puede regularse y resulta válido el establecimiento de cláusulas específicas en esta materia, dejando constancia por escrito sobre qué tipo de comportamientos están vetados en la empresa⁵. A la hora de regular el uso del teléfono corporativo de la empresa, esta debe indicar expresamente en su política interna que el teléfono sólo puede ser utilizado para fines laborales, prohibiendo el uso extralaboral del teléfono⁶, si bien algunas corporaciones son más flexibles e indican que se tolera la realización limitada de llamadas personales para asuntos domésticos (por ejemplo, para casos urgentes) o incluso indican que una cantidad determinada de minutos al mes en llamadas personales se considera aceptable. Es posible, no obstante, que si la empresa descubre que la línea de teléfono ha sido utilizada de manera excesiva para realizar llamadas personales, se apliquen los procedimientos disciplinarios internos, pudiendo incluso exigirse al empleado el abono del coste de las llamadas realizadas.

También puede suceder que las empresas no prohíban el uso particular del teléfono móvil de la empresa, pero tampoco lo permitan expresamente, ante lo cual un uso excesivo y abusivo de la herramienta de comunicación puede provocar el máximo reproche⁷. O que se establezca la prohibición del uso de los dispositivos facilitados por la empresa fuera del horario laboral o de los dispositivos personales durante el horario de trabajo, pero se tolere su uso ante determinadas situaciones o emergencias laborales o personales.

III. Interpretación judicial de la limitación o prohibición de uso del teléfono particular en horario laboral

Así, es posible prohibir de forma absoluta el uso de teléfonos móviles durante la jornada laboral en actividades que exijan un nivel elevado de atención y en las cuales las distracciones puedan poner en peligro la seguridad de terceras personas (conducción de vehículos de pasajeros, por ejemplo)⁸. También es posible tolerar un uso mínimo del

⁵ Una cláusula tipo podría ser del tenor literal siguiente: “Queda totalmente prohibido el uso del teléfono móvil privado dentro del horario de trabajo. Únicamente podrá utilizarse para realizar o recibir llamadas que requieran ser atendidas de forma estricta y necesaria en horas de trabajo. En este sentido, aquellas conductas que incumplan lo establecido en el párrafo anterior serán sancionadas conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, o en su defecto en lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores. A modo de ejemplo, serán sancionadas las siguientes actuaciones: Chatear mediante servicios de mensajería instantánea (WhatsApp y aplicaciones similares) con finalidades ajenas al trabajo; la conexión a Internet con finalidades ajenas al trabajo realizado en la empresa (conexión a redes sociales, navegación por páginas web de viajes, etc.)”.

⁶ En el asunto debatido en la STSJ Cataluña 11 marzo 1999 (rec. 8345/1998), la empresa implantó una política de control de gastos restringiendo el uso particular del teléfono de la empresa. Dado que un trabajador utilizaba casi a diario dicho teléfono para llamar a sus padres y a sus suegros, la empresa procedió a su despido (ya le había advertido previamente) y este se consideró procedente.

⁷ En la STSJ Madrid 7 mayo 2012 (Rec. 558/2012), dado que un trabajador extranjero realizó un gran número de llamadas a su país, la empresa lo despidió y la extinción fue considerada procedente. Tal calificación otorgó la STSJ Extremadura 27 febrero 2024 (rec. 6/2024) al despido de un trabajador por el importante número de llamadas realizadas a Cuba con el teléfono de la empresa y sin autorización, aunque no había prohibición del uso del móvil y aunque no se le avisara de que no podía hacerlo.

⁸ En el asunto analizado en la STSJ Cantabria 18 junio 2014 (rec. 280/2014) la empresa había prohibido el uso del móvil durante la jornada y un trabajador -conductor de autobús- incumplió gravemente dicha prohibición, utilizando dicho dispositivo durante un trayecto con la mano izquierda mientras manejaba el volante con la derecha. La empresa lo despidió y el despido fue considerado procedente.

móvil, pero si el tiempo invertido en el uso del teléfono reduce el tiempo de trabajo efectivo, la sanción es viable, lo cual puede ocurrir si cada día se ve a una persona trabajadora durante más de quince minutos con su teléfono móvil en la mano. Con todo, lo más recomendable es incluir una advertencia de que el incumplimiento de dicho protocolo será objeto de sanción disciplinaria. Así, si algún empleado incumple lo previsto en el documento, se le podrá sancionar por desobediencia.

A efectos formales, a la hora de regular la prohibición o la limitación del uso del teléfono móvil de las personas trabajadoras, la empresa puede entregar una circular incluyendo las cuestiones indicadas, si bien para que los nuevos empleados también queden avisados, conviene añadir esta regulación en el manual de acogida o en el propio contrato de trabajo. Además, en caso de dispositivos móviles particulares, la empresa siempre necesitará el consentimiento de la persona trabajadora para poder acceder a ellos y a la información relativa al trabajo que puedan contener.

La práctica judicial ofrece ejemplos de empleados despedidos por causa de incumplimientos consistentes en abandonar el centro de trabajo para utilizar aplicaciones del móvil como whatsapp o facebook (estando prohibida dicha conducta)⁹. Para acreditar el incumplimiento de la prohibición de uso del móvil, será importante el testimonio de algún compañero o mando que presencie el uso durante la jornada (porque el afectado está jugando, hablando por whatsapp...). Es más, en algunos casos, la propia aplicación indica a qué hora se han conectado por última vez los contactos a los que el usuario tiene incorporados en su agenda, por lo que puede ser sencillo comprobar si los empleados se conectan durante el tiempo de trabajo¹⁰. No obstante, salvo que el incumplimiento suponga un grave perjuicio, es recomendable aplicar la “teoría gradualista” e imponer primero una sanción menos lesiva antes de acudir al despido. La jurisprudencia tolera la prohibición del uso de los teléfonos particulares en el centro de trabajo, siempre y cuando existan vías alternativas de comunicación en aquellas situaciones de fuerza mayor¹¹. Por ejemplo, un despido puede ser declarado procedente, por uso excesivo y reiterado del teléfono móvil, cuando la persona trabajadora conoce la prohibición expresa de su uso durante la jornada laboral y ha sido sancionada previamente¹².

⁹ Declarando el despido improcedente porque la carta de despido se redactó de forma genérica, sin especificar los días en que los hechos tuvieron lugar, STSJ Galicia 21 abril 2015 (rec. 5080/2014).

¹⁰ En el asunto debatido en la STSJ Cataluña 10 febrero 2017 (rec. 6899/2016), el gerente de una empresa tenía el número de uno de sus empleados en su móvil, por lo que pudo comprobar que usó Whatsapp en 109 ocasiones durante la jornada laboral todos los días laborables de un mes. No obstante, el despido se declaró improcedente al considerar que la conducta no era lo suficientemente grave y culpable para merecer tal reproche.

¹¹ La STSJ Galicia 15 diciembre 2017 (rec. 3910/2017) considera procedente el despido impuesto a la trabajadora por la utilización del teléfono móvil en el tiempo y lugar de trabajo porque no solo se prohibía utilizarlo, sino introducirlo en el centro de menores donde se prestaban servicios, ya que debía dejarse en la taquilla. El hecho de llamar a sus hijos no justifica ni la llamada ni la gravedad de los hechos; no hay urgencia que pudiera justificar tal conducta cuando el centro dispone de teléfono fijo para ello, tratándose además de una conducta reiterada.

¹² STSJ Navarra 8 octubre 2020 (rec. 194/2020).

IV. Medidas para evitar brechas de seguridad: claves de acceso y notificaciones a la Agencia Española de Protección de Datos

Para evitar brechas de seguridad en los dispositivos móviles conviene implantar antivirus o sistemas de doble verificación. Y si la empresa permite el uso del dispositivo móvil particular para el desarrollo del trabajo deberá contar con el consentimiento de sus empleados para proceder a la instalación de dichas medidas de seguridad.

En relación con la implantación de tales medidas de seguridad surge el interrogante, recientemente judicializado, de hasta dónde llega la responsabilidad de las personas trabajadoras respecto a sus claves de acceso a sistemas corporativos. Ha resultado mediático el supuesto de una empresa que despidió a una empleada por no proteger sus claves de acceso al sistema y compartirlas con un compañero, que las utilizó sin su consentimiento y de forma fraudulenta y que también fue despedido. En el caso en cuestión, la empresa tenía una política clara en materia de custodia de contraseñas y, en el momento de la incorporación de la empleada, le facilitó su clave de usuario y contraseña recordándole su obligación de adoptar las medidas necesarias para su custodia a fin de evitar su uso indebido por terceros. En vía de suplicación¹³ se ha declarado improcedente dicho despido por varios motivos. Primero, porque en la empresa no existía un lugar seguro para la custodia de las claves y contraseñas bajo llave y, teniendo que cambiarse cada dos meses, es razonable que la trabajadora las apuntara en algún sitio para recordarlas. En segundo término, consideró el Tribunal que no ha habido transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza, deslealtad o fraude porque no concurre ni un elemento intencional ni una negligencia relevante, ya que la utilización de sus contraseñas se hizo sin su conocimiento ni consentimiento, cuando estaba ausente y fuera de su horario de trabajo. Por tanto, la responsabilidad de la persona trabajadora en la custodia de sus claves de acceso al sistema no es ilimitada, y para poder despedir se requiere intencionalidad y la existencia de negligencia.

Puede existir también una brecha de seguridad si uno de los empleados extravía o sufre, por ejemplo, el robo de un ordenador portátil en el que estén almacenados datos personales tratados por la empresa. Si se produce una incidencia de este tipo debe notificarse en el plazo máximo de 72 horas desde que se tenga conocimiento de ella a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), salvo que los datos afectados ya fueran públicos o estuviesen encriptados. Para evitar estos riesgos debe actuarse con cautela y no almacenar datos personales en dispositivos móviles o portátiles si no es estrictamente necesario y, si debe hacerse, siempre encriptados y utilizando las debidas contraseñas.

¹³ STSJ C y L (Valladolid) 3 noviembre 2022 (rec. 2010/2022).

La desconexión digital como límite al poder de dirección del empresario

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Málaga*

I. Introducción

Desde el punto de vista constitucional, como derecho fundamental anudado a la garantía del honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, el art. 18.4 CE especificaba que la ley habría de limitar el “uso de la informática” para la protección de tales derechos. Un precepto abierto donde, ciertamente, años más tarde, con el desarrollo de las tecnologías, ha encajado a la perfección el derecho a la desconexión digital al objeto de evitar un uso abusivo de las mismas. Un derecho a la desconexión digital que relaciona la protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. El derecho a la intimidad personal del trabajador tiene mucho que ver con esta regulación, más necesaria que nunca en un contexto de deslocalización laboral cada vez más generalizada.

Con anterioridad a la plasmación efectiva en la norma del derecho a la “desconexión digital”, la protección del derecho al descanso de los trabajadores fuera del horario laboral estaba garantizado por la aplicación de las normas referidas al tiempo de trabajo de los arts. 34 y siguientes del ET y de los convenios colectivos aplicables¹. De hecho, y como pionera, en cierto modo, ya se reconoció este derecho por la doctrina judicial: la Sentencia de la Audiencia Nacional 94/1997, de 17 de julio de 1997, sostuvo que obligar a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y con los clientes en horas fuera de la jornada

¹ VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “El derecho a la desconexión: ¿Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *CEF-RTSS*, núm.408,2017, pp. 167-178.

laboral sobrepasaba las facultades normales o regulares de la empresa en ejercicio de su poder de dirección.

Pero no fue hasta 20 años más tarde de esta resolución judicial cuando el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales estableció el derecho de los trabajadores a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera de su tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar. Acompañaba a esta norma, en su Disposición Final 13, una modificación del ET añadiendo, en el art. 20 bis, este derecho de los trabajadores de manera formal, sin definición o contenido alguno. Derecho que posteriormente se ha vuelto a recoger en el art. 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, limitando el uso de estos medios de comunicación tecnológicos en este ámbito concreto. La inclusión del derecho a la desconexión digital dentro de la LOPD fue en su momento discutida por la doctrina en el sentido de si tenía que haberse producido en el marco de una reforma del tiempo de trabajo o, correctamente, en el modo que realmente se produjo ya que suponía un tratamiento de datos y como tal había de limitarse el control o dirección de la actividad laboral por el empresario a través del uso de datos personales de los trabajadores.

El derecho a la desconexión digital se establece como garantía del tiempo de descanso o suspensión del contrato como modo de limitación del uso de las tecnologías de la comunicación fuera del tiempo de trabajo². Esto es, un derecho que despliega su eficacia desde que finaliza la jornada laboral hasta el comienzo de la siguiente y que supone que el trabajador tiene derecho a desconectarse del trabajo y abstenerse de participar en las comunicaciones recibidas a través de medios tecnológicos durante las horas no laborales. Pero se conecta también de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes.

Un derecho “incompleto”, pues la norma solo reconoce un derecho que no delimita en su texto, aunque remite a la negociación colectiva o a los acuerdos de empresa el desarrollo del mismo. Una norma de escaso contenido obligacional, pues ni siquiera establece un régimen sancionador para las empresas incumplidoras del mismo (salvo la genérica falta grave reconocida en el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en adelante, LISOS, por no respetar las reglas de tiempo de trabajo). Más aún, la norma no impide que el empresario se comunique con el trabajador por estos medios telemáticos fuera de la jornada laboral, sino que ampara al trabajador para no responder o atender a los mismos sin sufrir consecuencia alguna por tal motivo.

Se ha sostenido que el derecho a la desconexión digital es en realidad una actualización “remake” del clásico derecho fundamental comunitario “al descanso”, es

² In extenso, TRUJILLO PONS, F., *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

una nueva interpretación ajustada a las relaciones laborales en las que se han introducido las nuevas tecnologías para la ejecución del trabajo por cuenta ajena debido³.

II. Poder de dirección y nuevas tecnologías

Nadie pone en duda que el ámbito de las relaciones laborales se ha visto, en algunos sectores más que en otros, afectado por la llamada “revolución tecnológica”, generalizándose la utilización de medios informáticos por parte de los trabajadores de forma generalizada.

Por lo que nos interesa, uno de los cambios que han venido produciéndose en el marco de las relaciones laborales ha sido el modo en que las nuevas tecnologías inciden en el haz de facultades que comprende el poder de dirección del empresario.

Se relaciona o deriva este poder con el establecido constitucionalmente de libertad de empresa en el art. 38 de la CE, por el que el empresario puede libremente decidir, dentro del marco legal, el modo de organización sus recursos materiales y humanos. Se le reconoce al empleador, especialmente cuando haya procedido a contratar a trabajadores por cuenta ajena, un poder de dirección en el ámbito de las prestaciones de sus trabajadores pudiendo ordenar el modo, tiempo y lugar de la ejecución del contrato de trabajo⁴.

Independientemente del conjunto de facultades que integra o de los límites del mismo, este poder de dirección permite al empresario la autotutela de sus intereses y resulta necesario para la buena marcha de la organización productiva.

Poder de dirección que nace, respecto de una determinada persona trabajadora, desde el momento de la firma del contrato, pues es tal momento en el que surge la situación de subordinación a la que se refiere el art. 1.1 ET. Así pues, la celebración del contrato de trabajo otorga al empresario un poder de dirección para ordenar las prestaciones debidas y asegurar así el normal funcionamiento de la empresa. De este poder se derivan, entre otras facultades, la posibilidad del empresario para controlar o verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Como indicó el Tribunal Constitucional, en STC 114/1983, de 6 de diciembre, la diferente condición que manifiestan el empresario y el trabajador en el ámbito jurídico es porque la relación de trabajo que les liga “es de supremacía y respectiva subordinación jurídica”. Una subordinación o dependencia que resultan de la integración del trabajador en una organización colectiva del trabajo diseñada por el empleador para obtener frutos a través de la productividad de la mano de obra. Una actividad dirigida, controlada o vigilada por el empleador a la que los trabajadores como subordinados se someten, porque, de lo contrario, se ejercería el poder disciplinario sobre ellos.

³ MOLINA NAVARRETE, C. “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* n° 138/2017, pp. 279 y ss.

⁴ MONTOTOY MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 48/2004; pp.135 y 136.

Aunque se trata de un poder, el de dirección, que no es de carácter absoluto pues se encuentra limitado o contenido por el Derecho del Trabajo como una legislación tuitiva de la parte débil del contrato de trabajo⁵.

Uno de los ámbitos donde han incidido de modo particular las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación es en el tiempo de trabajo y, por tanto, en la situación jurídica de subordinación y dependencia respecto del ámbito de organización y dirección del empleador.

Evidentemente, la incidencia de las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales también afecta al poder de dirección. Sin duda, estas tecnologías pueden ampliar las posibilidades de control y vigilancia y, en aplicación de las mismas, también puede, a través del poder de dirección, conseguirse una mayor productividad en la empresa para obtener mayores beneficios. Sobre todo, pudiendo el empresario impartir órdenes e instrucciones de forma remota, que deberán ser acatadas por los trabajadores. Y es que ya no es necesario que el empresario esté en el mismo lugar que el trabajador para impartir órdenes y controlar y vigilar su cumplimiento. No es que antes no se pudiera, sino que ahora resulta mucho más fácil con las nuevas tecnologías ya que el trabajador se inserta en el sistema informático y telemático de la empresa.

III. El derecho a la desconexión digital como límite al poder de dirección

El tiempo de trabajo es un elemento clave en el origen de la legislación laboral, pues desde hace mucho tiempo se establecieron normas de carácter mínimo e imperativo estableciendo límites de la duración de la jornada de los trabajadores. Aunque inicialmente la preocupación fue tutelar al trabajador limitando la jornada y reduciéndola por motivos relacionados con la salud en el trabajo, con el paso del tiempo las causas justificativas de la intervención del legislador en materia de tiempo de trabajo se han ampliado y diversificado.

El derecho a la desconexión además de los aspectos referidos al derecho al descanso, a la salud y a la vida privada del trabajador, tiene una incidencia fundamental en la limitación del poder de control y dirección al garantizar que los mismos no puedan extenderse fuera de la jornada laboral.

Lo que queremos decir es que uno de los límites al ejercicio del poder de dirección se encuentra en que ha de ser ejercicio durante la jornada de trabajo. Esto es, el tiempo de trabajo determina el período durante el cual el trabajador queda a disposición del empresario y durante el cual éste puede ejercer sus facultades directivas ordenando la prestación de servicios del trabajador con la finalidad de obtener el rendimiento previsto⁶.

El trabajador, no descubro nada, ha de prestar sus servicios en el ámbito de organización y dirección del empleador, cumpliendo con las obligaciones concretas de

⁵ En sentido parecido, MONTAÑA MELGAR, A.; “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales” en: Carmen Sánchez-Trigueros y Francisco A. González Díaz; *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona. 2011; p.33.

⁶ MORENO VIDA, N., “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *Temas Laborales* nº 150/2019, pp. 161-185.

su puesto de trabajo. Y ello ha de hacerlo durante un determinado periodo temporal: el llamado tiempo de trabajo. Tiempo durante el que se desarrolla la actividad laboral. O como indica la Directiva 2003/88, el período “durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones...”.

El problema es que la lógica económica en la ordenación del tiempo de trabajo hace que se establezcan regulaciones flexibles del tiempo de trabajo en aras de la productividad, lo cual dificulta la regulación del tiempo de trabajo en favor de los trabajadores. Por ello, desde la perspectiva empresarial, el tiempo de trabajo pretende convertirse en una herramienta de gestión que ha de tener la mayor flexibilidad posible (horas extra, distribución irregular de las jornadas, acumulación del descanso semanal, etc), pero desde la perspectiva del trabajador ha de limitarse ya que condiciona el resto de sus tiempos vitales y exige de tiempos de descanso para garantizar la salud laboral, pero también por el ejercicio de otros derechos específicos como el de la conciliación de la vida familiar con la laboral.

El tiempo de trabajo constituye, pues, un factor delimitador de la subordinación del trabajador. Como consecuencia de la ajenidad y la dependencia se atribuye al empleador el poder de organizar la actividad del trabajo, de organizar y controlar la “puesta a disposición” del trabajador durante un cierto período de tiempo. Durante el tiempo de trabajo, el trabajador queda en situación jurídica de subordinación o dependencia respecto al ámbito de organización, dirección y control del empleador.

Lo que ocurre, además, es que el parámetro de la subordinación al poder de dirección durante el “tiempo de trabajo” se ha visto enormemente afectado por las nuevas tecnologías ya que la flexibilidad que permiten dichas tecnologías, en la búsqueda de una mayor productividad en algunos sectores, hace que se difuminen las fronteras entre los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso. En definitiva, que el problema es que la regulación del tiempo de trabajo, en ocasiones, es superada por los modelos de organización del trabajo en los nuevos modelos de producción.

El debate sobre el tiempo de trabajo con las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ha dado lugar a una nueva problemática en relación con la limitación del tiempo de trabajo al tiempo efectivo en el desempeño de las diferentes actividades y el deber empresarial de proteger la salud de los trabajadores, es decir respetar el derecho al descanso. La aplicación de las nuevas tecnologías produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las mismas.

A través de las tecnologías de la información y la comunicación (correos electrónicos, móviles o teléfonos inteligentes, tabletas, etc.) el empleador puede dar órdenes o instrucciones a los trabajadores en formato 24/7/365, lo que vulnera su derecho al descanso, además de producir una invasión en su vida personal y familiar.

El derecho a la desconexión digital está vinculado no solo al derecho del trabajador a no responder a las comunicaciones del empresario o de terceros fuera de

la jornada laboral, sino también al deber de abstención de la empresa a no ponerse en contacto con el trabajador, pues ha de respetar su descanso y no puede ejercer, durante el mismo, su poder de dirección o control puesto que sería una vulneración de su derecho a la intimidad de su vida privada.

E independientemente de que la persona trabajadora comunique a la empresa su deseo de hacer efectiva la desconexión digital. Y ello porque el derecho a la desconexión digital se ha convertido en un derecho básico para los trabajadores en tiempos en los que el uso generalizado de smartphones, tabletas, portátiles facilita enviar peticiones de trabajo fuera de la jornada laboral, sirviendo para limitar el ya extenso poder de dirección del empresario. Dentro del contenido del derecho a la desconexión digital debería de quedar meridianamente claro que se produce una limitación del ejercicio del poder de dirección, y que el ejercicio del mismo en este espacio temporal a través de estos medios es un ejercicio “irregular del mismo y, en consecuencia, está prohibido”⁷.

El objetivo es potenciar el derecho a la conciliación de la actividad personal y familia con la laboral, evitando la presión que supone que el empleador pueda seguir dictando instrucciones fuera del centro de trabajo y del tiempo de trabajo.

Al no tener el trabajador el deber de conectarse durante sus períodos de descanso a ningún tipo de dispositivo digital profesional ni a contestar llamadas o mensajes provenientes o relacionados con su actividad laboral o empresa, no podrá recibir órdenes o instrucciones emanadas del poder de dirección del empresario.

En definitiva, el derecho a la desconexión digital busca garantizar el respeto al tiempo de descanso, garantizando el derecho del trabajador a “no tener ningún contacto con herramientas digitales” durante dicho tiempo⁸. La desconexión digital supone, pues, un límite al uso de las comunicaciones en el ámbito laboral a la jornada de trabajo pactada en el contrato y, en todo caso, a la duración máxima de la jornada según la normativa vigente.

El art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018 remite a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores el modo del ejercicio de este derecho a la desconexión digital, por lo que se podría, en su caso, ampliar los derechos recogidos en el marco legal. El resultado puede ser variopinto: habrá que ver en qué modo en cada uno de estos convenios o acuerdos de empresa se establecen los límites al empleador para comunicarse con sus trabajadores fuera de la jornada ordinaria de trabajo o en supuestos de vacaciones, permisos, licencias o suspensión del contrato de trabajo.

E incluso la norma permite que el empleador elabore unilateralmente una política interna dirigida a los trabajadores en la que definirán las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión, previa audiencia, claro está, de los representantes de los trabajadores. Política o protocolo que solo podrá mejorar lo establecido en el convenio

⁷ Nuevamente, MORENO VIDA, N., “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *op. cit.*, p. 179.

⁸ CIALTI, P.H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales* n° 137/2017, p. 165.

colectivo o en el acuerdo de empresa, por lo que será, quizás, un refuerzo al ejercicio de este derecho a través de la “autocontención” en el poder de dirección ya que en los mismos, si se pretende cumplir el objetivo de la norma, habrá de limitarse el uso de los medios tecnológicos en el ámbito laboral a la duración máxima de la jornada. El contenido del protocolo debe hacer referencia al modo en que debe cumplirse la obligación empresarial de garantizar la desconexión digital lo que exigirá un análisis de la situación de la empresa, del modo de operar en el mercado, para decidir, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la forma de garantizar el derecho a la desconexión.

Ha de recordarse, finalmente, como apuntamos más arriba, que la ITSS en aplicación del art. 7.5 de la LISOS (falta grave reconocida por no respetar las reglas de tiempo de trabajo) está proponiendo sanciones a empresarios que en excesos de su poder de dirección y control envían comunicaciones por medios electrónicos a los trabajadores fuera de la jornada laboral (aunque se limita a la comisión del tipo de infracción cuando en el medio de comunicación se dejó claro que la comunicación solo debía responderse en horario de trabajo), los Tribunales también modulan el incumplimiento de la obligación empresarial de respeto a la desconexión digital dependiendo de la situación concreta y de las condiciones en que se produzcan.

IV. Un último apunte: desconexión digital y salud laboral

En la regulación del tiempo de trabajo, la primera magnitud tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico es la protección de la salud de los trabajadores. El derecho a la desconexión digital sirve además para controlar los límites de la jornada laboral y garantizando un tiempo mínimo de descanso, evitando así la exposición de las personas trabajadoras a riesgos psicosociales con el fin de garantizar el derecho a la salud y a la intimidad personal.

La ausencia de tiempo de descanso real y efectivo y el impedimento de la conciliación familiar y laboral que puede provocar la “hiperconectividad” del trabajador puede acarrear estrés, ansiedad o depresión. La desconexión digital podría ayudar a reducir tales patologías y, con ello, el riesgo de accidente laboral e incluso a minimizar la posibilidad de casos de acoso en el trabajo.

La ausencia de riesgos psicosociales (una persona trabajadora no agotada y feliz) tendrá como consecuencia, según narran los expertos un aumento de la productividad y una reducción del absentismo⁹.

Ciertamente, el ejercicio del poder de dirección en tiempo de desconexión digital no ayuda en nada a la salud laboral de los trabajadores, especialmente, los que ya se encuentran afectados por riesgos psicosociales.

⁹ OSWALD, A. J., PROTO, E. y SGROI, D., “Happiness and productivity”, *Journal of Labor Economics*, 33 (4), 2015, pp. 789-822.

El derecho a la desconexión digital como límite al poder de dirección del empresario (art. 20 bis ET)

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. El profesor montoya melgar: un maestro del iuslaboralismo español

Participar en un homenaje colectivo a un maestro de la disciplina es siempre un motivo de satisfacción, pese a que acontezca tras una triste pérdida. En el caso concreto del profesor Montoya debo la invitación a mi integración, junto a queridos compañeros, en el consejo de redacción de la *Revista Crítica de Relaciones Laborales* publicada por la prestigiosa editorial *Laborum*. Pero también concurre la circunstancia de que me une al maestro una especial relación en el mundo académico que surgió a raíz de su presencia en el tribunal encargado de juzgar mi tesis doctoral, del que también formaron parte los profesores Sempere, Palomeque, García Murcia y Aparicio Tovar.

Dicho acto de defensa constituyó, sin lugar a duda, el acto académico más relevante de toda mi trayectoria y mi bautismo como “prevencionista”. Palabra que puede entenderse de modo reductivo, con cierto tufillo de confinamiento en un área menor, pero que también puede vivirse como una auténtica pasión que constituye una atalaya privilegiada para la comprensión y dominio de la amplia disciplina del Derecho Laboral y, por ello mismo, como recorrido, aun no demasiado habitual, que permite el desarrollo de una carrera universitaria centrada en sus tres grandes pilares: la docencia, la investigación y la transferencia. Cuatro, si incluimos la gestión, asumiendo responsabilidades gestoras en las Facultades de Ciencias del Trabajo o en aquellas que gestionan tales titulaciones o en Másteres o cursos de especialización centrados en la prevención de riesgos laborales.

Más allá de todo lo anterior, es difícil negar la crucial relevancia del profesor Montoya en la doctrina laboralista española. Lo anterior se extrae, sin grandes

dificultades y sin poder entrar mínimamente en detalle dada la vastedad de su obra y la limitada extensión de este trabajo, tanto de la manualística (la 46ª ed. de su *Derecho del Trabajo* en la editorial Tecnos, revisada ahora por el profesor Sempere Navarro, acaba de aparecer) como de su contribución a la construcción doctrinal del edificio jurídico de la disciplina, donde ocupa un lugar destacado el tema del “poder de dirección”, objeto de su tesis doctoral defendida en la Universidad de Sevilla en 1962¹; con aportaciones tan destacadas y esenciales en la formación del pensamiento jurídico laboral como su *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España* (1873-2009)². A ello se añaden valiosos posicionamientos en defensa de la docencia como tarea del profesor universitario con afirmaciones tan certeras como que “no hay un gran profesional (gran práctico) que no posea un sólido bagaje teórico”, abogando por la combinación en sus dosis justas de ambos tipos de enseñanza³.

II. La concepción bifronte del derecho a la desconexión digital

El derecho a la desconexión digital, al que se han dedicado numerosísimos y valiosísimos estudios doctrinales, fue objeto de mi atención en fechas tempranas, aunque ya disponíamos del claro antecedente francés y de algunas aproximaciones iuslaboralistas relevantes a cargo de los profesores Francisco Alemán, Cristóbal Molina o Rosa Vallecillo⁴, entre los más significativos. Me interesé por este tema para participar en 2018 en un Congreso celebrado en Bérgamo y que publiqué en Revista CEF 2019 con el título “*El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*”. Con posterioridad he intervenido en varios foros incidiendo en la cuestión, reflejándolo en un capítulo en una obra colectiva que vio la luz en la editorial laborum, con la rúbrica “*La desconexión digital como mecanismo de prevención de la fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados*” y deudoras de todo este bagaje son las presentes reflexiones centradas en su contrapartida (y límite necesario) al poder de dirección del empresario.

Evitando ser reiterativa en exceso, en aquel estudio exploratorio ponía de manifiesto algunos aspectos que han condicionado el desarrollo posterior del ejercicio del derecho. Así, cuestionaba la propia adecuación de su inclusión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los

¹ Al que ha dedicado numerosos trabajos posteriores, por todos, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos* nº 4, 0 pp. 109 ss; “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 48, 2004, pp. 135 ss.

² Civitas, Madrid, 2ª ed., 2009. O *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

³ MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 111. O sus incontables ensayos dedicados a la conformación del trabajo por cuenta ajena y dependiente, por todos, “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales* nº 81/2005, pp. 25 ss.

⁴ ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail»”, *Trabajo y Derecho* nº 30, 2017, LA LEY 5231, pp. 1-25; MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, “Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pp. 249-283; VALLECILLO GÁMEZ, MARÍA ROSA, “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 408, 2017, pp. 167-178.

Derechos Digitales (en adelante, LOPD)⁵, específicamente en su art. 88, así como la tibia reforma del ET y la ubicación sistemática del derecho en su seno. Ya entonces apuntaba a la necesidad de reformar otras normas laborales, más allá del “novedoso” art. 20 bis ET. Por su parte, resultaban ya notorias las dificultades para su puesta en práctica y las lagunas, seguramente deliberadas, de la norma en cuestión, entre ellas la falta de definición o delimitación del contenido del derecho, la ausencia de normas mínimas de aplicación en defecto de pacto o la carencia de sanciones ante la falta de cumplimiento por parte de las empresas.

Por hacer balance, indicaba que reflejaba la falta de un mínimo esfuerzo delimitador o de fijación de un contenido mínimo, aunque era positiva la plasmación de otros valores dignos de protección y tradicionales en el ordenamiento laboral, tales como el descanso, el respeto a la vida personal y familiar y la calidad de vida en el trabajo, aunque ésta de forma bastante más tímida. Asimismo, la gran relevancia de la previsión de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales.

En apretada síntesis, concluía que la norma ponía en el centro del sistema la elaboración de una política empresarial consistente en la adopción de las medidas oportunas para garantizar el ejercicio del derecho alcanzando un resultado sin imponer fórmulas tasadas de cumplimiento obligatorio, conjugando la garantía con la flexibilidad de los mecanismos adecuados empleados para su cobertura. Queda, por tanto, en última instancia, en manos empresariales, aunque dando audiencia a la representación de los trabajadores, la elección de los medios oportunos y los instrumentos para su puesta en marcha, siempre que a la postre las personas trabajadoras puedan ejercer la desconexión digital.

Junto a lo anterior, y dada la falta de exigencia al trabajador de una conducta concreta en aras de la desconexión digital, prevista en términos de derecho, con referencia a las modalidades de ejercicio y a la formación y sensibilización del personal, suscitaba la espinosa cuestión de la configuración como derecho o derecho-deber de quien presta servicios, posición compleja dado el planteamiento, muy apegado al de la normativa francesa, de desechar las obligaciones del trabajador y, más aún, la penalización del incumplimiento. Aunque esta posición no es en sí criticable, la práctica ha demostrado que es difícil satisfacer el derecho sin una mínima colaboración por parte de la persona trabajadora.

Por tanto, como ya apuntaba entonces, problema fundamental sería la forma de exigencia al empleador de su “deber de no contactar a la persona trabajadora” y a esta última de un hipotético deber de descansar, al menos parcialmente, en el tiempo no dedicado al trabajo, con el riesgo de abuso por parte empresarial, que tiene en su mano alegar la voluntariedad en orden a la conectividad permanente. Aun sabidas las dificultades para imponer un deber descansar, al ser la persona que trabaja libre en relación con el uso de su tiempo de no trabajo, no es dudosa la exigencia de cierta responsabilidad, al menos la necesaria “colaboración”, manteniéndose desconectado de la empresa para garantizar la separación de los espacios de vida y trabajo y su

⁵ BOE 6 de diciembre.

propia seguridad y salud. Planteamiento que no desconoce en absoluto las patentes restricciones de la autonomía de la voluntad impuestas por la prestación subordinada, también a la hora de demostrar la diligencia y el exacto cumplimiento de la prestación laboral que le pueden “condenar” a una conexión casi permanente. Complejidad que no desaparece aunque se recurra al apoyo del art. 29 LPRL (deberes del trabajador).

La configuración exclusivamente como derecho, su ubicación sistemática y la mínima “modificación” del texto estatutario, al incluir el art. 20 bis ET, llevaron a vincular con fuerza la desconexión a la intimidad y a los poderes empresariales por encima de otros derechos fundamentales, aunque la LOPD aludía a la conciliación y a la fatiga informática. El trascurso del tiempo ha demostrado la insuficiencia del enfoque legal, entre otros motivos, porque no se ha enmarcado en reformas más profundas de la regulación del tiempo de trabajo, abordando las cuestiones más complejas de la ordenación flexible (bidireccional) del tiempo de trabajo y de su propio control y registro, conectándolo en mejor modo con la tutela preventiva en las empresas. Por eso, ya entonces consideraba sintomático que el texto de la LOPD acometiera la reforma del ET (RD legislativo 2/2015, de 23 de octubre) añadiéndole un art. 20 bis (DF decimotercera), como una especie de límite a los poderes organizativos, sin desarrollo alguno.

III. Algunos desenfoques en la configuración legal del derecho a la desconexión digital

Por tanto, muy sintéticamente, los desenfoques principales partirían de la propia ubicación del derecho y su configuración en un texto no laboral (LOPD), unida a la inclusión de la “tutela” en el art. 20 bis, como una especie de restricción o “contrapartida” a los poderes cada vez más extensos del empresario y a la desmedida expansión de la facultad de vigilancia y control facilitada por la revolución tecnológica y más concretamente de internet y la inteligencia artificial. Detrás de todo ello late la concepción en términos de derecho, sin contemplar siquiera el deber empresarial que es la clave de bóveda de una construcción moderna, efectiva y garantista de la desconexión digital, que es un problema que supera, lógicamente, las fronteras del mundo laboral, pero que debe afrontarse específicamente en su seno, al margen de políticas más generales de formación, concienciación y sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos tecnológicos.

Brevemente, en relación con el AENC 2023⁶ que presta especial atención a la desconexión digital, junto a otras conclusiones cabe señalar que, aunque plantea aspectos positivos, suscita dudas más que razonables acerca del modo de enfocar la regulación convencional de la materia. Es de agradecer el paso al frente dado al definir el derecho en términos de “*limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica*”, a fin de garantizar el tiempo de descanso, con un enfoque que apunta sutilmente al deber empresarial (de no molestar). También han de acogerse positivamente otras recomendaciones o que se ejemplifiquen buenas prácticas para incluir en sede negocial, tales como programar respuestas automáticas para períodos

⁶ Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo).

de ausencia, designando los datos de contacto de quien asuma las tareas en su ausencia o utilizar el “envío retardado”.

No obstante, se echan en falta fórmulas o restricciones concretas, respuestas sancionadoras e impulsos a la participación (en especial de los representantes específicos). El aspecto más problemático radica en su configuración algo simplista en clave de “derecho” a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo, que debería venir acompañado del “deber empresarial de abstención”⁷, sistemáticamente ignorado. A mayor abundamiento, sorprende la expresa mención a la salvedad consistente en que “la conexión voluntaria de una persona trabajadora no conllevará responsabilidades de la empresa”.

IV. El art. 20 bis ET y su proyectada reforma

Sentado todo lo anterior, querría centrar mis conclusiones en la propuesta de reforma del art. 20 bis ET. Como es sabido, en el texto del ET, el derecho a la desconexión se ubica justo después del precepto dedicado al poder de dirección del empresario y en cierta medida como una contraprestación a la ampliación operada en las facultades de vigilancia y control. Resulta un emplazamiento bastante llamativo, siendo más acertada su inclusión en el art. 34 ET (jornada de trabajo) o, inclusive, en el 19 ET (seguridad y salud) ligado a los valores que, en última instancia, está llamado a proteger.

No falta algún antecedente judicial de esta faceta ligada al control empresarial y a sus poderes directivos, por ejemplo, la SAN 17 de julio de 1997⁸, lejos aún del imparable avance de las comunicaciones o los sistemas de mensajería instantánea, vino a sostener que pretender obligar a los empleados a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles de la empresa y con los clientes, en horas no coincidentes con la jornada, sobrepasaría las facultades normales o regulares de la empresa.

En definitiva, incluirlo en el 20 bis ET parecía la vía más fácil y rápida para la plasmación legal en sede estatutaria del derecho, si bien no resultaba estrictamente necesario, pues su existencia era patente. Ahora bien, lo esencial era, es y seguirá siendo saber qué eficacia práctica va a desplegar y cómo se va a garantizar su efectivo ejercicio. Por ello, quizás fruto de la improvisación, la regulación se muestra insuficiente, y más aún su reflejo en el ET, necesitada de una reforma más ambiciosa que sitúe la desconexión en una ordenación más actualizada y equilibrada del tiempo de trabajo, adaptada a las nuevas exigencias tecnológicas, empresariales y laborales.

El proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión⁹, que no ha recibido los apoyos necesarios en el congreso de los diputados en septiembre de

⁷ Entre los últimos trabajos que acogen este planteamiento, puede verse MOLERO MARAÑÓN, M. L., “El derecho a la desconexión digital: ¿utopía o posible realidad?”, *Temas Laborales* nº 177, 2025, p. 35.

⁸ AS 1997/3370. De forma más colateral, porque no examina el problema del deber de estar conectado, sino del de facilitar el número de teléfono móvil o el e-mail, que han de ser actos voluntarios, *vid.* STS de 21 de septiembre de 2015, nº rec. 259/2014.

⁹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados. XV Legislatura 16 mayo 2025.

2025, junto al reconocimiento a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales, la desconexión y la intimidad, prescribe que el deber empresarial de “garantizar el derecho a la desconexión supone, entre otros, la ausencia de toda solicitud de realizar una prestación laboral y la ausencia de comunicación de la empresa o persona en quien delegue, así como de terceros con relación comercial con la empresas, con la persona trabajadora, mediante cualquier dispositivo, herramienta o a través de medios digitales, así como el derecho a no estar localizable fuera de su horario de trabajo”. A lo que se añade que “El derecho a la desconexión es irrenunciable”.

Se llama también ahora a la negociación colectiva a fin de que incluya las posibles excepciones al derecho limitadas a circunstancias excepcionales que puedan constituir un riesgo grave para aquellas o para otras personas o un potencial perjuicio empresarial grave, siempre que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas. En términos similares se expresaba el AENC, aunque desaparece aquí la mención a la “fuerza mayor”. Deja claro que ha de ser el convenio¹⁰ quien concrete efectivamente los supuestos sin dejarlo en manos puramente empresariales convirtiendo la excepción en regla¹¹. No acoge la exigencia de información por escrito al trabajador que sí se impone en el ámbito europeo (en la propuesta de Directiva sobre desconexión digital de 2021). Asimismo se reconoce, acompasado con la irrenunciabilidad del derecho, una garantía de indemnidad derivada del ejercicio por parte de la persona trabajadora, en términos de que “el rechazo o la no atención de la comunicación o de la petición de prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral no podrán generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora”, que es donde pone la atención el AENC.

Los cambios, sin duda, suponen una notable mejora y una mayor claridad respecto a la regulación vigente, aunque no deja de llamar la atención que no se contemple expresamente sanción alguna en la LISOS, pese a los nuevos tipos legales, en relación con la desconexión digital o en el contenido del art. 20 bis ET.

Además, sigue faltando en el ordenamiento español una vinculación más directa a nivel legislativo entre el derecho a la desconexión y la seguridad y salud y más específicamente, la prevención de riesgos psicosociales. El CESE ya avanzó que “el uso cada vez más intenso de las TIC puede representar un riesgo para la salud”, constatando el aumento de las personas trabajadoras que sufren estrés y síndrome de desgaste profesional, que es ya una realidad preocupante y costosa, instando a un diálogo social amplio para limitar la disponibilidad permanente de los trabajadores y su formación para la utilización de las TIC como respuestas necesarias¹².

¹⁰ La SAN de 22 de marzo de 2022 (rec. 33/2022) consideró nula la cláusula del acuerdo de teletrabajo -adhesivo- por obligar a la persona trabajadora a atender la demanda de trabajo en circunstancias de urgencia justificada, eso es, las que puedan suponer “un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata”, puesto que no puede ser una exigencia unilateral.

¹¹ Muy crítica con esta amplitud MOLERO MARAÑÓN, M. L., “El derecho a la desconexión...”, *op. cit.*, p. 38.

¹² Informe del Comité Económico y Social Europeo sobre *Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo* (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia Estonia) (2017/C 434/05) (DOUE 15 diciembre 2017).

El art. 14.1 LPRL que se incluye entre los que se reformarían en la hipotética renovación de la normativa preventiva, se plantea en el primer borrador facilitado a los agentes sociales, incluyendo expresamente el derecho a la desconexión digital dentro del derecho a la protección eficaz.

El avance es lento pero notorio en la sala 4ª del TS, así en la STS 19 julio 2016¹³ en relación con la implantación de un nuevo programa informático de uso común y sencillo manejo para la gestión de tiempos de trabajo, modernización del ya existente, se descarta la necesidad de realizar la previa evaluación de riesgos laborales, dadas las características de la herramienta utilizada, pues no supone un cambio en la organización y gestión de los tiempos y no impone un sacrificio notable para los trabajadores. Por tanto, *sensu contrario*, donde concurren estos últimos elementos, alterándose la ordenación de los tiempos con posible afectación a la vida o la salud, se activarán los deberes empresariales de tutela.

Pese a la no aprobación de la modificación legal en los términos expresados, es patente que el instrumento esencial para la efectividad del derecho pasa por la negociación colectiva, pero es obligación del empresario, con el único pasador de seguridad de la previa audiencia con los representantes, la elaboración de una política interna que, si bien se mira, podría venir integrada en la propia política de prevención de riesgos laborales obligatoria en la empresa, con la intervención de los servicios de prevención o trabajadores designados y los delegados de prevención, siendo seguramente el lugar más apropiado dada su clara vinculación con la mejora de las condiciones de seguridad y salud y la calidad de vida en el trabajo. Siempre que se huya de las tradicionales fórmulas vacías de contenido o del cumplimiento meramente formal de la obligación legal.

De todas formas, la evolución o el fracaso o el éxito de una limitación efectiva de los riesgos de hiperconectividad y de sobrecarga y fatiga informática radican en que los convenios se hagan eco de la necesidad de partir de la configuración de la desconexión en clave de derecho pero a través de su reverso, esto es, del deber empresarial de abstención que limita claramente sus facultades directivas como radica claramente, al menos en la intención legislativa, cuando lo sitúa específicamente en el art. 20 bis ET y no en otros preceptos que, incluso, tenía más a mano.

El panorama, si la negociación no actúa eficazmente y las empresas no apuestan por unas políticas reales y eficaces de desconexión digital, adaptada a sus necesidades y las características de su personal, nos llevará a un derecho vacío de contenido, donde se sigue poniendo el acento en la voluntad de la persona trabajadora y en su derecho a no responder, cuando, en puridad, un entendimiento teleológico de la regulación existente, ligada a los derechos de conciliación y de salud laboral, no puede sino entenderse como un límite que impone al empresario una obligación negativa de no hacer (no molestar) junto con actuaciones positivas efectivas y eficaces que pasan por la formación en el uso razonable de los medios digitales y el empleo de medidas que garanticen la desconexión, por tanto, como límite claro a sus poderes directivos que resultan imprescindibles ante la ubicuidad de los dispositivos tecnológicos.

¹³ (rec. 162/2015).

Poder de dirección, intimidad digital y desconexión: reflexiones a propósito de la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022)

ANA I. PÉREZ CAMPOS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. Introducción

El poder de dirección del empresario -la facultad de organizar, impartir órdenes y controlar la prestación laboral- constituye un elemento estructural de la relación de trabajo, que debe ejercerse dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. En las últimas décadas, esta potestad empresarial se enfrenta a nuevos desafíos derivados de la transformación digital del trabajo. La generalización de las tecnologías de la información ha difuminado las fronteras tradicionales de tiempo y lugar de la prestación, generando situaciones de *hiperconectividad* que comprometen tanto el derecho al descanso como la intimidad personal y familiar de los trabajadores, lo que está exigiendo una delimitación jurídica más precisa de las facultades empresariales en este ámbito.

En este contexto adquieren relevancia el derecho a la intimidad digital, referido al uso de dispositivos electrónicos, comunicaciones corporativas y sistemas de control, y el derecho a la desconexión digital como la facultad del trabajador de no atender comunicaciones empresariales fuera de su jornada. Ambos derechos, responden a la necesidad de equilibrar las prerrogativas organizativas de la empresa con la protección de la salud, la vida privada y la conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores.

La jurisprudencia comenzó a perfilar los contornos de estos derechos, concebidos como un contrapeso necesario al poder de dirección en el ámbito digital. En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2024 (Rec.

263/2022) constituye una oportunidad particularmente valiosa para reflexionar sobre la interacción entre poder directivo y los derechos digitales en el trabajo contemporáneo. Además, resulta un marco idóneo para rendir homenaje al profesor Montoya Melgar, cuyas enseñanzas sobre los límites del poder de dirección del empresario conservan plena vigencia.

II. Marco normativo: de la potestad directiva a la protección de la intimidad y la desconexión digital

El ordenamiento laboral español reconoce expresamente el poder de dirección del empresario y al mismo tiempo establece límites para garantizar los derechos del trabajador. El Estatuto de los Trabajadores (ET), en sus arts. 5.c) y 20, consagra el deber de obediencia del trabajador y la facultad empresarial de organizar y controlar la actividad laboral. En particular, el art. 20.3 ET faculta al empleador para vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales “por los medios que estime más oportunos”, incluyendo medios tecnológicos, siempre con respeto a la dignidad humana. No obstante, no se trata de un poder absoluto sino limitado por el respeto a los derechos fundamentales que, en cuanto aplicables a los trabajadores asalariados, operan como límite de los poderes del empresario¹.

El legislador dio un paso decisivo con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Esta Ley, además de adaptar el derecho interno al Reglamento europeo sobre protección de datos², incorporó un Título X que reconoce derechos digitales de los ciudadanos y, de forma particular, de los trabajadores. Incluso modificó el Estatuto de los Trabajadores añadiendo un artículo 20 bis ET donde queda reflejada la voluntad de asegurar en la relación laboral una protección específica de la intimidad en entornos digitales, junto al entonces emergente derecho a la desconexión.

En desarrollo del mandato general de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la LOPDGDD establece en su art. 87 el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. Dicho precepto autoriza al empleador a definir las reglas de uso de los medios informáticos o telemáticos que pone a disposición del trabajador para su labor, pero condiciona esa potestad a importantes límites y procedimientos. En concreto, el apartado tercero del citado art. 87 impone que la elaboración de criterios de uso de dispositivos (ordenadores, correo electrónico corporativo, Internet, teléfonos, etc.) se realice “con la participación de los representantes de los trabajadores”³. Por su parte, el art. 88 LOPDGDD reconoce y regula el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. Este derecho pretende garantizar fuera

¹ Entre otras, véase, la STC 98/2000, de 10 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000). MONTAÑA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario Art. 20)” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 577.

² Reglamento (UE) 2016/679, 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 (DOUE de 4 de mayo de 2016).

³ Como se ha señalado, se trata de una norma imperativa orientada a salvaguardar la intimidad del trabajador en este ámbito específico. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Cualquier cambio en la política de uso de dispositivos digitales que impacte en la intimidad debe contar con la participación de los

del tiempo de trabajo el respeto de su descanso -en clave de prevención de riesgos psicosociales- y de su intimidad personal y familiar -en clave de conciliación de la vida laboral y privada- frente a la utilización extensiva de las TIC en el ámbito laboral. Para hacer efectivo este derecho, el precepto obliga a las empresas a elaborar, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, una política interna de desconexión. Es importante subrayar que la ley exige “audiencia” pero no necesariamente acuerdo con la representación laboral; es decir, el empresario puede adoptar unilateralmente su protocolo de desconexión, siempre que escuche previamente las sugerencias de los representantes y respete los mínimos legales y convencionales. Esta distinción -política interna vs. regulación convencional del derecho- ha sido confirmada por la jurisprudencia reciente, como veremos.

III. La STS de 6 de febrero de 2024 y los límites procedimentales al poder de dirección en el entorno digital

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2024, aunque no aborda de forma directa el derecho a la desconexión, sí se pronuncia sobre la intimidad digital y sobre los límites procedimentales que condicionan el ejercicio de las facultades empresariales en materia de uso de dispositivos. Su doctrina constituye, por ello, una base idónea para reflexionar sobre la interacción entre poder de dirección y los derechos digitales.

El litigio se originó a raíz de una comunicación interna mediante la cual la empresa prohibía el uso personal de los ordenadores e introducía nuevas medidas de control, incluyendo la posibilidad de acceder en cualquier momento a los equipos y correos electrónicos corporativos de los trabajadores, pudiendo ser “analizados, examinados, formateados y/o reseteados” por la empresa. Esta instrucción empresarial se elaboró unilateralmente, sin consulta ni participación de los representantes legales de los trabajadores (RLT), pese a incidir directamente en la privacidad de las comunicaciones de los trabajadores. El sindicato demandante impugnó la decisión alegando la vulneración del art. 87.3 LOPDGDD que impone la participación de la RLT en la elaboración de las normas de uso de dispositivos digitales.

La Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de julio de 2022 (Proc. 178/2022), dio la razón a la parte sindical y declaró nula la decisión empresarial impugnada, al haberse adoptado sin la preceptiva intervención de los representantes de los trabajadores. La empresa, disconforme, interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo y alegó que su comunicación no introducía ninguna política nueva, sino que era un mero recordatorio de reglas ya existentes (la prohibición de usar los medios corporativos para fines personales), amparado en el genérico poder de control del art. 20.3 ET. Defendía que, al no haber novedad material sino solo reiteración de una directriz previa, no era exigible iniciar un procedimiento de elaboración con participación sindical. Asimismo, sostenía que el tenor literal del art. 87.3 LOPDGDD circumscribe la participación de la RLT a la fase de “elaboración” de los criterios de

representantes de los trabajadores (STS 6/2/24)”. Blog, Una mirada crítica a las relaciones laborales. <https://ignasibeltran.com/2024/02/18/>.

uso, pero no a comunicaciones posteriores que se limiten a recordar prohibiciones ya implantadas.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la nulidad de la decisión empresarial. La Sala articuló su razonamiento en dos líneas principales:

En primer lugar, realiza una interpretación sistemática y finalista de las normas en conflicto (arts. 20.3 ET y 87.3 LOPDGDD), concluyendo que esta última constituye una *lex specialis* que prevalece en el ámbito específico de los dispositivos digitales. El Tribunal recuerda que el art. 20.3 ET es una norma general que habilita al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento laboral, aplicable a todo tipo de actividades y medios de trabajo. En cambio, el art. 87.3 LOPDGDD se refiere “específicamente a los criterios de utilización de los dispositivos digitales” entregados por el empleador a sus empleados, y autoriza al empresario a establecer normas al respecto “a la vez que establece limitaciones” vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores⁴ que incluyen, explícitamente, el deber de participación de la representación laboral en la elaboración de las normas de uso. En palabras del alto tribunal, el precepto especial (art. 87.3) actúa como “especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del art. 20.3 ET”, justificado porque en ese ámbito la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible. Consecuentemente, siempre que estemos ante la regulación del uso de herramientas digitales de trabajo, el empresario no puede ampararse únicamente en su poder ordinario de dirección y control, sino que debe hacer partícipe a los representantes de los trabajadores.

En segundo lugar, la Sala aplica esos principios al caso concreto para determinar la naturaleza de la comunicación empresarial litigiosa. A la luz de los hechos probados, concluye que la instrucción dada por la empresa no era un simple recordatorio inocuo, sino una modificación o actualización sustancial de los criterios de uso vigentes, con introducción de nuevas restricciones y controles. En efecto, aunque en la circular se “recuerda” la prohibición de uso personal de los equipos, acto seguido se añade una serie de medidas dirigidas a impedir usos indebidos, entre ellas la mencionada facultad empresarial de acceso amplio a ordenadores y correos sin garantías adicionales.

Estas medidas configuran un auténtico endurecimiento de las reglas de uso, no comunicadas previamente a los trabajadores, ni negociadas. Así, la omisión de la participación colectiva vicia de nulidad las políticas internas sobre dispositivos o desconexión; las pruebas obtenidas mediante controles no informados o desproporcionados pueden ser ilícitas; y la empresa se expone a responsabilidades laborales, administrativas e incluso en protección de datos.

En consecuencia, la digitalización ha desplazado el eje clásico del control -del espacio físico a los dispositivos y a los flujos de datos- y, con ello, ha intensificado los riesgos para la intimidad y el tiempo de descanso. Frente a esta mutación, el ordenamiento ha respondido procedimentalizando el ejercicio de las facultades empresariales: allí donde antes bastaba el art. 20.3 ET como cláusula habilitante general, hoy se impone la *lex specialis* de los derechos digitales, que exige participación de la representación legal

⁴ *Ibidem*.

de las personas trabajadoras, transparencia en las reglas de uso y proporcionalidad en las medidas de control. La participación colectiva opera como garantía frente a la unilateralidad y como instrumento de equilibrio entre facultades organizativas del empresario y la protección de la intimidad del trabajador en el entorno tecnológico. La recepción doctrinal de la sentencia ha sido positiva, en la medida en que considera que aporta seguridad jurídica y coherencia con la finalidad protectora de la LOPDGDD⁵.

IV. Poder de dirección y desconexión: convergencias judiciales recientes

La sentencia del Tribunal Supremo analizada se inserta en una línea jurisprudencial más amplia dirigida a concretar los límites del poder de dirección frente a los nuevos derechos digitales y resulta extrapolable al ámbito de la desconexión digital, donde también se debate si las políticas empresariales pueden adoptarse unilateralmente o deben exigirse límites procedimentales.

La mencionada doctrina jurisprudencial tiene un reflejo claro en la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2024⁶, en la que se discute si la política interna de desconexión digital debía ser fruto de negociación colectiva o si bastaba con la audiencia previa a la RLT. La Audiencia Nacional confirmó que las empresas pueden aprobar unilateralmente sus políticas de desconexión, siempre que cumplan con el trámite de audiencia previa a los representantes. Es decir, distingue entre dos planos: por una parte, la creación de la política interna de desconexión, que se encuadra en la facultad organizativa del empresario (igual que otras políticas internas de empresa), sujeta únicamente al deber de informar y escuchar a la RLT; y por otra, la regulación del ejercicio del derecho de desconexión, que podría ser objeto de desarrollo mediante negociación colectiva o acuerdos de empresa vinculantes.

En consecuencia, el poder de dirección se integra con los derechos digitales a través de procedimientos de coestión interna (información, audiencia, negociación) y de estándares de proporcionalidad, de modo que la organización del trabajo en clave tecnológica quede alineada con las garantías constitucionales. La compatibilidad entre eficiencia empresarial y tutela de la persona trabajadora no se obtiene debilitando los derechos, sino canalizando el poder directivo por vías que aseguren transparencia, participación y límites razonables. La aportación más significativa del enfoque garantista que se consolida obliga a revisar y, cuando proceda, negociar las políticas tecnológicas,

⁵ En su comentario, el profesor Beltrán de Heredia Ruiz. I. Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales, citado destaca tres nociones fundamentales que respaldan la ratio de la STS 6-2-2024: la distinta lógica de los arts. 20.3 ET y 87.3 LOPDGDD, siendo éste una especificación sectorial por la especial sensibilidad de la intimidad digital; el carácter imperativo del art. 87.3, aplicable incluso a políticas previas; y la debilidad del argumento de “recordatorio” cuando, de hecho, la instrucción intensifica el acceso y control empresarial. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 2/2024 refuerza esta línea: cualquier elaboración o modificación de criterios digitales sin participación de la RLT conduce a nulidad. MORENO CÁLIZ, S.: “La participación de los representantes de los trabajadores en la elaboración de criterios sobre el uso de los dispositivos digitales. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2024”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 68, 2024. subraya que la participación es más que una información formal; obliga una consulta sustantiva.

⁶ Sentencia 53/2024 de la Audiencia Nacional, de 6 de mayo de 2024 (Rec. 62/2024).

convirtiendo la cultura de la empresa en el principal garante de la intimidad y de la desconexión en la sociedad digital.

Ahora bien, la formalización procedimental de los límites al poder de dirección en el entorno digital presenta ciertos riesgos, entre los que destacan, de un lado, el incremento de la litigiosidad de carácter formal y, de otro, la desigualdad organizativa entre empresas con distinta capacidad de cumplimiento.

En primer lugar, puede producirse un incremento de la litigiosidad de carácter formal, en la medida en que decisiones materialmente razonables y proporcionadas resultan anuladas por defectos procedimentales -como audiencias insuficientes, información incompleta o ausencia de trazabilidad de la consulta a la RLT exigida por el art. 87.3 LOPDGDD-. Esta deriva comporta, además, efectos relevantes tales como la posible declaración de ilicitud de pruebas obtenidas al amparo de controles deficientemente informados, la reiteración de trámites y la consiguiente elevación de los costes de transacción, así como la incentivación de impugnaciones centradas en la forma con independencia del fondo del asunto.

En segundo término, el sometimiento del poder de dirección a garantías procedimentales podría acentuar la desigualdad organizativa entre empresas, especialmente al comparar grandes corporaciones -dotadas de estructuras de cumplimiento y RLT estable- con pymes o centros de trabajo sin representación. Allí donde el ordenamiento impone audiencia o participación de la RLT, la inexistencia de representación no exime del cumplimiento de la finalidad protectora, pero sí dificulta su realización. En ausencia de RLT, el empresario debe arbitrar mecanismos alternativos de consulta e información (por ejemplo, procesos de consulta a la totalidad de la plantilla, comisiones *ad hoc* o apoyo en órganos paritarios existentes), cuidando de acreditar su efectividad; sin embargo, la indeterminación de estos cauces podría incrementar el riesgo de nulidad por insuficiencia formal y, con ello, la exposición a sanciones o a la ineficacia de políticas tecnológicas necesarias para la actividad.

En definitiva, el equilibrio entre poder de dirección e intimidad y desconexión digital solo será real si las garantías procedimentales se traducen en prácticas efectivas, transparentes y proporcionadas, fruto del diálogo social y ajenas al mero formalismo.

Políticas empresariales y desconexión digital

FERRÁN CAMAS RODA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía
Universitat de Girona*

I. Introducción

La iniciativa de Ediciones Laborum de homanejar al Pr. Alfredo Montoya Melgar con motivo de su fallecimiento a través de la edición de un libro colectivo sobre el poder de dirección del empresario ofrece una oportunidad encomiable para conocer el estado de esta cuestión a través de las contribuciones escritas que va a realizar una parte importante de la doctrina *iustlaboralista* española, sino que también, desde el punto de vista de los propios autores que participamos, de manifestar con nuestra aportación lo referente que fue para nuestra formación la obra del Pr. Montoya, empezando en mi caso ya como joven estudiante, de su Manual de Derecho del Trabajo.

Conforme a las indicaciones de la educación que se presente, en la que se otorga libertad a los participantes para escoger un tema que, en todo caso, aborde cuestiones relacionadas con los límites que posee el empresario a la hora de organizar y gestionar su empresa, especialmente desde la óptica de interacción con los derechos de los trabajadores, yo he elegido uno que se enmarca en el objeto general de investigación de mi equipo en la Universidad de Girona (UdG), que es donde presto mis servicios, cual es el régimen jurídico del teletrabajo.

En concreto, hemos obtenido del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades u proyecto de investigación que lleva por título “No discriminación, bienestar laboral y teletrabajo de personal extranjero: tres elementos clave para la consolidación del trabajo a distancia” (2025-2027). De hecho, dicho proyecto de investigación lo estamos llevando a cabo de forma coordinada con la *Universitat Oberta de Catalunya* (UOC), cuya investigadora principal fue inicialmente la Pr. Irene Rovira y actualmente lo es la Pr. Eva Rimbaud, bajo el paraguas de un mismo proyecto coordinado,

titulado “La necesaria consolidación del trabajo a distancia: oportunidades, desafíos y propuestas”, que es justamente el que da cobertura a la convocatoria de artículos doctrinales en la que me honra participar a través de esta contribución escrita.

Como se establece en la Memoria del Proyecto coordinado de UdG y de la UOC, es la necesaria mitigación de la inseguridad jurídica en el ámbito del trabajo a distancia, lo cual se pretende conseguir principalmente a través de dos vías: en primer lugar aminorando la incertidumbre y mejorando la calidad de la regulación vigente sobre el teletrabajo, por ejemplo aportando soluciones a los problemas derivados de su aplicación, cubriendo las principales lagunas o vacíos existentes que se estén constatando en la normativa o aportando propuestas para su reforma; y en segundo lugar reduciendo la dificultad jurídica a la que se enfrentan los empleadores a la hora de ofrecer el trabajo a distancia mediante la creación de recursos *ad hoc* que les faciliten el correcto cumplimiento de las obligaciones más complejas y relevantes que se desprenden.

Con estos mimbres, y como debo atenerme al objetivo pretendido a la convocatoria de escritos para el libro colectivo de homenaje al Pr. Montoya, pretendo centrarme en el reconocimiento y la real puesta práctica del “derecho a la desconexión”, en primer lugar del conjunto de personas trabajadoras sea cual sea su modalidad de trabajo, y posteriormente de las personas teletrabajadoras en particular. Para ello, voy a abordar dos sentencias judiciales que vale la pena tener en consideración para conocer, en primer lugar, las finalidades que deben anudarse el derecho a la desconexión, y en segundo lugar, los límites que las políticas empresariales tienen al establecer reglamentaciones propias que afecten a dicho derecho.

II. Nuevas tendencias de la finalidad del derecho a la desconexión de las personas trabajadoras

Se ha de recordar expresando que el art. 20bis del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante LET), bajo el epígrafe “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”, establece que los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización “en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Antes de centrarme en el alcance que la legislación de protección de datos y garantía de derechos digitales tiene sobre el derecho a la desconexión, conviene precisar por tanto que en el marco de la legislación española, el Derecho a la desconexión se une a los derechos a la intimidad. No necesariamente se debe entender que el derecho a la desconexión esté incluido en los Derechos a la intimidad del trabajador, pero en todo caso se mantiene un vínculo mínimo. En todo caso, ese vínculo del derecho a la desconexión con la intimidad ha sido llevado más allá de dicho derecho fundamental para acabar involucrando a otro, el de la integridad moral previsto en el art. 15 de la Constitución Española.

En particular, se ha de traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia-TSJ de Galicia 3558/2025, de 25 de abril de 2025), en la que se valora el hecho de que una trabajadora (según los hechos probados, su trabajo era de carácter presencial, no a distancia, aunque gozaba de gran flexibilidad horaria), estando en situación de incapacidad temporal informada por ansiedad y estrés por motivos laborales, recibió correos electrónicos, ya desde el primer día de su baja laboral, como parte de un hilo previamente creado cuyo contenido estaba dirigido a otras personas (la sentencia reconoce, en todo caso, que en esos correos no se le pedía que respondiera inmediatamente a los correos electrónicos). Ante la reclamación de la trabajadora por haber recibido e-mails estando en situación de incapacidad temporal, la STSJ de 25 de abril de 2025 manifiesta que en el caso planteado, el derecho a la desconexión digital está vinculado al derecho fundamental a la integridad moral, “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra cualquier tipo de intervención en dichos bienes sin el consentimiento de su titular (SSTC n.º 120/1990 y n.º 207/1996, y art. 15 CE)”, el cual se habría vulnerado por no haber garantizado la empresa el derecho a la desconexión digital de la trabajadora cuando se encontraba fuera de su jornada laboral, dado que el contrato estaba suspendido por incapacidad temporal. Además, la sentencia dice que la causa de incapacidad temporal fue un trastorno de ansiedad, y por tanto una enfermedad mental, lo que agrava la injerencia en el derecho a la integridad moral, visto el malestar que supone recibir correos electrónicos de la empresa durante la situación de baja laboral en la que se encontraba la trabajadora. Según la resolución judicial, esta actuación de la empresa, que partiría de la premisa de que el trabajador está a su disposición en cualquier momento de su vida, incluso en situación de incapacidad temporal, para atender o al menos recibir comunicaciones de la empresa, es un incumplimiento de la obligación de desconexión digital en el caso de un trabajador en situación de incapacidad temporal e infringe su Derecho a la integridad moral, ya que cosifica al trabajador y atenta contra su dignidad. Para la sentencia, la actuación empresarial impide el libre desarrollo de la personalidad sin injerencias injustificadas fuera de los límites estrictos del tiempo de trabajo y dificulta el ejercicio de la intimidad inherente a la vida personal y familiar y los derechos de conciliación contemplados en el artículo 88 de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPDGDD).

Llegado a este punto, conviene analizar dicho art. 88 LOPDGDD, al cual se reenvía el art. 20bis de la LET en relación a los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. El art. 88 LOPDGDD tiene por epígrafe el de “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, y establece que los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Vale la pena retener que la mención específica que hace el precepto a que el derecho a la desconexión digital se desenvuelve “fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido”. En todo caso, el precepto señala que las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral,

potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Finalmente, el art. 88 LOPDGDD regula que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, deba elaborar una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Bajo ese marco, en la sentencia del TSJ de Galicia de 25 de abril de 2025 se dice, haciendo uso a una resolución previa del mismo tribunal de 4 de marzo de 2024 (rec. 5647/2023), de que el derecho a la desconexión “está vinculado no solo al derecho del trabajador a no responder a las comunicaciones del empleador o de terceros, sino también al deber de la empresa de abstenerse de contactar con el trabajador”. En este sentido, prosigue diciendo la STJS de Galicia 25 de abril de 2025, el derecho a la desconexión digital exige que no se reciban comunicaciones de la empresa fuera del horario laboral, y concluye que este derecho no se cumple por el hecho de que el trabajador no tenga la obligación de responder a las comunicaciones recibidas fuera del horario laboral de forma prácticamente inmediata. Para la resolución, el derecho a la desconexión digital lleva consigo, por regla general, un deber por parte del empleador, y de las personas dependientes o vinculadas, de abstención en las comunicaciones de orden laboral o vinculadas a la prestación de servicios fuera del tiempo de trabajo.

Una de las cuestiones de más interés que debe subrayarse en este comentario es que la lo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de abril de 2025 estaría validando es el deber de la empresa de abstenerse de contactar con el trabajador: contactar podría incluir, en este sentido, enviar un correo a diversos trabajadores entre los que se incluyese en copia a uno de ellos que está en periodo de descanso pero que, de entrada, no supondría en ningún caso que debiera intervenir tras la comunicación adoptada por la empresa (de hecho, que la empresa enviase un correo informativo -con copia a trabajadores fuera del tiempo de trabajo- atestiguaría también el celo empresarial en mantener informado al trabajador de cualquier asunto por el que pudiera tener interés aunque no le afectase directamente). Creo que esa actuación debería ser objeto de la política interna de la empresa conforme a los términos de la legislación sobre protección de datos y garantías de derechos digitales, en todo caso, en un supuesto de inexistencia de dicha política, y respecto del derecho del trabajador a la desconexión, y a esta cuestión es a la que se dedica el siguiente apartado

III. Política empresarial: límites ante el derecho a la desconexión de las personas teletrabajadoras

Focalizando mi análisis en el teletrabajo, el art. 18 de la *Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia* (en adelante LTD), que tiene por epígrafe el de “Derecho a la desconexión digital”, establece que las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital “fuera de su horario de trabajo” en los términos establecidos en el artículo 88 LOPDGDD. Antes de proseguir con la

normativa actualmente vigente en materia de teletrabajo, conviene subrayar lo que el art. 18 LTD en relación con el art. 88 LOPDGDD expresa de que el derecho a la desconexión digital se ejerce “fuera del horario de trabajo” en el primer precepto, o “fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido” en el segundo, ya que esa delimitación del derecho a la desconexión digital fue subrayada primeramente por la *Sentencia de la Audiencia Nacional-SAN (Sala de lo Social) 44/2022, de 22 de marzo de 2022 (Rec. n.º 33/2022)*, la cual conoce de un conflicto colectivo cuyo supuesto fáctico es el acuerdo sobre trabajo a distancia que una empresa firma con cada uno de sus trabajadores: en ese acuerdo se establece un clausulado, entre cuyos preceptos uno prevé que “durante las horas de trabajo en el Home Office y / o en lugares de trabajo fuera de la Empresa, el Trabajador debe asegurarse de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de Empresa”. A la hora de interpretar esta cláusula, la SAN la vincula con el art. 18.1 LTD al prever que el derecho a la desconexión digital se ejerce “fuera del horario de trabajo”, y así, señala el tribunal en su resolución que “dado que el derecho a la desconexión se vincula al tiempo fuera del horario de trabajo, la pretensión empresarial de que durante el tiempo de trabajo el trabajador esté conectado constituye una exigencia conforme a la legalidad”.

Esa interpretación se fortalece por lo que prosigue diciendo el art. 18 LTD estableciendo que el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo “durante los periodos de descanso”, así como “el respeto a la duración máxima de la jornada” y a cualesquiera “límites y precauciones en materia de jornada” que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. De hecho, para la SAN 44/2022, la LTD resalta especialmente el derecho a la desconexión fuera del tiempo legal o convencionalmente establecido para quienes teletrabajan y, según expresamente precisa el legislador, “este derecho conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso”.

Ya en el apartado 2 del art. 18 LTD, y siguiendo la estela del art. 88 LOPDGDD se señala que la empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. Continuando con lo dicho por la SAN 44/2022, *esta aplica dicha regulación en dos cláusulas de un acuerdo empresa-trabajador*, en las que una de ellas refería al derecho del trabajador a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, “salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula”, y la otra definía dichas circunstancias como aquellas que podían suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador. Según la SAN en su resolución 44/2022, “obvio es, que ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse, pero los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPDGDD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los

trabajadores”, por lo que el tribunal declara la nulidad de las cláusulas mencionadas. (la referencia al art. 88 LOPDGDD podría haberse hecho igualmente por la sentencia al art. 18 LTD)

De hecho, esta SAN 44/2022, de 22 de marzo de 2022 ha sido validada en estos aspectos mencionados por la Sentencia del Tribunal Supremo-TS (Sala de lo Social) 1514/2025, de 2 de abril de 2025 (Número de resolución 267/2025). En su resolución, el TS dice que tanto el artículo 88.3 LOPDGDD como el artículo 18.2 LTD, “establecen expresamente -se cita el artículo 18.2 LTD- que “la empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a (las) personas trabajadoras, ..., en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.” Según puede comprobarse, la legislación vigente no solo permite, sino que obliga, a la empresa a elaborar una “política interna” sobre el derecho a la desconexión digital. Lo que sucede es que esa política interna debe elaborarse “previa audiencia” de los representantes de las personas trabajadoras y no consta que ello se haya hecho en el presente supuesto. La STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022), ha examinado las consecuencias de orillar la intervención que la LOPDGDD reconoce a los representantes de las personas trabajadoras. Lo ha hecho respecto del artículo 87.3 LOPDGDD sobre los dispositivos digitales que la empresa pone a disposición de las personas trabajadoras. Este último precepto legal también establece que los empleadores deben establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, y que en la elaboración de esos criterios deben participar los representantes de los trabajadores. Pues bien, en un supuesto en que los criterios de utilización se elaboraron por la empresa sin la participación de aquellos representantes, la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022), ha declarado la nulidad de las correspondientes decisiones empresariales”.

Ese antecedente le vale al TS para aplicarlo al caso que debe resolver; para la STS 1514/2025 “es verdad que aquí se trata de unas previsiones contenidas en una cláusula del contrato tipo de trabajo a distancia. Pero ya hemos visto que este contrato tipo es un contrato redactado por la empresa al que se adhieren las personas trabajadoras. Esa redacción es donde se encuentra la “política interna” empresarial sobre el derecho a la desconexión digital a que se refieren el artículo 88.3 LOPDGDD y el artículo 18.2 LTD”. En este sentido, dice la sentencia, es que al calificar ese modo de proceder empresarial como política interna en materia de desconexión digital, la resolución judicial la somete a la regulación que sobre ello se prevé por la legislación expresada, resultando que en ese proceso de revisión el TS detecta que dicha política se ha realizado sin que haya dado audiencia previa a la representación legal de las personas trabajadoras, vulnerándose así las claras prescripciones contenidas en aquellos dos preceptos legales. Así, acaba resolviendo la nulidad de las decisiones empresariales adaptadas sin la preceptiva intervención de los representantes de las personas trabajadoras.

IV. A modo de coda

Las sentencias comentadas plantean cuestiones clave para la finalidad que debe tener el derecho a la desconexión de los trabajadores en general, y de los teletrabajadores en particular.

En primer lugar, el hecho de que dicho derecho a la desconexión debería ser un factor clave en la protección de la seguridad y salud en el trabajo para las personas trabajadoras; más allá del ligamen que puede tener con derechos como el de conciliación de la vida laboral y personal o familiar de los trabajadores y trabajadoras, o de su vínculo con los regímenes propios del Derecho a la intimidad y protección de datos, el derecho a la desconexión ha de ser visto en clave instrumento de prevención de riesgos laborales que pueden afectar al trabajador, sobre todo aquellos riesgos más vinculados a la salud mental.

Por otra parte, se puede reconocer un consenso en que el Derecho a la desconexión digital implica que más allá del tiempo de trabajo, la persona trabajadora tiene derecho a dicha desconexión, pero no concreta más, sin perjuicio de que la empresa deba llevar a cabo una política interna para definir las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. Una cuestión que aparece por tanto es si el trabajador no debe recibir ningún mensaje de su empresa durante la desconexión, o si más bien, a lo que tiene derecho es a no participar en actividades o comunicaciones laborales fuera de su tiempo de trabajo, a través de herramientas digitales, como llamadas telefónicas, mensajes electrónicos u otro tipo de mensajes, cosa por cierto por lo que apostaría *una Resolución del Parlamento europeo de 21 de enero 2021 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión*.

Podría pensarse que con la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de abril de 2025 podría pensarse en la imposibilidad de la empresa de contactar con el trabajador por cualesquiera cuestión (más aún, como en el caso visto, en que la trabajadora se encontraba de baja laboral), aunque debe pensarse también si una adecuada política de desconexión tendería más bien a proteger el derecho de los trabajadores a no acceder, o en el supuesto de hacerlo, el derecho a no involucrarse con los mensajes o comunicaciones transmitidos desde la empresa o por parte de su plantilla a través de dispositivos digitales en función de su trabajo, o en todo caso a que la empresa no le envíe mensajes que la afecten hasta el punto de que deba de responder so pena de poner en cuestión sus propios intereses. Dicho de otra forma, se erige en un derecho a no molestar al trabajador de forma que este se vea obligado a activarse fuera de su tiempo de trabajo.

En todo caso, como se ha visto de la última sentencia comentada en este trabajo, la Sentencia del Tribunal Supremo-TS (Sala de lo Social) 1514/2025, de 2 de abril de 2025, la empresa debe elaborar una política interna sobre el derecho a la desconexión oyendo a los representantes de los trabajadores: de hecho, esto es clave, la eficacia de toda política sobre el derecho a la desconexión pasa, más allá de la audiencia, ya de por si importante, por la adopción de un acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre estos extremos.

El poder de dirección de la empresa y sus implicaciones en el derecho de desconexión digital

CRISTINA RINCÓN SÁNCHEZ

Abogada

Dra. en Derecho

Prof. Asociado CEF/UDIMA

I. Introducción

Aunque no encontremos en el ordenamiento jurídico laboral una definición clara de lo que ha de entenderse por poder de dirección empresarial, es incuestionable que constituye uno de los pilares tradicionales del Derecho del Trabajo, permitiendo al empleador organizar, dirigir y controlar la actividad laboral para el logro del fin productivo de la empresa. A este respecto el Tribunal Constitucional se refiere al mismo como *imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral*¹.

Para el profesor Montoya Melgar el *Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial*².

Actualmente la universalización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), junto con la aparición de nuevas modalidades de trabajo, especialmente el teletrabajo, hacen que surjan nuevos conflictos en la ordenación de la

¹ STC 186/2000, de 10 de julio.

² MONTAÑA MELGAR, A.: “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales” en SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.33.

relación laboral³, y por ende, el poder de dirección, tradicionalmente ha sido empleado en las organizaciones empresariales, pueda verse limitado al objeto de garantizar la efectividad de derechos como el que nos ocupa.

En este contexto, el derecho a la desconexión digital surge como una imperiosa necesidad de protección de la persona trabajadora frente al riesgo de hiperconectividad, fatiga informática y erosión de su tiempo de descanso, si bien, las carencias actuales que presenta el derecho a la desconexión digital, tales como, deficiente normativa, ausencia de negociación colectiva, hacen que se evidencie que ninguno de los sujetos llamados a implementar y desarrollar este derecho hayan terminado de comprender la relevancia de del mismo.

II. Poder de dirección y su proyección en el derecho de desconexión digital

A raíz de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y la subsiguiente regulación específica en materia de trabajo a distancia o teletrabajo, se reconoce de forma expresa y autónoma el derecho a la desconexión digital de los trabajadores y empleados públicos. Este derecho se pretende erigir como contrapeso del poder de dirección, con la finalidad de garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido. Son muchos los derechos que abraza, pero es absolutamente escasa la aplicación práctica de este derecho, tan escasa es, que, la desconexión digital, logró posicionarse entre los contenidos que se abordarían en la futura Ley de reducción de jornada máxima, actualmente malograda por votación fallida en el Congreso de los Diputados.

La relación laboral, por su propia naturaleza, atribuye al empleador un haz de facultades dirigidas a la organización, control y supervisión de la actividad productiva. Este poder de dirección se manifiesta, entre otras, en la posibilidad de dictar órdenes e instrucciones, supervisar su cumplimiento y adoptar medidas disciplinarias frente a eventuales incumplimientos. Sin embargo, dicho poder no es absoluto: se encuentra delimitado constitucional y legalmente, tanto para la protección de los intereses patrimoniales del empresario como, y fundamentalmente, para salvaguardar los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

La relevancia de este derecho radica en que constituye una clara delimitación al ejercicio de las facultades empresariales sobre la disponibilidad de la persona trabajadora fuera de la jornada laboral, y consagra la imposibilidad de exigir, fuera del horario pactado, la atención de comunicaciones electrónicas o la realización de tareas laborales, salvo pacto o circunstancias excepcionales, por lo tanto, es evidente que la conceptualización clásica del poder de dirección quiebra ante la necesidad de garantizar la implementación práctica de este derecho. Ya no se trata de vigilar, controlar que la persona trabajadora esté cumpliendo con sus obligaciones laborales *stricto sensu*, sino que el empresario debe vigilar y controlar que no se vulnere el derecho a la desconexión digital.

³ MORENO VIDA, M^a N.: “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, en *Temas Laborales* núm.150, 2019, págs. 161-185.

Ahora bien, si el objetivo último del reconocimiento de este derecho es poner el foco en el empleador, poco se ha escrito, y en menor medida se ha previsto por el legislador o los propios Tribunales, no se conoce resolución alguna a este respecto, de las consecuencias de que sea la persona trabajadora la que ante una orden directa del empresario de abstenerse de realizar conexiones fuera de la jornada laboral, incumpla la misma, y vulnere su derecho a la desconexión digital. En este contexto descrito, cabe preguntarse ¿podría activarse el poder de dirección, en su vertiente disciplinaria, y sancionar aquellas conductas donde se vulnere el derecho por la persona trabajadora?

Desde mi punto de vista, claramente podrían castigarse estas conductas, estando al caso concreto, pero ciertamente es una utopía, y en todo caso, el porcentaje de estos supuestos será muy limitado.

A mayores diremos que la negociación colectiva, a pesar de la escasa implicación que ha tenido en el desarrollo de este derecho, se ha encargado de articular, en las pocas cláusulas convencionales que regulan el mismo, que *“las conexiones voluntarias en ningún caso supondrán responsabilidad alguna para la empresa”⁴*, o que *“reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como un derecho, aunque no como una obligación, aplicable a todas las personas trabajadoras. Esto implica expresamente que, aquellas personas trabajadoras que realicen comunicaciones fuera del horario establecido en esta política podrán hacerlo con total libertad”⁵*. Lejos de hacer valer el derecho y exigir el cumplimiento a todas las partes implicadas, se limitan, algunos convenios colectivos a exonerar a las empresas de responsabilidad y permitir las conexiones voluntarias.

Como es sabido, corresponde al empleador la elaboración e implementación de una política interna que definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital, así como la formación y sensibilización del personal respecto del uso racional de las TIC, pero a día de hoy sigue siendo un derecho sin el debido arraigo ni a nivel interno, ni comunitario, sin la debida implementación en los convenios colectivos, ni en el día a día de las empresas, por lo tanto, a pesar de las previsiones legales, la regulación actual presenta claras lagunas, como la falta de definición del contenido concreto del derecho o las consecuencias derivadas de la ausencia de acuerdo en la configuración de la política interna, lo que hace impracticable el derecho. Y si a todo ello se suma la insuficiencia de un marco sancionador claro ante incumplimientos empresariales o de las personas trabajadoras, resta eficacia práctica a las garantías legales reconocidas.

El legislador debería haber reconocido el derecho a la desconexión digital como un verdadero deber para las empresas, sin olvidar aquellos supuestos donde el incumplimiento no provenga únicamente de la parte dominante de la relación laboral, sino de la parte que se presume más débil y para cuya protección surgió el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Si el derecho se hubiera configurado

⁴ Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022, (BOE de 7 de enero de 2020).

⁵ Anexo I del Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL, (BOE de 1 de agosto de 2020).

como una obligación para la empresa, y un derecho/deber para la persona trabajadora, con limitación temporal y automática en cuanto a las exigencias derivadas del propio derecho, previendo sanciones concretas para ambos sujetos incumplidores, estamos seguros que el derecho de desconexión digital hubiera adquirido mayor protagonismo, y que su implementación, seis años después del reconocimiento legal del derecho, sería, posiblemente no absoluta, pero sí más eficaz.

El informe anual de actividades de la Inspección de Trabajo, último publicado del ejercicio 2023⁶, no arroja cifra concreta de empresas que hayan podido ser sancionadas por vulnerar el derecho de desconexión digital, lo que reafirma una vez más, la escasa relevancia práctica de este derecho y como se ha indicado, no consta resolución judicial alguna que declare del despido como procedente por vulneración del derecho a la desconexión digital.

Comparto plenamente las palabras que, indican que *no es prudente dejar en manos de los jueces y tribunales la tarea de amoldar este derecho a las nuevas realidades, por mucho que el art. 3.1 del Código Civil pueda amparar dichas actuaciones judiciales, cuando estas rebasan en exceso las situaciones que originalmente previó la normativa*⁷. Lo prudente es que el legislador revise sus políticas simplistas, y obligue a implementar el derecho.

En cuanto a los últimos pronunciamientos habidos sobre esta materia se destacan al menos las siguientes:

1.- Validez de las cláusulas donde se obliga a las personas trabajadoras a facilitar su correo electrónico y su correo personal, concretamente la redacción es la que sigue: *“el Trabajador facilitará a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio”*⁸.

La fundamentación de la Sala es la siguiente: *la facilitación a la empresa por parte de la persona trabajadora de su correo electrónico y número de teléfono personal puede ser necesaria, adicionalmente, para la «ejecución» del contrato de trabajo, según dispone el artículo 6.1 b) del Reglamento general de protección de datos como otra de las posibles bases de licitud del tratamiento de datos personales. La realidad social actual hace que la facilitación de esos datos, como medios de comunicación socialmente prototípicos de nuestro tiempo, pueda ser necesaria, en efecto, para el desenvolvimiento del contrato de trabajo. Sin perjuicio de que podría ser deseable una mayor concreción y especificación de esas necesidad y urgencia, y sin perjuicio igualmente de que se podrán impugnar las concretas aplicaciones empresariales de la cláusula 3.4 del contrato tipo de trabajo a distancia, esta cláusula no incumple, en sí misma y por sí sola, las exigencias de la finalidad, adecuación, pertinencia y limitación a lo necesario de la transmisión de datos personales («minimización de datos»)* (artículo 5.1 b) y 5.1 c), respectivamente, del Reglamento general de protección de datos).

⁶ https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2023_interactivo.pdf.

⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: En torno a la “desconexión digital”. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*.

⁸ STS 267/2025 de 2 de abril (rec. 169/2022).

2.- Sobre la validez de las llamadas telefónicas de la empresa a trabajadores en situación de IT para preguntar por su estado de salud. La empresa no vulnera el derecho a la desconexión digital cuando, en un seguimiento de absentismo y bajas médicas, se pone en contacto con la persona trabajadora para interesarse por su estado de salud, puesto que la persona no se encuentra obligada a atender estas comunicaciones ni la conexión con los medios de la empresa⁹.

III. Reflexiones finales

La aplicación práctica del derecho a la desconexión digital plantea aún importantes retos, derivados tanto de la rápida evolución tecnológica como de las dificultades para delimitar, controlar y sancionar efectivamente las eventuales extralimitaciones empresariales. La cultura de la “disponibilidad permanente” aún persiste en ciertos sectores, erosionando el objetivo esencial de la desconexión y dificultando el efectivo reconocimiento y respeto del derecho.

Corresponde, por tanto, no solo al legislador, sino al conjunto de agentes sociales y a los órganos jurisdiccionales, consolidar una interpretación garantista, asegurar la concreción de las políticas internas y reforzar los canales de control y denuncia disponibles para las personas trabajadoras. Así, la limitación del poder de dirección empresarial en este ámbito debe entenderse no como una restricción injustificada, sino como una garantía de derechos fundamentales y una condición indispensable para la dignidad y la salud del trabajador en la nueva era digital.

El derecho de desconexión digital, en tanto límite ineludible del poder de dirección empresarial, emerge como una manifestación de la modernización del Derecho del Trabajo y de la necesaria protección del ser humano frente a los riesgos de la conectividad continua. Su adecuada articulación normativa, junto con la efectiva implantación de políticas de empresa y la participación de la representación social, constituyen los pilares para lograr un modelo de relaciones laborales avanzado, equilibrado y respetuoso con la integridad y la autonomía personal del trabajador. El desafío consiste en trasladar los avances legales al plano real, generando entornos de trabajo sostenibles y compatibles con la vida personal y familiar de quienes los integran. ¿Estaremos preparados para afrontar este reto conjunto?.

⁹ STSJ de Galicia 1744/2024, de 11 de abril (rec. 10/2024).

El derecho a la desconexión digital como límite al poder de dirección y control del empresario

CARLOTA M^a RUIZ GONZÁLEZ

*Prof.^a Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

El avance de la revolución digital lleva consigo la inexorable transformación de todos los aspectos de la vida. Así, las tecnologías de la información y la comunicación han pasado a formar parte de nuestros hábitos diarios, transformando nuestra rutina, forma de pensar y de relacionarnos, facilitando tareas que antes requerían muchos más medios y esfuerzo, permitiendo la comunicación en tiempo real y ofreciendo acceso de forma rápida y sencilla a gran cantidad de información.

Particularmente, en el mundo del trabajo los efectos de la denominada “nueva revolución tecnológica”, “cuarta revolución industrial” o “Industria 4.0”¹, hace tiempo que se empezaron a dejar notar. Así, la cuarta revolución industrial es definida como una “transformación tecnológica que está desdibujando las fronteras entre el mundo físico, digital y biológico”² y se caracteriza por avances exponenciales interconectados en tecnologías clave como la inteligencia artificial y el aprendizaje automático, la robótica, el internet de las cosas, la biotecnología y la genética, la nanotecnología, la impresión 3D y las tecnologías de la comunicación y la conectividad. Además, y frente a revoluciones anteriores, estamos ante una transformación de alcance superior, sumamente interconectada, no circunscrita a ningún sector productivo específico e invasiva en todos los aspectos de la vida de las personas, lo que hace que su impacto sea complejo y, a la vez, rápido.

¹ Así identificada en el documento *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española*, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, p. 26. Puede consultarse en: <http://www6.mityc.es/IndustriaConectada40/informe-industria-conectada40.pdf> (última consulta, 13 mayo 2020).

² Schwab KLAUS.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Estados Unidos, 2016, pág. 45.

Esta transformación de las relaciones laborales derivada del uso de herramientas y dispositivos tecnológicos, y de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la Covid-19, ha permitido prestaciones de servicios en cualquier lugar y en cualquier momento, aumentando exponencialmente el recurso al teletrabajo o trabajo a distancia, mediante tecnologías digitales. Todo ello implica una serie de avances positivos, como, por ejemplo, mayor autonomía y flexibilidad de las personas trabajadoras, menor utilización de infraestructura, menores costes para la empresa, etc., pero, sin duda, también negativos, en tanto que una conectividad permanente puede desembocar en un control exhaustivo de la persona trabajadora, no permitiendo o dificultando la desconexión de la vida laboral una vez realizada la jornada de trabajo diaria, semanal o anual, lo que sin duda repercute negativamente en su salud y seguridad laboral, siendo hoy en día habitual la presencia de riesgos profesionales como tecnofobia, tecnoadicción, tecnodependencia, tecnoansiedad o tecnofatiga, por las altas exigencias y el alargamiento de la jornada laboral.

El derecho a la desconexión digital se conecta de forma directa con el poder de dirección y control del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo, actuando como límite frente a esos poderes y garantizando que no puedan extenderse fuera de la jornada laboral. Ello es así, porque los mecanismos de comunicación, si bien, han minimizado el tiempo de contestar, pero también han impuesto una generalizada y exigente pretensión por parte del empresario de obtener respuesta inmediata, ya que no se trata simplemente de su interés en obtener un mayor beneficio, sino de la exigencia de que una cuestión deba ser atendida de forma inmediata, lo que hace que los propios clientes no comprendan el retraso en obtener una respuesta, condicionando su interés de mantener relaciones con la empresa a la oferta de absoluta disponibilidad por su parte y, por extensión, por parte de los trabajadores³.

Ante el escenario descrito, la necesidad de garantizar la desconexión se acentúa aún más, recuérdese que el primer texto legal que vino a regular el derecho a la desconexión digital fue la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (LOPDyGDD)⁴, con tres preceptos que delimitan su contenido: el art. 88, que reconoce el derecho⁵, y las disposiciones adicionales decimotercera

³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: «En torno a la “desconexión digital”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, núm. 2, 2021, pág. 34.

⁴ Con carácter previo a esta norma, la doctrina científica entendía que ya existían previsiones normativas que venían a avalar “inespecíficamente” el derecho de los trabajadores a desconectar de sus obligaciones laborales fuera del horario de trabajo. A modo de ejemplo puede recordarse, en este sentido, las genéricas previsiones en materia de protección eficaz de la seguridad y salud (art. 14 LPRL y arts. 19 y 13 ET, este último en relación a los trabajadores a distancia) y jornada de trabajo, horario o descansos -diario, semanal o anual- (arts. 34 y ss. ET) de las personas trabajadoras. Tampoco han faltado iniciativas en el ámbito colectivo en favor de una regulación específica de este derecho, lo que ha puesto de manifiesto la existencia de una conducta reiterada que la nueva dimensión tecnológica ha favorecido y que ha exigido una adaptación por parte del Derecho del Trabajo. YAGÜE BLANCO, S. y ALTES TARREGA, J.A.: «El derecho a la desconexión digital en el trabajo» en VV.AA.: *El futuro del Trabajo: Cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pág. 52.

⁵ Dicha norma establece que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto

y decimocuarta que añaden sendos artículos, respectivamente, al Estatuto de los Trabajadores (art. 20 bis) y al Estatuto Básico del Empleado Público [art. 14.j) bis]. Preceptos que con cambios meramente sintácticos vienen a incorporar el derecho a la desconexión en tales normas, con expresa alusión al uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador.

El art. 88.2 LOPDyGDD encomienda a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, un papel fundamental en la delimitación del contenido y alcance de este derecho y les atribuye la potestad de configurar sus modalidades de ejercicio, teniendo presente que en su desarrollo se deberá potenciar la conciliación de la vida laboral y personal. Este papel se refuerza con la previsión contenida en el art. 91, de la misma norma, en cuanto que reconoce a la autonomía colectiva la posibilidad de establecer garantías adicionales.

Por su parte, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) atribuye idéntico papel a la negociación colectiva en el tratamiento del derecho a la desconexión digital en el trabajo a distancia. Así, de conformidad con lo previsto en el art. 18, los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuados para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso. Esta regulación se complementa con la superflua referencia a la negociación colectiva, prevista en la disposición adicional primera, en cuanto que viene a permitir el establecimiento, por dicho cauce de regulación, de los medios y medidas que garanticen el derecho y la posibilidad de modularlo ante circunstancias extraordinarias.

Como puede observarse la amplitud con la que se formula la remisión a la negociación colectiva y la ausencia de condiciones o criterios mínimos que pudieran orientar la labor de los negociadores, son factores que otorgan un amplio margen a la regulación del derecho y permiten incluir medidas de diferente naturaleza para adaptar las modalidades de ejercicio a las características de la empresa⁶. Entre esas medidas, estarían la concreción de qué dispositivos tecnológicos se van a utilizar para hacer viable la desconexión, los supuestos excepcionales en los que se va a admitir la reconexión o las medidas encaminadas a proteger y salvaguardar los intereses empresariales⁷.

Igualmente, los arts. 88.3 LOPDyGDD y 18.2 LTD, atribuyen a las políticas internas de la empresa, previa audiencia con los representantes de los trabajadores, la “definición” de las modalidades de ejercicio y de las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas. Este reconocimiento otorga a las políticas empresariales un papel significativo porque, de un lado, se establecen en términos obligacionales para el empresario sin

de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar”.

⁶ REVUELTA GARCÍA, M.: «Desconexión digital y criterios convencionales», LÓPEZ CUMBRE; L. (Dir.): *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2022, pág. 169.

⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Poderes empresariales y derechos digitales del trabajador», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pág. 14-15.

contemplarse excepciones subjetivas u objetivas; y, por otro lado, porque se encomienda también, como a la autonomía colectiva, la definición de las modalidades de ejercicio del derecho⁸.

Sin embargo, pese a esa necesidad de concreción que existe por un lado y, de otro lado, el reiterado margen de libertad atribuido en la configuración de la desconexión digital a la negociación colectiva y las políticas de empresa, en la actualidad, la regulación del derecho a la desconexión no es una cuestión que ocupe un lugar central en la autonomía colectiva, pues, como puede observarse del análisis de los más recientes convenios colectivos todavía son pocos los que regulan la materia, y los que sí lo hacen es mediante referencias no precisas, o remitiéndose/reproduciendo la normativa general⁹. Además, por lo general, la mayoría de ellos regulan el derecho a la desconexión digital como un derecho del que pueden disponer empleados y empleadas, es decir, desde la “faceta negativa: la libertad (no siempre estrictamente el poder) de no contestar en tiempo no laboral”¹⁰, lo que no asegura su ejercicio efectivo, deviniendo necesario establecer medidas para ambas partes de la relación laboral, esto es, empleador y persona trabajadora, más aún cuando la LTD lo configura como un deber empresarial¹¹.

En este sentido pueden mencionarse algunos ejemplos de convenios colectivos que han regulado, de una forma u otra, el derecho a la desconexión digital. Por una parte, existe un grupo mayoritario que se limita a reiterar el contenido legal o reconocer el derecho¹², tal es el caso del Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viaje¹³ o el Convenio colectivo de Jaén para la actividad de Oficinas y Despachos¹⁴. Otros, se limitan a realizar una somera alusión al derecho, sin reproducir el contenido de la

⁸ GIL PLANA, J.: «Autonomía colectiva y políticas de empresa en la desconexión digital», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 258, Sección Estudios, 2022, pág. 3.

⁹ Entre muchos análisis puede consultarse, RUIZ GONZÁLEZ, C. M.: «La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral. Su necesaria concreción en tiempos de COVID-19», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020; GIL PLANA, J.: «Autonomía colectiva y políticas de empresa en la desconexión digital», *op. cit.*; AGUAS BLASCO, A.: «Límites judiciales al derecho a la desconexión digital», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 10, 2024.

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 137, 2017, pág. 281.

¹¹ AGUAS BLASCO, A.: «Límites judiciales al derecho a la desconexión», *op. cit.*

¹² Entre otros muchos, Convenio colectivo del sector de Fabricantes y Preparados Alimenticios, Dietéticos, de Belleza Natural y Ecológica de la Región de Murcia (Resolución 1 de marzo de 2022); Convenio colectivo para la Industria del Metal del Principado de Asturias (Resolución de 10 de marzo de 2022); Convenio colectivo para las Empresas del Sector de Panadería, Bollería y Pastelería de Segovia (Resolución de 22 de abril de 2022); Convenio colectivo para la industria fotográfica (Resolución de 23 de julio de 2022); VIII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de mayo de 2024); Convenio colectivo de Jaén para la actividad de Oficinas y Despachos (Resolución de 7 de agosto de 2025).

¹³ Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viaje (Resolución de 23 de agosto de 2023).

¹⁴ Resolución de 7 de agosto de 2025.

norma, por ejemplo, Convenio colectivo de Volkswagen Group España Distribución¹⁵, Convenio colectivo de personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras¹⁶ o el Convenio colectivo del Grupo de Empresas Groundforce¹⁷. En el otro extremo, también hay casos que regulan con mayor detalle los términos de ejercicio del derecho a la desconexión digital, identificando los límites de su ejercicio, incluyendo medidas específicas al respecto o concretando una política de uso y desconexión de las tecnologías. En este grupo se incluyen, por ejemplo, los Convenios colectivos de centros y servicios veterinarios¹⁸, Convenio colectivo de Triangle Outsourcing, SL¹⁹, Convenio colectivo de Dealz España, SLU²⁰ y el Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA²¹.

Esta exigua regulación del derecho a la desconexión que se produce en la negociación colectiva, y que se reitera en las políticas de empresa, ha provocado frecuentes conflictos entre ambas partes de la relación laboral, que inevitablemente se vienen resolviendo en sede judicial. Puede observarse como esa libertad de posibilidades en cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho, que se ha dejado a las empresas, está derivando en que sean los tribunales los que tengan que entrar a resolver controversias cuando no se hayan establecido de manera adecuada las condiciones en que aquel se pueda ejercer. Al respecto, resulta ilustrativo un reciente pronunciamiento del TS, en concreto, la Sentencia de 2 de abril de 2025 (Rec. 169/2022) donde la empresa demandada, dedicada al sector de las telecomunicaciones, había incluido en los contratos de trabajo de sus 1.029 trabajadores a distancia un “Acuerdo sobre Home Office y trabajo a distancia”, cuya cláusula 3.6 establecía lo siguiente:

“Conforme con lo dispuesto en los artículos 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 20.bis del Estatuto de los trabajadores, se reconoce al trabajador el derecho a la desconexión digital en los términos previsto en la presente cláusula, con el objetivo de garantizar fuera del tiempo de trabajo el respeto a los descansos, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar y promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral.

El trabajador tendrá derecho a no responder a ninguna comunicación, fuera cual fuere el medio utilizado, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.

El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificadas señaladas en esta cláusula.

¹⁵ III Convenio del de Volkswagen Group España Distribución (Resolución de 14 de septiembre de 2023).

¹⁶ Resolución de 17 de noviembre de 2023.

¹⁷ Resolución de 25 de diciembre de 2023.

¹⁸ Resolución de 5 de octubre de 2023.

¹⁹ Resolución de 14 de septiembre de 2023.

²⁰ Resolución de 5 de octubre de 2023.

²¹ Resolución de 18 de octubre de 2023.

Se considerarán que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador”.

Esta cláusula se establecía en el marco de lo preceptuado por el artículo 28 del Convenio colectivo aplicable²², denominado “Desconexión digital”, el cual se limita a reiterar el reconocimiento legal del derecho e imponer a la empresa la elaboración de una política interna dirigida a delimitar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. Literalmente el Convenio establecía lo siguiente:

“1. Conforme con lo dispuesto en los artículos 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 20.bis del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce a las personas trabajadoras el derecho a la desconexión digital, con el objetivo de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de los descansos, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar, y promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral.

2. El ejercicio de este derecho atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetará a lo acordado entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras.

3. Las empresas, previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras, elaborarán una política interna dirigida a las personas trabajadoras, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Como era de esperar esta cláusula, y otras más referidas a las condiciones de trabajo a distancia, fue declarada parcialmente nula por suponer una vulneración de determinados preceptos de la LTD y, además, por tratarse “de un contrato de adhesión llevado a cabo por el empresario y así ofertado a los trabajadores, cuya intervención se limitaba a prestar su conformidad a ese previo redactado”²³.

Acto seguido, la empresa y uno de los sindicatos afectados interpusieron recurso ante el TS, concluyendo estimar parcialmente las peticiones planteadas. Por lo que aquí interesa, en cuanto al derecho a la desconexión digital, la Sala declaró la nulidad únicamente de los dos últimos párrafos de la cláusula, entendiendo que los límites a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPDyGDDD se sujetarán a lo establecido

²² II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (Resolución de 30 de mayo de 2017), hoy sucedido por el III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (Resolución de 30 de mayo de 2023).

²³ SAN 44/2023, de 22 de marzo (rec. 33/2022).

en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Es esencial, en relación con este último aspecto, lo recogido por la norma en los arts. 88.3 LOPDyGDD y 18.2 LTD, no constando en el presente supuesto que se hubiera realizado lo que la legislación vigente invita a realizar, en concreto, “la empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna...”, obligación que no sólo conlleva su realización (como la empresa sí procedió a realizar), sino su elaboración “previa audiencia”, no constando que ello se hubiera hecho. Este proceder, de conformidad con la doctrina precedente de la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2023), irremediablemente fue considerado nulo, pues la elaboración por la empresa de aquella política se había efectuado sin la participación de los representantes de los trabajadores, resultando irrelevante en relación con dicha exigencia que la política interna empresarial estuviera recogida en forma de cláusulas anexas al contrato de trabajo.

Con este fallo, en definitiva, el TS viene a reiterar e insistir sobre la importante necesidad que existe, en un contexto digital que avanza de manera imparable, de concretar las modalidades de uso y control de las herramientas tecnológicas de prestación laboral y de cuidar en su delimitación el proceder impuesto por la norma. De este modo, entiende válidos contenidos como el trabajador “tiene derecho a no responder correos o llamadas fuera de horario de trabajo”, pero no admite validez a imprecisas excepciones como “en caso de urgencia del servicio” y, lo más importante, que en la elaboración del protocolo de desconexión no intervengan los representantes de los trabajadores. Esto implica que cualquier medida adoptada de forma unilateral por el empresario no sólo podrá ser ignorada por los empleados, sino que podrá ser impugnada judicialmente por vulnerar derechos como la intimidad, el descanso y la salud laboral.

Por terminar, vemos, pues, a través de este pronunciamiento la arraiga actitud de disponibilidad permanente en la que muchas empresas viven arraigadas, y como la Sala recuerda que el derecho a la desconexión digital ha sido diseñado para que la autonomía colectiva, y las políticas internas de las empresas, definan de forma pormenorizada contenido y excepciones, teniendo presente la necesidad de eficacia y no rigidez. Como se advertía en páginas precedentes, si la desconexión viene a potenciar la conciliación, el establecimiento de reglas estrictas puede acabar provocando el efecto inverso, es decir, atacar intereses de trabajadores que demanden flexibilidad para poder realizar sus funciones laborales en compatibilidad con sus circunstancias personales y familiares. No puede olvidarse que la digitalización de la economía y sus consecuencias sobre las organizaciones empresariales supone un reto desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres, y en manos del legislador y agentes sociales está, en buena medida, la responsabilidad de conseguir que este reto se convierta en una oportunidad de acceso, desarrollo de carreras profesionales y prestaciones de trabajo en condiciones más igualitarias. Pero tampoco puede desconocerse, las dificultades que pueden tener las empresas de reducidas dimensiones para la elaboración de esta política interna ante la falta de representación de los trabajadores, o las complicaciones para el ejercicio de

este derecho en las empresas digitales que actúan a través de plataformas que conectan a personas trabajadoras, empresarios, clientes y proveedores²⁴.

En definitiva, las dificultades prácticas que conlleva la aplicación del derecho a la desconexión digital no pueden servir de argumento para decaer en la firme consideración de que nos encontramos ante una exigencia ineludible en las relaciones de trabajo. En este siglo tan diferente de aquel en el que se configuró el derecho al descanso, es mucho lo que está en juego si se permite que unas herramientas creadas por el ser humano, para desarrollar todas sus potencialidades en muy distintos ámbitos, terminen constituyendo un renovado elemento de opresión para la persona trabajadora.

²⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2019, pág. 241.

El derecho a la desconexión digital en Uruguay

MARIO GARMENDIA ARIGÓN

Agradezco la oportunidad de poder participar en esta obra dedicada a la memoria del profesor Alfredo Montoya Melgar, cuya trayectoria intelectual y magisterio constituyen un referente indispensable en el Derecho del Trabajo. Es para mí un honor rendir tributo, a través de este aporte, a quien ha sido maestro y fuente de inspiración para varias generaciones de juristas y cuya obra sigue ofreciendo claves conceptuales imprescindibles para comprender esta disciplina jurídica.

I. Introducción

El 20 de agosto de 2021 fue promulgada en Uruguay la Ley n° 19.978, en vigor desde el 9 de setiembre de 2021, que introdujo un régimen específico para el teletrabajo. Poco después, el Decreto del Poder Ejecutivo n° 86/022, de 17 de marzo de 2022, reglamentó sus disposiciones y a precisar aspectos prácticos de su aplicación.

La Ley n° 19.978 definió al teletrabajo como *la prestación de trabajo total o parcial fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, con utilización preponderante de tecnologías de la información y la comunicación*. Su aplicación quedó delimitada al ámbito de las relaciones laborales de subordinación y dependencia en el sector privado y en entidades de derecho público no estatal, excluyéndose a los funcionarios públicos. Además, el legislador incorporó un conjunto de *principios rectores* (voluntariedad, reversibilidad, igualdad, no discriminación y fomento del empleo), exigió la *formalización escrita* de la modalidad y reguló aspectos relativos al *lugar de prestación*, a los *sistemas de control horario*, a la *provisión de herramientas de trabajo* y a la *seguridad e higiene*¹.

¹ V., del autor: *Teletrabajo. Estudio del régimen jurídico uruguayo con enfoque comparativo*, Thomson Reuters - La Ley Uruguay, Montevideo, 2023.

En lo que refiere al tiempo de trabajo, la normativa introdujo disposiciones relevantes. En tal sentido, por ejemplo, reconoció un periodo mínimo de ocho horas continuas entre jornadas y consagró, en un art. íntegramente dedicado al tema, el derecho a la desconexión.

El presente trabajo se centra en el derecho a la desconexión en el Derecho uruguayo y apunta a destacar, por un lado, las virtudes de la regulación legal, en cuanto reconoce la desconexión como una garantía frente a los riesgos de disponibilidad permanente que introduce la digitalización del trabajo. Pero también destaca sus vacíos y debilidades, en particular la defectuosa técnica legislativa y la falta de previsión de mecanismos eficaces que aseguren su cumplimiento. Se trata, entonces, de una reflexión crítica que sitúa al derecho a la desconexión como pieza fundamental para repensar el equilibrio entre poder empresarial y protección del trabajador en un escenario en que las fronteras entre trabajo y vida privada se tornan crecientemente difusas.

II. El derecho a la desconexión

En el art. 8° de la Ley n° 19.978 se consagra un periodo mínimo de *desconexión*, de ocho horas continuas, en garantía del *descanso entre jornadas*. Pero el derecho a la desconexión también aparece referido más extensamente en el art. 14 de la misma Ley, que está dedicado en su totalidad al tema y que parece tener un alcance mayor.

Con una redacción bastante defectuosa², en esta norma se consagra el derecho de *todo trabajador a desconectarse de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías y a no ser contactado por su empleador*, lo que se traduce en que no estará obligado a responder comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador, “*a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el art. 8°, respecto del descanso mínimo*”.

Es interesante mencionar el punto que desatacan Villasmil, Bueno y Montt, en cuanto a que el concepto de la desconexión no debería ser concebido solamente como un *derecho*, sino también como un *deber*, que, además, tiene la característica de ser compartido por el trabajador y el empleador. Hacen notar los citados autores que esta doble perspectiva no suele aparecer reflejada en el “escenario legislativo comparado de la región”, que sólo lo presenta desde la perspectiva del *derecho*³.

En general se señala que la desconexión reconoce un “*doble anclaje*”: por una parte, el que refiere a su vinculación con el principio de la “conciliación de los tiempos de trabajo y vida privada” y, por otra parte, por su relación con la temática de “la seguridad

² “Art. 14. (Derecho a la desconexión).- Todo trabajador tiene derecho a la desconexión, entendiéndose por tal, el pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales y el uso de las tecnologías, y el derecho a no ser contactado por su empleador, lo cual implica que el teletrabajador no estará obligado -entre otros-, a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el art. 8°, respecto del descanso mínimo”

³ VILLASMIL, H.; BUENO, C. y MONTT, G., “Lineamientos para la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo”, en VV.AA. *Reflexiones sobre el trabajo. Visiones durante la pandemia desde el Cono Sur de América Latina*, Fabio BERTRANOU, Editor, OIT, Santiago, 2022, p. 49. En línea similar: RASO-DELGUE, J., “La desconexión”, en *Libro de Ponencias de las XXXI Jornadas Uruguayas de DTSS, en homenaje al Dr. Eduardo Ameglio* (Solanas, Maldonado), AUDTSS, FCU, Montevideo, 2021, cit. pp. 607-608.

y salud en el trabajo”⁴. La denominada *digitalización del trabajo* y, más concretamente, el trabajo a distancia y el teletrabajo, mantienen una “*relación ambigua*”⁵ con esos dos importantes perfiles que se presentan en el marco del vínculo laboral.

Es así que, tratándose de la *conciliación entre la vida privada y laboral*, en estas nuevas modalidades de trabajo “al mismo tiempo que se favorece el atendimento a la familia y la realización de otras actividades debido, principalmente, a la reducción del tiempo de desplazamiento y la autonomía para organizar el tiempo de trabajo sobre la base de las necesidades y preferencias individuales de las personas trabajadoras”, también “se produce el fenómeno que se denomina desdibujamiento de límites⁶, de solapamiento entre los tiempos de vida personal y familiar y descanso con el tiempo de trabajo y la difícil separación entre ellos, la interferencia del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso”⁷.

A su vez, en lo relativo a la *seguridad y salud en el trabajo*, también parecen presentarse “resultados ambivalentes, porque el uso de herramientas y medios digitales aumenta el ritmo de trabajo y con ello el estrés y el agotamiento de los trabajadores y si bien ciertas condiciones de flexibilidad orientada a los trabajadores, esto es la elección e influencia del trabajador en relación con el lugar y tiempo de trabajo, pueden tener consecuencias positivas para la conciliación entre la vida laboral y personal y la salud, al mismo tiempo, las jornadas laborales altamente irregulares e impredecibles tienen normalmente el efecto contrario. (...) Si bien todo trabajo con herramientas digitales produce efectos negativos sobre la salud de los trabajadores, la fatiga, la ansiedad y el presentismo (virtual) son mayores en los trabajadores a distancia y en los trabajadores móviles. En general, se produce un aumento de problemas y daños psicosociales y ergonómicos para las personas trabajadoras, desde el estrés y la ansiedad, hasta el dolor de cabeza, la fatiga visual, los trastornos del sueño, el aislamiento, los trastornos musculoesqueléticos en los miembros superiores, hombros, cuello y espalda, etc.”⁸

⁴ CAIRÓS BARRETO, D.M., Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital, Ed. Bomarzo, Albacete, 2021, p. 187. En similares términos: VILLASMIL, BUENO y MONTT, quienes vinculan el *derecho-deber* de desconexión al “desafío de respetar la intimidad y la privacidad de los trabajadores como por el de mantener los límites al tiempo de trabajo y al control que este supone que puede ser desmedido, y, por eso mismo, antijurídico”. VILLASMIL, H.; BUENO, C. y MONTT, G., “Lineamientos para la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 49.

⁵ CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, p. 73.

⁶ Para describir a este fenómeno también se han empleado las expresiones *porosidad del tiempo de trabajo* y *pérdida del límite entre trabajo y no trabajo*. LUDOVICO, G., “Novas tecnologias e saúde e segurança do trabalhador”, en VV.AA., *Novas tecnologias, plataformas digitais e Direito do Trabalho. Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. NAHAS (Coordenação), Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, p. 82.

⁷ CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, pp. 73 y 74. OIT, OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro - Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, 2018 (Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, 2018, tercer punto del orden del día: *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones - Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Informe III, Parte B*, disponible en https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang-es/index.htm - consultado el 15 de enero de 2023).

⁸ CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, p. 74. También: RASO DELGUE, J., “La desconexión”, *cit.*, p. 605.

Por estas razones, se ha dicho que el *derecho a la desconexión* es un derecho *fundamental*⁹, del que se ha destacado su “carácter instrumental” (pues mediante el mismo “se busca tutelar otros derechos de carácter fundamental para el trabajador, como su derecho al descanso, a la intimidad, a la conciliación de la vida laboral y familiar y a la protección de su seguridad y salud”¹⁰) y los atributos de ser una garantía o un mecanismo de control, que está dirigido a “contribuir al logro de un tiempo de trabajo decente que proteja la salud de las personas trabajadoras, garantice la compatibilidad con otras actividades no laborales e incorpore cierta dosis de autonomía y soberanía del trabajador en la dedicación y ordenación de su tiempo de trabajo, corrigiendo la tendencia anterior de desequilibrio a favor de exclusivamente de los intereses y las necesidades de la empresa”¹¹.

En el caso de Uruguay, la vinculación que normalmente se reconoce entre el *derecho a la desconexión* y la *seguridad y salud en el trabajo*, queda bien de manifiesto por el hecho de que el primer antecedente que se registra sobre el tema es el que se encuentra en la “ficha técnica de prevención” relativa al teletrabajo y el trabajo a distancia, que fue difundida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en diciembre 2020. En ese documento -elaborado en pleno contexto de emergencia nacional sanitaria- se incluyó la referencia al *derecho a desconectarse*, “entendido como el pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías, a fin de garantizar su tiempo de descanso”¹².

⁹ TODOLÍ, A., “El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental (tres argumentos para defender esta posición)”, en Argumentos en Derecho Laboral, Blog coordinado por Adrián Todolí, 2021 (<https://adriantodoli.com/2021/04/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-es-un-derecho-fundamental-tres-argumentos-para-defender-esta-posicion/> - consultado el 8 de enero de 2023). Sin embargo, en la doctrina uruguaya algunos autores son renuentes a reconocerle al derecho a la desconexión una verdadera virtualidad jurídica, porque entienden que resulta sobreabundante (ROSENBAUM CARLI, F., “Régimen jurídico del tiempo de trabajo en la reciente Ley n° 19.978 sobre promoción y regulación del teletrabajo en el Uruguay”, en Libro de Ponencias de las XXXI Jornadas Uruguayas de DTSS, FCU, Montevideo, 2021. p. 161 y ss.) o, aún, que supone validar “la obligatoriedad de la conexión del trabajador a su centro de trabajo y ese extremo no es real” (LOUSTAUNAU, N., “Primera aproximación al derecho a la desconexión”, en rev. Derecho Laboral, núm. 271, julio-setiembre 2018, p. 496).

¹⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia”. NET21, número 2, abril 2021 (<https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/04/El-derecho-a-la-desconexion-digital-y-sus-limites-en-el-trabajo-a-distancia-2.pdf> - consultado el 8 de enero de 2023).

¹¹ CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, p. 186. En el mismo sentido, TODOLÍ destaca que “La propia naturaleza del derecho a la desconexión digital tiene ese objetivo, esto es, garantizar que el trabajador no sufra injerencias en su derecho al descanso mediante dispositivos digitales”, TODOLÍ, A., “El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental (tres argumentos para defender esta posición)”, en Argumentos en Derecho Laboral, Blog coordinado por A. Todolí, 2021 (<https://adriantodoli.com/2021/04/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-es-un-derecho-fundamental-tres-argumentos-para-defender-esta-posicion/> - consultado el 8 de enero de 2023). También: LUDOVICO, G., “Novas tecnologias e saúde e segurança do trabalhador”, *op. cit.*, p. 108 y ss. y REQUENA MONTES, Ó., “La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés”, en VV.AA., Novas tecnologias, plataformas digitais e Direito do Trabalho. Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil, G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. NAHAS (Coordenação), Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, p. 211 y ss.

¹² LÓPEZ VIANA, I., “Uruguay aprueba Ley de teletrabajo”, en Revista Derecho del Trabajo, núm. 33, julio-setiembre 2021, La Ley Uruguay-Thomson Reuters, pp. 76-77.

Del contenido del art. 14 de la Ley n° 19.978 se pueden extraer los siguientes elementos principales:

1. La desconexión como derecho de todo trabajador

Gauthier ha destacado que la Ley le reconoce el *derecho a la desconexión a todos los trabajadores* y no solamente a los teletrabajadores. Las razones que lo llevan a sostener esto son plausibles¹³. El tenor literal de la norma es claro cuando alude, en dos oportunidades, a “todo trabajador”, para identificar y definir al universo subjetivo, general y abstracto (de *los trabajadores*) al que hace destinatario del derecho que consagra.

Es cierto que, un poco más adelante, la misma norma se refiere, más concretamente a “el teletrabajador”, para decir que “no estará obligado -entre otros-, a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador”, etc. Sin embargo, esto no significa que la norma haya empleado una terminología inconsistente, sino que, el texto puede perfectamente leerse linealmente como apuntando a dejar señalada una concreción o una transición desde lo general (*todo trabajador*) a lo particular (*el teletrabajador*). Es decir, el texto puede leerse como que ese *derecho a la desconexión*, que, con carácter general se le reconoce a *todo trabajador* (y que se traduce en el *pleno ejercicio del derecho a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías y el derecho a no ser contactado por su empleador*) se proyecta (*implica*, dice el texto de la norma) en el caso particular del *teletrabajador*, en el sentido de que *no estará obligado -entre otros- a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador, a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el art. 8°, respecto al descanso mínimo*”¹⁴.

Por lo tanto, el *derecho a la desconexión* que se consagra en el art. 14 de la Ley de teletrabajo, queda reconocido en beneficio de *todos los trabajadores* y, en particular, de los *teletrabajadores*.

2. La naturaleza instrumental del derecho a la desconexión

El art. 14 de la Ley reconoce a todo trabajador -incluyendo, como de acaba de decir, a los teletrabajadores- el derecho a desconectarse de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías y a no ser contactado por su empleador mientras goza de su tiempo de descanso.

Es, por lo tanto, un derecho típicamente instrumental, cuya función principal consiste en garantizar el efectivo goce de otro derecho fundamental: el derecho a descansar¹⁵.

¹³ GAUTHIER, G., Teletrabajo. Introducción al estudio del régimen jurídico laboral, 2ª edición, FCU, Montevideo, 2022, p. 120; “Ley de promoción y regulación del teletrabajo”, en Revista Derecho del Trabajo, núm. 33, octubre-diciembre 2021, La Ley Uruguay-Thomson Reuters, p. 23.

¹⁴ Contra esta interpretación: ROSENBAUM CARLI, F., “Régimen jurídico del tiempo de trabajo en la reciente Ley n° 19.978 sobre promoción y regulación del teletrabajo en el Uruguay”, en Libro de Ponencias de las XXXI Jornadas Uruguayas de DTSS, FCU, Montevideo, 2021, cit., p. 622.

¹⁵ SANGUINETI RAYMOND, W., “El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia”, cit.; CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, p. 186; TODOLÍ, A., “El Derecho a la Desconexión ...”, cit.

Naturalmente, el derecho al descanso ha sido reconocido como tal desde mucho antes que comenzara a hablarse de desconexión, porque, en definitiva, no es otra cosa que la contracara del derecho a la limitación del tiempo de trabajo, que es tan antiguo como la propia legislación laboral.

Sin embargo, como explica Todolí, “debido al avance de las nuevas formas de comunicación y sus efectos sobre los trabajadores (*email*, teléfonos móviles, *whatsapp*), el legislador parece haber considerado necesario poner en práctica garantías concretas y específicas para el ejercicio del derecho al descanso”¹⁶ y, como enseña Raso-Delgue, la idea del derecho a la desconexión resulta de “La nueva realidad contemporánea, en la que el vínculo laboral exige al trabajador una subordinación continua, impide una real desconexión entre su vida de trabajo y su vida familiar o privada” y encuentra “su origen y justificación en la necesidad propia de esta época, de asegurar a la persona-trabajador un tiempo de «desenchufe»”¹⁷.

De allí que en el art. 14 de la Ley n° 19.978 se le adjudique a texto expreso esa función, al indicar que su *fin* consiste en *garantizar* el tiempo de descanso del teletrabajador.

Es, por lo tanto, en contextos de trabajo digital, una garantía concreta del derecho a descansar del trabajador.

3. El derecho a la desconexión garantiza el goce de todos los descansos

La deficiente redacción del art. 14 de la Ley determinó que algunas interpretaciones que fueron realizadas antes de la aprobación del Decreto reglamentario fueran en el sentido de sostener que el derecho a la desconexión había quedado exclusivamente referido y limitado al espacio del descanso entre jornadas, pero que había quedado completamente dissociado de los demás descansos¹⁸.

Sin embargo, con la aprobación del Decreto reglamentario esa lectura restrictiva quedó superada, pues en el art. 9° se estableció a texto expreso que el derecho a la desconexión acompaña, sin distinción, a “los tiempos de descanso y licencias”. Esto significa que todos los descansos (intermedios, entre jornadas, semanales) y todas las licencias (vacaciones anuales y cualquier otro tipo de licencia) quedan garantizadas en su goce mediante el derecho a la desconexión.

4. Contenido del derecho a la desconexión

Empleando una redacción bastante tautológica, el art. 14 de la Ley describe el derecho a la desconexión como “el pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías, y el derecho a no ser contactado por su empleador, lo cual implica que el teletrabajador no estará obligado -entre otros- a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos

¹⁶ TODOLÍ, A., “El Derecho a la Desconexión digital ...”, cit. Sobre el origen de este concepto, v.: Raso-Delgue, J., “La desconexión”, cit., p. 596 y ss.

¹⁷ RASO DELGUE, J., “La desconexión”, cit., p. 597.

¹⁸ ROSENBAUM CARLI, F., “Régimen jurídico del tiempo de trabajo...”, cit., pp. 623-624.

del empleador, a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el art. 8º, respecto al descanso mínimo”.

Se pueden apreciar allí dos facetas de este derecho¹⁹:

- i) Una de ellas aparece expresada como el *amparo a un comportamiento activo* del trabajador, al que se le reconoce *el pleno ejercicio del derecho a desconectarse de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías*.

Más allá de la defectuosa redacción que es empleada en la norma, el sentido de esta referencia es bastante inteligible y va en línea con lo que explica Raso-Delgue, cuando acude al diccionario para extraer de allí el significado del verbo *desconectar*, que importa “interrumpir el enlace entre aparatos, o entre aparatos y personas, para que cese el flujo existente entre ellos”. El citado autor destaca que la *desconexión* “el algo más que un simple descanso; es una «interrupción», un «cese», es decir un verdadero «desenchufe» tecnológico entre la persona y el instrumento tecnológico”²⁰.

- ii) El otro aspecto queda presentado como el derecho del trabajador *a no ser contactado por su empleador*, que se traduce en el reconocimiento al primero de que, durante los periodos de descanso, se encuentra eximido de la obligación de responder a los requerimientos del segundo, incluyendo comunicaciones, órdenes u otros.

Si bien se reconoce en la norma una inspiración que merece ser valorada, su redacción deficiente y, sobre todo, la técnica legislativa que en ella se emplea, la hacen pasible de críticas. En particular con respecto a esto último resulta cuestionable que se haya centralizado la acción en el sujeto del *teletrabajador* para, en relación a éste, decir que *no está obligado a responder comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador*.

Es decir: la norma establece que el *teletrabajador* no está obligado a responder, etc., pero no dice que el empleador le queda *inhibido* el envío de dichas comunicaciones o impartir tales órdenes o requerimientos y tampoco incluyó ninguna consecuencia para el caso que ese derecho sea desconocido o transgredido.

Si se deseaba garantizar a cabalidad el *derecho a la desconexión* y su *pleno ejercicio*²¹, seguramente habría sido mucho más idónea una fórmula que contemplara ese aspecto e incorporara en la norma algún mecanismo dirigido a asegurar, de alguna manera, el efectivo cumplimiento del dispositivo que en ella ha sido enunciado²².

¹⁹ GAUTHIER, G., Teletrabajo. Introducción al estudio..., cit., p. 121.

²⁰ RASO DELGUE, J., “La desconexión”, cit., p. 598.

²¹ En la línea de la Resolución adoptada en enero de 2021 por el Parlamento Europeo, que consagró recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, en la que se incluyen propuestas dirigidas a garantizar el ejercicio de ese derecho y su efectivo respeto por parte de los empleadores (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html, consultado el 14 de enero de 2023). CAIRÓS BARRETO, D.M., *op. cit.*, p. 158 y ss.

²² La preocupación por garantizar el derecho a la desconexión se aprecia especialmente en el caso de España, donde ese derecho se encuentra consagrado, con carácter general, en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre y, además, en la Ley n° 10/2021 (art. 18) se establece como un “deber

De todos modos, parece razonable interpretar que, estando reconocido al teletrabajador el *derecho* a no responder dichos requerimientos, la contrapartida lógica será que también habrá de recaer sobre el empleador la *obligación* de adoptar un comportamiento que no resulte inconsistente y que, por lo tanto, le sea exigible que se abstenga de realizar ese tipo de solicitudes²³.

También es importante señalar que, si bien la norma siempre alude al *empleador*, esa referencia debe ser interpretada en un sentido amplio, que incluye, naturalmente,

empresarial”, consistente en “garantizar la desconexión”, que “conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”. Además, determina que las empresas “previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras”, deberán elaborar “una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”. Adicionalmente, se prevé que “Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”. V. CAIRÓS BARRETO, D. M., *op. cit.*, p. 185 y ss. En Colombia, la Ley n° 2.191, de 6 de enero de 2022, está especialmente dedicada a la desconexión laboral. Esa norma, además de reconocerla como un derecho de los trabajadores, también establece que “el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral” (art. 3°) y, asimismo, le impone al empleador el deber de “garantizar que el trabajador o servidor público pueda disfrutar efectiva y plenamente del tiempo de descanso, licencias, permisos, vacaciones y de su vida personal y familiar” (art. 4°). En Argentina, la normativa legal consagra el derecho de la persona que teletrabaja “a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los periodos de licencias” y establece que “No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho”; pero, inmediatamente a continuación también dispone que “El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral” (art. 5° de la Ley n° 27.555, de julio de 2020). Además, en el Decreto reglamentario (n° 27/2021, de 17 de enero de 2021) se prohíbe que se establezcan incentivos condicionados al no ejercicio del derecho a la desconexión (art. 5°). En Chile, se reconoce el derecho a la desconexión de los trabajadores a distancia “que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo” y se dispone que en relación a los mismos “el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos” y que “en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores” (art. 153 *quáter* J del Código del Trabajo, en la redacción dada por la Ley 21.220, de 24 de marzo de 2020). En Paraguay se dispone que “El empleador respetará el derecho del teletrabajador a la desconexión” (Ley n° 6.738, de 24 de mayo de 2021) y en Portugal, el art. 169°, num. 1, literal “b” del *Código do Trabalho* (en la redacción dada por la Ley n° 83/2021, de 06 de diciembre de 2021), establece, para el caso del teletrabajo, que el empleador deber abstenerse de contactar al trabajador en los periodos de descanso, y se remite al art. 199°-A del mismo cuerpo normativo, que, con carácter general, consagra el deber del empleador de abstenerse de contactar al trabajador en los periodos de descanso, excepto casos de fuerza mayor y califica como “*ação discriminatória*” cualquier tratamiento menos favorable que sea dispensado al trabajador por el hecho de haber ejercido su derecho al periodo de descanso. V., también: RASO-DELGUE, J., “La desconexión”, *cit.*, p. 599 y ss.

²³ En el mismo sentido, GAUTHIER, G., Teletrabajo. Introducción al estudio, *op. cit.*, p. 121; RASO-DELGUE, J., “El factor ‘tiempo’ en...”, *cit.*, p. 37.

a aquellos otros dependientes que puedan estar en condiciones de impartir órdenes o de realizar requerimientos de carácter laboral y, asimismo, a terceros (por ejemplo, clientes, proveedores, usuarios, etc.) que puedan encontrarse en similar situación.

La Ley y el Decreto reglamentario no establecen cuál es la consecuencia que acarrea que el trabajador, a pesar de su derecho a no hacerlo, responda comunicaciones, órdenes o requerimientos durante el periodo amparado por la desconexión.

Para resolver este tipo de casos, habrá que estar a la situación concreta y determinar si configura un *exceso de trabajo diario, respecto de la jornada legal o contractual* o una *superación del máximo de horas semanales aplicables a la actividad o las horas semanales convencionalmente pactadas*. En la primera hipótesis corresponderá aplicar la regla de la compensación, mientras que, en la segunda, se aplicará el recargo de las horas extras *con las tasas de recargo que correspondan*²⁴.

III. Conclusiones

La Ley n° 19.978 y su Decreto reglamentario introdujeron en el ordenamiento uruguayo el derecho a la desconexión, generando una respuesta legislativa frente al impacto de la digitalización del trabajo, en particular el teletrabajo, que vino a desafiar los límites tradicionales entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso.

La desconexión se consagra como una garantía autónoma, pero con una clara naturaleza instrumental, dirigida a asegurar el goce efectivo de otros derechos fundamentales ya reconocidos por la normativa laboral, tales como el descanso, la intimidad, la conciliación entre vida laboral y personal y la protección de la salud. El tenor literal del art. 14 de la Ley, al aludir a “todo trabajador”, habilita a entender que el derecho a la desconexión no se limita exclusivamente a quienes teletrabajan. La norma parte de un reconocimiento general y lo proyecta de manera concreta sobre la figura del teletrabajador. Esta lectura amplia permite vincular la desconexión con el conjunto de los descansos y licencias previstos por la legislación, superando interpretaciones restrictivas.

Y, aunque el diseño normativo no está exento de deficiencias, aun en su formulación incompleta, se proyecta como un dispositivo abierto a ser fortalecido por la práctica y constituye un avance significativo en la protección del trabajador frente a los riesgos de la disponibilidad permanente. Es un punto de partida, más que de llegada, cuya eficacia dependerá, tanto de su aplicación real como de la capacidad del legislador para perfeccionar sus contornos. Lo que está en juego es, en definitiva, la posibilidad de preservar un espacio humano indisponible frente a las lógicas de la producción continua, reafirmando que el tiempo de descanso no puede ser absorbido por las exigencias empresariales sin afectar el núcleo mismo del Derecho del Trabajo.

²⁴ Art. 5 del Decreto n° 86/022. También se ha señalado que, sin perjuicio de los recargos económicos que sean exigibles, el desconocimiento del *derecho a la desconexión* también puede generar consecuencias sancionatorias derivadas del incumplimiento a los deberes vinculados a la salud y seguridad en el trabajo. V. RASO-DELGUE, J., “La desconexión”, cit., p. 606; GAUTHIER, G., Teletrabajo. Introducción al estudio..., *op. cit.*, p. 122.

Doctrina judicial sobre desconexión digital

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

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

I. Punto de partida

Mediante el derecho a la desconexión digital se garantiza a las personas trabajadoras que no van a verse sometidas a la eventual presión derivada de que su empleador continúe requiriendo su atención fuera de la jornada laboral pactada. Ello implica la facultad de no quedar conectadas durante sus periodos de descanso a ningún dispositivo digital de naturaleza profesional o al software de la empresa (ordenadores, teléfonos móviles corporativos, etc.). También implica, claro, el no contestar llamadas, correos electrónicos, mensajes de WhatsApp o cualesquiera otras clases de comunicación digital en esas franjas horarias. Además, conlleva un derecho a apagar, en su caso, dichos dispositivos al finalizar su jornada.

Se considera un avance en los derechos sociales, de modo que los límites que marca la desconexión digital se determinan por la ley y la negociación colectiva. Es un hito que guarda especial relación con el derecho a la intimidad personal y con la regulación del trabajo a distancia, implementada a raíz de la crisis sanitaria desde 2020, teniendo en cuenta los límites más difusos que acarrea esta forma de trabajo (debidos a la creciente flexibilización de la ordenación del tiempo de trabajo, la contratación en función de objetivos y resultados, etc.)¹.

Si bien se piensa, se trata de defender la estricta dogmática del negocio jurídico que constituye la relación laboral: respeto a la jornada y actividad comprometidas, pero también a la privacidad e intimidad; restricción de los poderes empresariales a los contornos de la tarea exigible; ponderación de los derechos en presencia; necesario respeto a las exigencias constitucionales.

¹ Véase, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Derecho a la desconexión digital”, en *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

II. Entronque constitucional y legal

El artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el artículo 18.4 añade que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En el ámbito laboral, el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los derechos de las personas trabajadoras a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, expresa que *aquellas tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*².

El artículo 88 LOPD añade que las personas trabajadoras y las empleadas públicas *tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar*.

En cuanto a las modalidades de ejercicio de este derecho, atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Asimismo, el empleador, previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a dichas personas, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas³.

² Artículo 20 bis introducido por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDG). Debe añadirse que el mismo tenor literal fue introducido en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 14.j.bis).

³ Como se ha expresado, el empresario es garante de su cumplimiento. No solo ha de respetar el derecho a la desconexión digital, sino garantizar su ejercicio efectivo a través de la elaboración de una política interna. Mediante este protocolo, con audiencia a la representación legal de las personas trabajadoras, se definirán las modalidades de su ejercicio y las acciones de formación y sensibilización.

Lógicamente, el principal medio para controlar el adecuado cumplimiento de la desconexión es el registro horario. Habrá que estudiar cada caso concreto: por ejemplo, en función del puesto de trabajo concreto. Si la persona trabajadora, por ejemplo, tiene estipulado un pacto de disponibilidad (normalmente, asociado a una remuneración en forma de *plus*), de modo que se ha comprometido a estar disponible y localizable, y atender llamadas telefónicas u otras formas de comunicación, no cabrá exigir tal responsabilidad. En cualquier caso, la empresa no puede requerir contestación fuera del horario de guardias no presenciales.

Por último, las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo (art. 18.1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia).

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada o a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

Se obliga también a que la empresa, con la audiencia previa de la representación legal de las personas trabajadoras, elabore la política interna sobre modalidades de desconexión y las citadas acciones de formación y sensibilización sobre uso de herramientas tecnológicas. La norma remite a la negociación colectiva para el desarrollo de esta garantía: los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso (art. 18.2 *in fine* Ley 10/2021).

III. Muestrario judicial

Las resoluciones de nuestros juzgados y tribunales muestran la creciente concienciación de los agentes del mercado laboral sobre la necesidad de delimitar el derecho a la desconexión digital. Repasemos seguidamente una docena de ellas que han tenido cierta difusión.

1. SAN 126/2019 de 29 octubre y STS 299/2022 de 5 abril

Como ejemplo de la amplia competencia de la negociación colectiva en la materia puede citarse una comunicación de empresa con este tenor literal: “registraremos la jornada forma sencilla calculando como de entrada el acceso a los sistemas a través del ordenador y como hora de la salida, la desconexión a los sistemas al final de la jornada. A la suma diaria del total se aplicará un *factor corrector* para compensar las pausas y el horario de comidas, donde no siempre se apagan los dispositivos. Creemos que esta fórmula nos permite seguir disfrutando de la flexibilidad que nos caracteriza, evitando tener que registrar en cada momento las interrupciones que se pueden tener durante la jornada, sin necesidad de modificar el hábito de dejar las desconexiones abiertas durante las pausas y manteniendo a la vez nuestra flexibilidad, incluyendo el *flexwork*. Para el éxito de esta fórmula, será imprescindible siempre dejar apagado el ordenador al finalizar la jornada”.

La SAN 126/2019 de 29 octubre⁴ desestimó la demanda, del mismo modo que la STS 299/2022 de 5 abril⁵ lo hizo con el recurso sindical. Argumentos básicos son:

- La rúbrica y literalidad del Acuerdo muestran que no se ha querido introducir cambio alguno en el régimen de horarios fijado por el convenio

⁴ SAN 116/2019 de 29 octubre (rec. 188/2019).

⁵ STS 299/2022 de 5 abril 2 (rec. 7/2020).

colectivo, ni siquiera para mejorarlo (funcionalidad ésta que está al alcance de acuerdos colectivo e individuales).

- El Acuerdo impugnado es un desarrollo del artículo 34.9 ET, porque los trabajadores podrán destinar una hora y media a la comida o utilizar tan sólo una hora, previo acuerdo con su superior, y eso no supone una alteración de la jornada y horario previstos en el convenio colectivo, porque si el trabajador sólo utiliza una hora para comer, saldrá media hora antes o entrará media hora después.

2. STSJ Madrid 962/2020 de 4 noviembre

Por su parte, la STSJ de Madrid de 4 noviembre de 2020⁶ proclama que el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado (...), aunque estemos fuera del marco del teletrabajo. Ahora bien, “el derecho de la persona trabajadora no es incompatible con que la empresa pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario, que pueden tener carácter obligatorio, salvo cuando se trate de realizar horas extraordinarias, que solamente tienen carácter obligatorio cuando así se haya pactado individual o colectivamente (art. 35.4 ET). Esas actividades laborales, que computan como tiempo de trabajo, pueden ser presenciales o a distancia, pero ello no altera su naturaleza”. En consecuencia:

- En tiempo de descanso, la persona trabajadora tiene derecho a la desconexión, manteniendo inactivos sus dispositivos profesionales.
- No afecta al derecho a la desconexión (y la intimidad personal y familiar) que la empresa ordene la realización del trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal, porque entonces ya no hablamos de *tiempo de descanso*, sino de *tiempo de trabajo*.
- Si dicho trabajo se realiza más allá de la jornada, se tratará de *horas extraordinarias* que, con carácter general (y salvo pacto en contrario) son voluntarias.
- En otro caso, si el trabajo efectivo (presencial o a distancia) fuera del horario normal implica un cambio del mismo o de la jornada ordinaria, estaremos ante una modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que según los casos puede ser sustancial (art. 41 ET) o no.

3. STSJ Madrid 100/2022 de 21 febrero

La STSJ Madrid 100/2022⁷ declaró improcedente el despido de un trabajador que, según su empresa, faltó al deber de responder a un correo urgente durante sus vacaciones y desobedeció una orden. La sentencia remarca que el empleado no tenía

⁶ STSJ Madrid 962/2020, de 4 noviembre (rec. 430/2020).

⁷ STSJ Madrid 21 febrero 2022 (rec. 202/22).

ninguna obligación de responder a la correspondencia amparado por el derecho a la desconexión digital. Según los hechos, el trabajador, técnico de servicio de asistencia técnica, recibió un correo electrónico estando de vacaciones, que había pedido porque su hijo estaba ingresado en un hospital, con un archivo con el bono de pago de la ITV para la furgoneta que le había sido facilitada, y tiempo después se le envía otro correo electrónico preguntándole si ha llevado la furgoneta a la ITV. El primer día de trabajo, tras las vacaciones, la empresa le remite otro correo recordándole que tiene que pasar la ITV, lo que efectivamente hizo pocos días después.

La sentencia expone que los correos recibidos no pueden equipararse a una orden empresarial cuyo incumplimiento justifique el despido. Y particularmente, el enviado estando el trabajador de vacaciones, sobre el que el trabajador no tenía ninguna obligación de responder por no ser acorde al derecho a la desconexión digital del trabajador.

4. STSJ Madrid 453/2023 de 17 julio

En este litigio se debate si la empresa respetó el art 17 del Convenio aplicable que exige que la jornada se fije con una antelación mínima de 12 horas respecto a su convocatoria y que los empleados no reciban mensajes durante los descansos laborales. El Tribunal legitima el llamamiento de los trabajadores en el tiempo de descanso entre jornadas, al abonárseles un plus de disponibilidad⁸.

Considera que tal incentivo, con carácter de complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador de realizar la jornada indicada, así como de incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, cuando las necesidades del servicio así lo requieran⁹. Se entiende que las personas trabajadoras sometidas a estos pactos o pluses de disponibilidad no podrán ejercitar el derecho, pues deben estar disponibles para lo que la empresa les requiera, lo que nos lleva a afirmar que la prestación de la actividad laboral desarrollada con arreglo a estos términos colisiona directamente con el deber del empresario de garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores en casos de fatiga informática y que la desconexión digital únicamente tiene cabida en relación con los tiempos de descanso, por lo que si una persona trabajadora percibe un plus de disponibilidad, y ese tiempo es considerado como de trabajo, el derecho no operará¹⁰.

5. STSJ Madrid 575/2023 de 28 septiembre

La STSJ Madrid 575/2023¹¹ declaró improcedente el despido de una abogada tras acogerse a una baja por enfermedad. No obstante, resulta destacable la alusión que hace en relación a la desconexión digital. La abogada mandó gran cantidad de mensajes

⁸ STSJ Madrid, de 17 julio de 2023 (rec. 136/23).

⁹ Existen otros precedentes judiciales que guardan similitudes con el presente. Véase, por ejemplo, la STSJ Madrid, de 8 de julio de 2020 (rec. 19/2020), o la del TSJ de Asturias, de 12 de julio de 2022 (rec. 1197/2022).

¹⁰ TRUJILLO PONS, F.: “Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 18, 2023, <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/revistaderechosocialyempresa/article/view/6241>.

¹¹ STSJ Madrid 28 septiembre 2023 (rec. 391/2023).

urgentes a su jefe mientras estaba de vacaciones. La resolución destaca el derecho a la desconexión digital del jefe de la letrada, considera que, independientemente de su figura en la empresa, debe ser respetado por todos los trabajadores. El tribunal no evalúa directamente el derecho a la desconexión digital, más bien respalda la improcedencia del despido declarada por el juez de lo social. Los magistrados rechazan la petición de nulidad del cese y argumentan que el despido no es discriminatorio por la baja laboral, ya que la incapacidad de la demandante era transitoria y no se considera discriminación por discapacidad.

A pesar de la cercanía temporal existente entre la baja y el despido (indicio de discriminación) la empresa ha demostrado que su decisión nada tenía que ver con esta situación, pues pidió a la trabajadora que durante la IT se dedicara solo a recuperarse.

6. STSJ Galicia 1158/2024 de 4 marzo

La STSJ Galicia de 4 de marzo de 2024¹² entiende vulnerado el derecho de desconexión digital, cuando se acredita que las llamadas telefónicas o envío de correos se realizan fuera del horario laboral, sin que la empresa haya presentado razón justificativa de tal envío de correos fuera del mencionado horario, pero condenándose al pago de 300 euros por el escaso perjuicio y daño moral sufrido por el asalariado, “dado el escaso número de correos electrónicos enviados fuera del horario laboral”.

7. STSJ Galicia 1407/2024 de 19 marzo

El período temporal de descanso ha de entenderse en todo su alcance y no de manera restrictiva, que incluye el descanso intrajornada, entre jornadas, el semanal y las vacaciones anuales¹³.

En el caso la empresa le envió al trabajador fuera del horario laboral, varios correos, la sala estima que se ha vulnerado su derecho a la desconexión digital, pues, como se ha señalado dicho derecho está vinculado, no solo al derecho del trabajador a no responder a las comunicaciones del empresario o de terceros, sino también al deber de abstención de la empresa a no ponerse en contacto, salvo alguna situación de urgencia, llamadas telefónicas o envío de correos electrónicos. En el caso, salvo el correo enviado en fecha de 31/03/223 por el coordinador de zona de la demandada fuera del horario laboral al actor sobre reforzamiento de especial intensidad de más medidas correspondientes a nivel 4 del plan de prevención, protección y respuesta antiterrorista, (que obviamente entra en el supuesto excepcional), los restantes correos no se justifican, al no acreditar la empresa la razón justificativa de tal envío.

Pero no se vulnera el derecho a la desconexión digital respecto de los contactos realizados durante vacaciones o bajas médicas para instar la solicitud formal de

¹² STSJ Galicia 1158/2024, de 4 de marzo (rec. 5647/2023), confirmada por el ATS 11.03.2025 (rec. 3317/2024).

¹³ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El derecho a la desconexión digital: Utopía o posible realidad”, *Temas Laborales*, núm. 177, pág. 31.

vacaciones, en cumplimiento del protocolo interno, al no constar imposición ni apremio¹⁴.

8. STSJ Galicia 1744/2024 de 11 abril

El empresario deberá acreditar la necesidad y justificación de la reconexión con el empleado durante los períodos suspensivos, puesto que se encuentra plenamente vigente el derecho a la desconexión digital¹⁵, pero hay que ser cauteloso con las excepciones.

En su sentencia de 11 de abril de 2024 el TSJ Galicia¹⁶ analiza si la imposición de la obligación a los managers de control de absentismo contenida en el proceso de seguimiento de ausencias y protocolo de IT es o no respetuosa con el derecho a la desconexión digital, concluyendo que en modo alguno se vulnera el derecho a la desconexión digital por el hecho de que el trabajador que se encuentra en situación de baja de incapacidad temporal, reciba una llamada telefónica para interesarse por su estado de salud, pues ello no supone que deba estar conectado al software de la empresa a través de ordenadores, teléfonos móviles corporativos, etcétera, no estando obligado a contestar mensajes de WhatsApp, correos electrónicos, videollamadas o cualquier otro tipo de comunicación digital relacionada con el trabajo a desempeñar.

9. STS 1161/2024 de 24 septiembre

Con su sentencia 1161/2024 de 24 septiembre¹⁷ el Supremo revisa el sistema de registro horario implantado en una importante Entidad Bancaria y lo considera válido, entre otros motivos, porque no desconoce el derecho a la desconexión digital.

10. STSJ Canarias (Tenerife) 1039/2024 de 23 diciembre

Por su parte, la sentencia de 23 de diciembre de 2024 del TSJ de Canarias¹⁸, avaló la política interna que preveía la localización en el móvil corporativo de los trabajadores designados para cubrir ausencias programadas, conocidas o imprevistas, al enmarcarse en los supuestos convencionalmente de fuerza mayor o guardias localizables, retén, disponibles priorizados, mayor dedicación o circunstancias similares. En caso de ausencias imprevistas o circunstancias no programadas se avisa al trabajador que esté en el turno cero que corresponda, por medio del móvil corporativo, si no se encuentra

¹⁴ Durante el período de baja por incapacidad temporal: SSTSJ Cataluña 2843/2023, de 5 de mayo 2023 (rec. 7704/2022); TSJ Galicia 1407/2024, de 19 de marzo 2024 (rec. 167/2024); TSJ Castilla-La Mancha 15 febrero 2024 (rec. 7/2024) y TSJ Madrid 26 junio 2024 (rec. 267/2024).

¹⁵ En ese sentido, MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El derecho a la desconexión digital: Utopía o posible realidad”, *Temas Laborales*, núm. 177, págs. 46-47.

¹⁶ STSJ Galicia 1744/2024, de 11 abril (rec. 10/2024). Se pretende como ilegal la práctica de empresa de llamar a los trabajadores cuando se encuentran en situación de IT, atentando contra sus derechos. No es así si se realiza para conocer el estado de salud de los propios trabajadores: “Llamar a los trabajadores que están en situación de IT para saber cómo están no vulnera el derecho a la intimidad ni tampoco el de la desconexión digital. No se exige que esté conectado a ningún software de la empresa y tampoco es obligatorio atender la llamada porque no tienen por objeto coaccionar o pedir al trabajador que se reincorpore. Tiene intención de crear un buen ambiente laboral”.

¹⁷ STS 267/2025, de 2 abril (rec. 236/2022).

¹⁸ STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 1039/2024, de 23 de diciembre (rec. 1173/2023).

en la empresa comprobando este la planificación cuando está en el centro a través del sistema Excel. Teniendo en cuenta que los trabajadores en el turno 0 cubren las ausencias tanto programadas o conocidas como las imprevistas y atendiendo a la configuración convencional del derecho a la desconexión digital que establece excepciones en relación a las guardias localizables, reten, disponibles priorizados, mayor dedicación o circunstancias similares contempladas en negociación colectiva, procede igualmente la estimación del motivo.

11. STS 267/2025 de 2 abril

Mediante su STS 267/2025 de 2 abril¹⁹ la Sala Cuarta ha examinado la validez de ciertas cláusulas incorporadas a los acuerdos individuales de trabajo a distancia y declarado su nulidad por no haber elaborado la empresa previamente su política interna sobre este derecho, previa audiencia de los representantes de los trabajadores.

La legislación vigente no solo permite, sino que obliga, a la empresa a elaborar una “política interna” sobre el derecho a la desconexión digital. Lo que sucede es que esa política interna debe elaborarse “previa audiencia” de los representantes de las personas trabajadoras y como no consta que ello se haya hecho en el supuesto. De manera categórica e importante, la sentencia concluye que son nulas las decisiones empresariales adaptadas sin la preceptiva intervención de los representantes de las personas trabajadoras.

12. STSJ Galicia 2292/2025 de 25 abril

Uno de los argumentos que tienden a dar las empresas es que no se vulnera la desconexión digital si no se exige respuesta por parte del trabajador fuera de su horario laboral²⁰. Pero el TSJ de Galicia en su sentencia de 25 de abril de 2025²¹, rechaza de forma clara esa idea. El derecho a la desconexión digital no solo implica que el trabajador pueda ignorar el mensaje, sino que exige que directamente no se proceda a enviar comunicaciones a un trabajador de baja, en particular, y a cualquier profesional fuera del tiempo de trabajo, en general. Es un deber de abstención por parte de la empresa. No es sólo que la persona trabajadora no tenga obligación alguna de leer los mensajes, ni atender las llamadas o prestar cualquier obligación laboral, es que el empresario debería tener la obligación de facilitar e impulsar su cumplimiento a través del deber de abstención de cualquier comunicación a través de medios tecnológicos, incluido el acceso a los dispositivos digitales de la empresa, y por supuesto al móvil

¹⁹ STS 267/2025, de 2 abril (rec 169/2022).

²⁰ SJS nº 4 Vigo 357/2023, de 25 de septiembre (rec. 517/2023). También, STSJ Madrid de 21 de febrero 2022 (rec. 20/2022).

²¹ STSJ Galicia 2292/2025, de 25 de abril (rec. 338/2025). El TSJ de Galicia considera infringido el derecho a la desconexión digital con vulneración del derecho a la integridad moral de una trabajadora por haber recibido comunicaciones de la empresa fuera del tiempo de trabajo y durante su baja por incapacidad (derivada de trastornos de ansiedad y dolencias psíquicas), condenando a la empresa al abono de una indemnización por importe de 1.500 euros.

personal del asalariado, debiendo respetar su derecho al descanso sin ningún tipo de interferencias²².

IV. Apunte sobre las consecuencias de la vulneración

Como queda expuesto, tanto la legislación vigente como la reciente doctrina judicial subrayan la necesidad de que las empresas adopten medidas efectivas y transparentes para garantizar el derecho a la desconexión digital, adaptadas a las particularidades de cada caso concreto, no solo como obligación legal, sino para prevenir conflictos laborales y promover un entorno de trabajo saludable que respete la salud mental y la vida personal y familiar de los empleados.

El derecho a la desconexión digital no es una novedad ni una opción: es una obligación legal vigente desde 2018²³. Sin embargo, muchas empresas, grandes y pequeñas, siguen sin implantar un protocolo adaptado a su realidad, o lo han hecho solo de forma simbólica, sin aplicarlo ni comunicarlo eficazmente. Las consecuencias legales de este incumplimiento van mucho más allá de una simple advertencia. No estamos ante una obligación meramente formal, sino ante la necesidad de garantizar ese derecho con medidas concretas y efectivas. Es decir, no basta con colgar un documento en la intranet de la empresa: hay que aplicarlo y hacerlo cumplir.

Disponer de un protocolo sin aplicarlo no protege a la empresa. Si los responsables siguen enviando correos fuera de horario y se espera respuesta, la empresa también incurre en incumplimiento. De hecho, este tipo de situaciones está derivando en conflictos laborales, ya hay casos en los que la falta de desconexión se utiliza como elemento probatorio en demandas de acoso o peticiones de extinción del contrato por vía judicial.

El incumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa puede suponer la comisión de una infracción grave en materia de relaciones laborales: la “transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores” (art. 7.5 LISOS), acompañada de multa de entre 751 y 7.500 euros (art. 40 LISOS)²⁴.

Por tanto, el protocolo no puede quedarse en un mero documento decorativo. Debe partir de un diagnóstico, incluir medidas claras como evitar llamadas y

²² Como declara la SAN 44/2022, de 15 de marzo: “este derecho conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso”.

²³ El marco legal es claro: el artículo 88.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y el artículo 18.2 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia obligan a todas las empresas -sin distinción de tamaño- a contar con una política interna de desconexión digital.

²⁴ Podría, en su caso, considerarse infracción muy grave (aparejada con multa de entre 7.501 y 225.018 euros) si se demostrara la afectación de la intimidad de la persona trabajadora (art. 8.11 LISOS) por una conducta reiterada de acoso y envío continuado de comunicaciones. En todos estos casos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede actuar de oficio o por denuncia de la persona trabajadora.

mensajes fuera de horario, y contar con acciones de formación y sensibilización. La mera elaboración del protocolo debe ser solo el punto de partida. La clave está en la formación y la actitud de los responsables de equipos.

En paralelo a la negociación colectiva y a las resoluciones judiciales, hay que destacar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que practica habitualmente comunicaciones a las empresas recordando que el envío de correos electrónicos u otras comunicaciones fuera del horario de trabajo puede suponer una vulneración del derecho.



La obligación empresarial de facilitar a los representantes de los trabajadores “información veraz, clara y comprensible” de los algoritmos y programas informáticos: aproximaciones al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2025

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Córdoba*

“El hombre del futuro vivirá el presente y dudará del futuro” (LE. de la Villa, “85 Aforismos”)

“El buen obrar rejuvenece en el tiempo”

I. Poder directivo y poder directivo tecnológico. Una dialéctica líquida, multivalente y sujeta a límites

Las frases que encabezan este comentario, y que enlazan con el último epígrafe, trazan una circularidad personal: rendir homenaje al profesor Alfredo Montoya. Nuestro objeto temático constituye un eje de abscisas del DTSS, el cual fue abordado magistralmente en su tesis doctoral, publicada hace sesenta años por el Instituto de Estudios Políticos. El primer aforismo, del maestro y poeta Luis Enrique de la Villa, nos ubica en el núcleo de este asunto, tratado en la SAN de 4 de julio del 2025¹. La resolución trata una de las plurales problemáticas del derecho digital del trabajo, enraizadas en el poder directivo, ya transmutado en poder tecnológico. El cambio tecno-informacional lleva tiempo expandiendo el cuadro de potestades articuladoras del mentado poder: desde las facultades de gestión técnica, a las funciones de vigilancia y control laboral,

¹ (Social) ECLI:ES:AN: 2025:2867.

amén de las atinentes al poder disciplinario. La sofisticación tecnológica, al igual que abre múltiples ventanas de oportunidad en la gestión del trabajo, acrece “*mutatis mutandis*” los márgenes realizadores del mentado poder (en adelante PD).

El trasfondo resolutorio de la sentencia actualiza el sempiterno dilema de las facultades directivas y sus límites; y para ambas cosas, la monografía homónima sigue siendo una lectura obligada (especialmente para las nuevas hornadas de profesores laboristas). El contrato de trabajo anuda estructuralmente las relaciones triádicas de poder, sujeción y subordinación. Como sabemos, su título vehicula los anclajes sinalagmáticos de las prestaciones realizadas en régimen de dependencia, subordinación y ajenidad, ahora bien, soy de quienes piensan que, por mucho esfuerzo que pueda desplegar la ley, el “poder informal” del empresario supera siempre al “poder formalizado”. La inserción del trabajador en un complejo organizativo concatena un cuadro de emplazamientos funcionales que sobrepasan el poder, digamos, “posicional” del dador de trabajo. Las partes laborales no pueden prever el abanico de obligaciones a las que sujeta dicho negocio jurídico; sólo pueden formarse una ideografía elemental de lo que se ofrece y acepta, visionando, a lo sumo, un programa de realización cuyas dimensiones siempre son genéricas y contingentes. Es pues el empresario quien, valiéndose de una facultad modalizadora o modificativa del nexo jurídico, incardina el débito laboral en un marco general directivo, técnico y organizativo actualizando todo un programa de comportamiento.

Hoy gran parte de las facultades directivas se ejercen medialmente a través de las TIC, en su entera amplitud instrumental. Las actualizaciones del débito laboral, desde la emisión de órdenes e instrucciones individuales, la gestión colectiva del trabajo, hasta los dispositivos de vigilancia y control, están mediatizadas por el “*filtro digital*”. La sentencia de la AN se mueve en estos márgenes institucionales, no en vano, plantea la conjetura de la “invisibilidad” del poder (directivo) algorítmico. La ingeniería informática es un colaborador imprescindible en la gestión empresarial y de los recursos humanos, pero obviamente en el interfaz tecnológico intervienen técnicos y/o personas empoderadas que diseñan tales sistemas o aplican las herramientas materialmente. La SAN pone sobre la mesa el alcance de estas “capacidades succionadoras” de la tecnificación. Un programa informático, un algoritmo, tienen encriptadas unas “facultades invisibles” que sin embargo se resuelven en función de dichas programaciones. Con tales espacios de contingencia, la ley laboral levanta una pared de contención de las extralimitaciones del poder digital. Dada la vertiente política de estos asuntos, y sus inervaciones en las instituciones de democracia industrial, los ordenamientos recaban la intervención de los RLT. Las empresas deben informarles el alcance de dichas herramientas, de suerte que la denegación del mentado deber transgrede la actividad sindical y la libertad homónima.

El libro del profesor Montoya sentó las bases teóricas de esta temática, de manera que, si el paradigma directivo sigue siendo axial, igual cardinalidad tiene hoy su monografía. El rol de empresario es sinónimo de ejercicio de la función directiva. En general infiere una capacidad de racionalización, coordinación y optimización del trípede capitalista (capital/ trabajo/ tecnología) y transduce un canon general de ordenación, cooperación, comunicación y ajuste entre los distintos niveles, unidades y

posiciones organizativas. El PD cataliza los recursos disponibles, y, entre ellos el factor trabajo, racionalizando su empleo para optimizar la actividad económica y los beneficios obtenibles de ella. Las dos derivadas es que, por una parte, dicha facultad organizacional, que asépticamente propende la obtención de rendimientos económicos, está sujeta a límites, juridificados por el derecho. De otra parte, el aceleracionismo tecnológico y la financiarización de las relaciones laborales implementan lógicas de rendimiento cortoplacistas con cambios abruptos en la ordenación del trabajo. Expuesto de otro modo: los límites manejables por los ordenamientos se licuan en el entero “interfaz tecnológico”, incluso se diluyen en la doble abstracción que transita desde ese interfaz al mundo jurídico, y de este al derecho positivizado. El DTSS “encauza” de todos modos el precitado poder desde las previsiones estatuidas en las categorías generales, iuslaborales y constitucionales, por consiguiente, puede decirse que las reglas canalizadoras del PD proporcionan un “test inferencial” del peso de las fuerzas modeladoras del derecho. Al igual que ocurriera con la revolución industrial, la tecnológica cataliza ahora un cambio sistémico de tal magnitud que remueve abruptamente las estructuras socioeconómicas, entre ellas el plexo: capital/ trabajo. La implosión es de tal guisa que da pleno sentido a las palabras iniciales de Luis Enrique de la Villa pues son tantas las capas tectónicas alteradas, y en tan escaso tiempo líquido, que hasta las dudas emigran en un presente futurizado.

El alcance de las facultades directivas deviene de los procesos de juridificación incidentes en las mismas. Aunque el empresario ostenta amplias facultades son los ordenamientos quienes establecen tales márgenes y sus límites. Según lo definiera nuestro autor, el poder directivo integra un *“conjunto de facultades jurídicas por cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado a su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones y organizando el trabajo en la empresa”*². El PD integra, en efecto, facultades heterogéneas (sistemas de control, poder de variación, poder tecnificado, etc.) en multiformes actos decisorios y jurídicos. Permite concretar los deberes y obligaciones de las personas trabajadoras actualizando la puesta a disposición de sus servicios profesionales, pero, aparte de ordenar dichas prestaciones individuales, trasciende a otros marcos. Uno de dichos plexos deviene logístico y presenta una vertiente organizacional y colectiva, no en vano, las unidades profesionales, o si se quiere las celdillas de laboralidad digital, resultan coordinadas empresarialmente en pro de los fines técnicos y económicos de cada explotación. El segundo plexo tiene quizás más enjundia pues presenta dimensiones políticas. La inserción de las personas trabajadoras dentro del círculo rector y organicista empresarial es el elemento que desde siempre ha transducido los vectores socio-políticos de poder y sujeción, cuyos parámetros en principio permanecían ajenos al negocio jurídico.

El profesor Montoya perfiló todos estos elementos confiriéndoles unidad interna. Así lo refrendó Alonso Olea, prologuista del libro, calificando su monografía como un ejercicio “brillante” y “profundo”, “terminantemente formulado desde distintas perspectivas sobre una realidad jurídica que su autor ha sometido enérgicamente y sin contemplaciones a demostración y a prueba: la existencia jurídica estricta del poder directivo, dándonos una visión completa de su origen, naturaleza, contenido y

² *El poder de dirección del empresario*, IEP, Madrid, 1965, p. 44.

efectos”³. Lo expuesto hasta ahora da sentido a la segunda cita inicial. Las buenas obras se hacen inmunes al paso del tiempo; antes bien, “rejuvenecen”, dada la “clonicidad” y mediocridad clientelar de la vida universitaria.

II. La SAN 4 de julio 2025: obligación empresarial de facilitar a los RLT “información clara sobre el funcionamiento de los algoritmos y sistemas automatizados”

1. Delimitación del Objeto litigioso y Antecedentes Materiales

Nuestro objeto litigioso aborda el alcance de los derechos de información de los RLT (*ex art. 64.4.d) ET*), entreverados con el derecho de la actividad sindical (*ex arts. 2.d) y 10 LOLS*), frente a la utilización de un sistema automatizado de asignación de turnos y libranzas. El primer precepto reconoce al comité de empresa el derecho a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Los otros dos preceptos extienden el precitado derecho a los representantes sindicales (“tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa”) siendo además una pieza básica del “derecho a la actividad sindical”.

La empresa “Foundever Spain” S.A (en adelante EFS) desarrolla su actividad en el sector de “contact center”. Emplea a 3800 personas, siéndole aplicable el III convenio colectivo homónimo de ámbito estatal. Define su labor como aquella consistente en dar soluciones dedicadas a la experiencia de cliente a través de la prestación de servicios de telemarketing que tienen como objeto contactar o ser contactados con terceros, bien por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico. Desde su fundación aplica el sistema “*erlan*”, igualmente utilizado por el conjunto de empresas de “contact center”, conocido por los sindicatos del referido sector. Tal sistema utiliza las herramientas proporcionadas por la empresa, se aplica para los horarios y las necesidades de los clientes, y, según informara en su momento EFS, viene a ser una herramienta informática y que no aplica algoritmos.

³ ALONSO OLEA M. pág. XVI. Dadas las dimensiones centrífugas del poder, y su operatividad como forma de oculto dominio político, bien pueden venir las siguientes construcciones teóricas del mismo: “Poder es la probabilidad de que un actor dentro de una relación social esté en condiciones de hacer prevalecer su voluntad al margen de la base sobre la que descansa dicha posibilidad” (Weber); “Es la relación entre actores donde un actor induce a otro a actuar de modo diferente a como de otra manera actuaría” (R. Dahl); “Es la habilidad para controlar el proceso de toma de decisiones en una comunidad” (W. D’Antonio y W. Form); “Poder es la producción de los efectos proyectados sobre otros hombres” (B. Russell); “El problema del poder consiste en determinar quiénes intervienen en las decisiones” (W. Mills); “Poder es el control ejercido sobre la actividad de otro mediante la utilización estratégica de recursos” (A. Giddens); “El poder es el poder por el poder” (M. Naím); “Es la capacidad relacional que permite a un actor social influir de forma asimétrica en las decisiones de otros actores sociales de modo que se favorezcan la voluntad, los intereses y los valores del actor que tiene ese poder” (M. Castells). Hablamos, en suma, de una aspiración instrumental que traza una dialéctica medio-fin a través de los círculos de influencia en sus radios de acción, legítimos (derecho) o no, cuyos resultados terminan definiendo el alcance real de tales facultades y sus proyecciones potenciales; hemos extraído este elenco de constructos, preliminares al poder directivo, de ALEMÁN PÁEZ F. *Curso de Derecho del Trabajo, Vol II, Relaciones Individuales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2024, pp. 179-180.

El 27 de junio de 2024 las secciones sindicales de CGT en Madrid, Sevilla y Barcelona requieren a EFS información sobre el uso de algoritmos afectables a la plantilla, sobre todo, en lo concerniente al sistema de libranzas, de conformidad con el art. 64.4.d) ET y preceptos equivalentes de la LOLS. El requerimiento reza lo siguiente: “Por la presente, solicitamos que se nos informe de forma clara y accesible sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Sevilla”. El 11 de julio las secciones sindicales reiteran la petición⁴, y, con fecha de 15 de julio, EFS contesta el requerimiento, en los términos siguientes: “Buenas tardes: Hemos revisado vuestra petición con todas las áreas de nuestra empresa, así como con nuestros departamentos de IT y Desarrollo y estamos en disposición de informaros que no utilizamos algoritmos o sistemas de decisión automatizada y mucho menos sistemas de inteligencia artificial, por lo que actualmente ninguna de estas cuestiones afecta a las condiciones laborales de nuestra plantilla”. El 18 de marzo del 2025, CGT hace otro requerimiento, en los mismos términos anteriores. Y ante el silencio de la empresa, el 28 de mayo de 2025 presenta demanda sobre tutela de los derechos fundamentales.

Tras el acto de conciliación, sin avenencia, y el acto de juicio, CGT ratifica los términos de la demanda, con cuatro peticiones: 1) Que se declare la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por no informar a los delegados/as de CGT; 2) La nulidad de la práctica empresarial de no informar a los delegados/as de CGT de las secciones sindicales de Barcelona, Madrid y Sevilla, sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa; 3) Se condene a EFS a informar tales términos a los delegados de las secciones sindicales, haciéndolo “de manera inmediata y de forma clara y accesible”; 4) Finalmente, el sindicato CGT solicita una indemnización de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El letrado de la empresa, por su parte, se opone a la demanda con un doble eje argumental: 1) Que EFS realiza una aplicación de asignación de libranzas similar al de otras empresas del sector, sobradamente conocido por los trabajadores y por los sindicatos; 2) Y que dicha aplicación no integra fórmula algorítmica ni inteligencia artificial alguna

2. Claves Resolutorias: IA, alcance del “derecho de información pasiva”, e indemnización por daños morales

1. Los antecedentes del caso ponen sobre la mesa las problematizaciones del cambio tecnológico y sus tensiones estructurales en el plexo capital / trabajo. Actualiza el dilema del diseño de la ingeniería informática aplicable a la gestión laboral mediante instrumentos técnicamente sofisticados “*per se*”, y de las aplicaciones de dichas

⁴ “Por la presente y ante la nula respuesta del pasado 27 de junio de 2024 en la que solicitábamos información en base al artículo 64.4.D ET sobre Derechos de información, volvemos a solicitar que se nos informe de forma clara y accesible sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Sevilla”.

herramientas en la realidad material. Tras las posiciones de CGT y EFS discurre una dialéctica descompensada de base pues, como avanzamos, las medidas aplicables por los actores económicos para optimizar los recursos productivos van siempre muy por delante del factor trabajo. La gestión digital directiva no altera su posición neurálgica, al contrario, refuerza el empoderamiento del empleador, tanto como la posición privilegiada del “gestor digital”, que además opera en nuestro caso mediante dispositivos autónomos: ya se llamen “programas informáticos”, tal como los considera la empresa, o IA siguiendo las tesis sindicales.

Dado que la “informacionalización” es uno de los fustes de la economía atencional y de plataformas, las respuestas político-normativas, a la luz de los derechos de información de los RLT, transitan las “mediciones del saber informativo” y los mecanismos de procesamiento tecnológico, cuyos elementos entran dentro de las facultades del poder digital directivo. Teniendo en cuenta que este cataliza en primer término el conjunto de actividades verificadoras del cumplimiento contractual, y que la tecnología ramifica sus facultades de gestión laboral “sine fine”, ambas premisas problematizan las respuestas dables a dichos procesos de ampliación sistémico-directiva, que indefectiblemente complejizan, mucho más si cabe, el rol de los RLT. El poder digital directivo opera cual radios inter-sectados, con nodos transversales unos con otros. Aparte de ello, la extensión última de dichos espacios depende del tipo de dispositivo técnico que “medie” entre el empleador y sus gestores digitales, el conjunto de la fuerza de trabajo y las redes resultantes. Pensemos que la inclusión de cada dispositivo técnico en el interfaz digital afianza los mecanismos de gestión de los recursos humanos, a la par que expande el control de las “celdillas laborales” integradas en la estructura tecnológica. Todo ello nos lleva al nudo gordiano de caso: cómo operacionalizar el dispositivo utilizado tecnológicamente. O expuesto de otro modo, cómo desbrozar su formato en términos de “descifrabilidad informacional” con unos elementos básicos de comprensión sobre su funcionamiento en la práctica.

En términos de política normativa, la clave está en que el aceleracionismo tecnológico no ocuya el factor trabajo ni lamine las bases de la “democracia postindustrial”. Una de las fórmulas habilitadas para atemperar el descompás de la tecnología con el trabajo orbita los derechos de información de los RLT. Los algoritmos actúan de forma automática, consiguientemente laminan su control aplicativo, antes bien, adoptan decisiones incidentes en la fuerza laboral que ni si quiera son “filtradas” por los vicarios del empleador (jefaturas, encargados, superiores jerárquicos, etc). Si los actos de “gestión laboral algorítmica” son ejecutados de tal guisa, en justa compensación los ordenamientos deben incoar refuerzos correlativos en el tejido de las categorías laborales y las instituciones de democracia industrial. “En justicia” esos refuerzos debieran tener dimensiones acordes a la entidad de las transformaciones en curso, pero, al no ser así, los (pseudo)equilibrios transitan por una centralidad indubitada -digamos entonces “en “justeza”- de los representantes de los trabajadores.

Los derechos de información, y en nuestro caso el “*derecho de información pasiva*”, son una pieza reforzadora de dicha centralidad, y, además, pertenecen al nervio operativo de la libertad sindical: el derecho a la actividad de las organizaciones sindicales *ex art. 2.2.d LOLS*. La clave del caso estriba en determinar si la negativa de

la empresa a proporcionar datos de la “ingeniería informática” utilizada (llamémosla “herramienta informática” -empresa- o “IA” -sindicato-) en la asignación de turnos y libranzas es una lesión de la libertad sindical de CGT que violenta los derechos de participación; o si por el contrario, EFS actúa conforme a derecho, ora porque no aplica fórmulas algorítmicas, en los términos descritos por el art. 64.4.d) ET, o porque son herramientas conocidas por la RLT.

La SAN recaba la doctrina del TCO y el TS del derecho a la tutela de la libertad sindical, y además colaciona resoluciones emitidas por la propia AN que -paradojas-coinciden con los antecedentes del caso. En cuanto a lo primero, y en efecto, el derecho a la información, en su vertiente “pasiva” (recibirla por parte de la empresa en los términos así previstos en la ley) forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical *ex art. 28.1 CE*. Este comprende ineludiblemente el derecho a la actividad sindical, es decir, ejercer actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores. De no tener informaciones “veraces, claras y comprensibles” de los asuntos, ello cercena al sindicato los medios de acción necesarios para hacer cumplir las funciones encomendadas constitucionalmente⁵. Al ser un proceso de tutela de la libertad sindical *ex art. 181 LRJS* se altera la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa aportar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Por su parte CGT debía aportar indicios racionales de que la empresa transgredió las previsiones normativas lesionando el precitado derecho, de suerte que, concurriendo tales indicios, ello desplaza a EFS la carga de acreditar que la medida resultó objetiva, razonable y proporcionada⁶.

2. El nudo del caso lleva a integrar el mandato del art. 64.4 ET con las actuaciones realizadas por EFS. Con una técnica jurídica no muy afortunada, el precepto atribuye a los RLT el derecho a ser informados “de los parámetros reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. La clave está entonces en la exégesis atribuible a la construcción legal: “*parámetros, reglas e instrucciones*” que constituyen el soporte del soporte tecnológico. El algoritmo es la base de sustentación del capitalismo de la vigilancia y la argamasa compactadora del capitalismo cognitivo⁷. En dicho paradigma fluye un constructo fetiche: el “código fuente”, o lo que es igual, una fórmula ideada por expertos, encriptada matemáticamente, y, por ende, impenetrable e imponderable: lo primero merced a su salvaguarda por las normas de propiedad industrial, y lo segundo afinando perfectamente las combinaciones matemáticas con cálculos infinitesimales⁸.

⁵ SSTC 40/1985 (EDJ 1985/40), 39/1986 (EDJ 1986/39), 30/1992 (EDJ 1992/2676), 173/1992 (EDJ 1992/10586) y 94/1995 (EDJ 1995/2615).

⁶ SSTs de 9 de febrero de 1996 (rec. 2429/1994), 27 de septiembre de 1993 (rec. 3034/1992).

⁷ Hemos abordado dicho asunto en ALEMÁN PÁEZ F. “Poder directivo digital y trabajo deslocalizado: dialécticas materiales y descompensaciones regulatorias”, *Revista DSyE* n° 18, 2023; “Digitalización y capitalismo cognitivo: una relación crítica”, *Revista TyD* n° 124, 2025.

⁸ La problemática ha sido abordada desde el prisma de la jurisprudencia europea por RIVAS VALLEJO P. “Ponderación de la protección de datos personales y la propiedad intelectual y secreto comercial en la aplicación del derecho a conocer la lógica del algoritmo”, *Rev. de Jurisprudencia Laboral* N° 3/2025.

La economía algorítmica y la economía atencional son los espacios realizadores de la IA y sus fórmulas matematizadas⁹. Manejamos un acrónimo de gran poder heurístico y mayor potencialidad práctica, no en vano, expande exponencialmente sus funcionalidades operativas¹⁰. La IA crea sistemas, máquinas y herramientas capaces de realizar tareas equivalentes a la inteligencia humana (v. gr. razonamiento, percepción, aprendizaje y toma de decisiones) y su clave resolutoria estriba en la capacidad de adaptación, integración, actuación y renovación sistémica. Los datos compilados se vuelven a operacionalizar sistémicamente; revierten de un modo circular en las “experiencias” recabadas por tales herramientas a fin de operar de una manera más rápida, precisa y eficiente que los seres humanos. Ahora bien, la propia abstracción tecnológica dificulta la delimitación nocional de dichos dispositivos y las clasificaciones internas derivadas. La empresa eludió el requerimiento de CGT aseverando que no aplicaba IA sino un soporte informático, o sea, respondió espuriamente, parapetada en la artificiosidad de la tecnificación. Muy al contrario, los algoritmos forman parte del funcionamiento de un programa informático, y, aunque están protegidos por los derechos de propiedad intelectual (*ex* RDLeg. 1/1996, de 12 de abril)¹¹, ello no quita el ofrecimiento de informaciones mínimamente clarificadoras de su funcionamiento y alcance a los RLT¹²

⁹ Conviene desbrozar los sesgos del vocablo “IA” en tanto “encriptan” una metáfora instrumentalizadora. De entrada, el acrónimo debió haberse formulado en sentido opuesto, no en vano, son los artificios inteligentes quienes mueven el péndulo del cambio sistémico. El concepto “inteligencia” (del latín “*intelligentia*”) abarca una facultad intelectiva y de conocimiento. De otro lado, el constructo “intelecto” (de “*intellectus*”) se correlaciona con la facultad de entendimiento y el potencial racionalizador del alma humana. Por tanto, manejamos un eufemismo fallido de base, a la luz de las premisas que propenden fundamentarlo. La “inteligencia” [concepto] resulta incompatible con la adjetivación (“artificial”). Ahora bien, mientras la correlación [“I-A”] deviene sesgada, lo contrario salda el sesgo [“A+I”]. Expuesto de otra manera. La adjetivación derrubia el concepto, absorbiéndolo. Prueba de ello es el término: “artificial intelligence”, impuesto anglófonamente en el lenguaje científico. En definitiva, una alteración semántica mixtifica el logo y su mensaje, haciendo prevalecer “lo artificioso” sobre “lo inteligente”; *vid.* ALEMÁN PÁEZ F., “IA: Inteligencia artificial o arteificio inteligente. Piezas para el debate”, Revista Jueces para la Democracia nº 108, diciembre de 2023.

¹⁰ A modo de ejemplo, abarca la informática cognitiva (“cognitive computing”, o algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior humano), el aprendizaje automático (“machine learning”, algoritmos capaces de enseñarse tareas), la inteligencia aumentada (“augmented intelligence”, colaboración entre humanos y máquinas) y, en fin, la robótica con IA (o IA integrada en robots); *vid.* ÁLVAREZ CUESTA H. *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 22 y ss; para cotejar el distingo entre IA cognitiva o de datos, *vid.* “Declaration for the Property, Development and Usage of Artificial Intelligence in Europe”, Barcelona, 8 de marzo de 2017; complementariamente, *vid.* Revista Europea de Inteligencia Artificial, disponible en: <https://journals.sagepub.com/overview-metric/EAI?>

¹¹ El referido texto consigna algunos datos referenciales, como el concepto de “programas de ordenador”: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador” (art. 96 LPI).

¹² La jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los intereses ponderables al accederse a la información protegida por el secreto comercial o la propiedad intelectual *ex* art. 15.1.h

Los códigos tecnificados y los entresijos de la ingeniería informática, pero, sobre todo, las estrategias de desviación nocional utilizadas por EFS, fueron parapetos donde escudar el cumplimiento de sus deberes informativos. Por suerte, la propia AN colacionaría un precedente enjuiciado en dicha sede judicial cuyo “quid” decantará el fallo resolutorio¹³. “Contact center” es un sector asiduo en incumplimientos y en demandas laborales, y el foro competente de la AN le ha hecho enjuiciar litigios de análoga guisa. Las combinaciones alfanuméricas (llamémoslo así) llevan tiempo sustituyendo la “gestión personificada y directiva del trabajo”, y, en nuestro caso, los sistemas de turnos se asignaban, en efecto, a través de un sistema algorítmico “al que se le fijan las necesidades del cliente y las características del régimen de jornada de los trabajadores” (hechos probados nº 8). La asignación de las libranzas operaba mediante una herramienta “previsora” de la carga laboral, la cual determinaba las personas requeridas cada día siguiendo las pautas matemáticas del algoritmo. La empresa venía aplicando ese sistema desde el 2024, y sus claves también eran utilizadas para distribuir los descansos con turnos rotatorios.

3. Los antecedentes del caso y la lógica aplastante del mismo, unido a la procrastinación de EFS, terminarán decantando el litigio en pro de CGT, hasta el punto de refrendarse las cuatro peticiones demandadas por dicha central. El relato histórico aportó indicios suficientes con pruebas directas de la utilización de algoritmos o fórmulas matemáticas que programaban el sistema de libranzas del personal a turnos rotatorios. La lesión del derecho de libertad sindical era pues prístina, dado el siguiente silogismo: a) Si el sindicato no dispone de elementos de información de los asuntos exigidos normativamente, con silencios empresariales por respuesta, se amputan los derechos de participación; b) Ambos factores erosionan el desenvolvimiento de la actividad sindical; Ergo c) tales extremos llevan a entender lesionado el derecho de libertad sindical de CGT.

Las premisas anteriores llevarán a confirmar la indemnización solicitada por CGT en la demanda (6.250 euros) condenando a la empresa a abonar tal cantidad por los daños y perjuicios *ex art.* 183.1 y 2 LRJS. El monto encuentra causa en la vulneración del precitado derecho iusfundamental, y su cuantificación deviene de las reglas previstas en los arts. 7.7 y 40.1.b) LISOS, cuyo texto considera como infracción grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los RLT. Conviene subrayar el “telos” aducido por la AN pues enhebra un canon resarcitorio y disuasorio, colacionando en ese aspecto la doctrina del TS en condenas indemnizatorias análogas (Repsol, Viajes Halcón, etc)¹⁴. El maridaje de ambos cánones propende, por una parte, que la indemnización resulte “suficientemente resarcidora” para quien sufre el perjuicio, y, de otra, sea asimismo disuasoria para quien irroga los daños. En el primer extremo destaca que sea una entidad sindical, defensora de los intereses colectivos de los trabajadores. Y en el segundo, el hecho que el incumplimiento empresarial

RGPD y Dir. UE 2016/943; *vid.* RIVAS VALLEJO P. “Ponderación de la protección de datos...”, *op. cit.* pp. 4 y ss.

¹³ SAN 142/2024 de 5 de noviembre, autos 315/2024 (EDJ 2024/733451).

¹⁴ SSTs 267/2023 de 12 abril (rec. 4/2021), 356/2022 de 20 abril (rec. 2391/2019), 179/2022 de 23 febrero (rec. 4322/2019), 8 de noviembre de 2023 (rec. 204/2021) ó 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015).

concatene varias acciones omisivas que “ningunean” los requerimientos reiterados por la central sindical.

Terminaré con una última consideración del régimen indemnizatorio y la operacionalización del mismo en términos de política normativa y de democracia industrial. La tutela de la libertad sindical es una viga maestra del derecho colectivo del trabajo, tanto como una clave de bóveda del canon de socialidad Constitucional, ahora bien, las transgresiones que recibe en la realidad material abonan un terreno demasiado fértil de conductas lesivas, cuyo espacio, dadas las derivas proferidas a las instituciones democráticas, no pueden quedar “gratis” para los incumplidores. Con buen criterio, la LRJS introdujo dispositivos reparadores del daño moral producido por la vulneración del derecho fundamental y de los daños y perjuicios derivados. Las dificultades evaluadoras y probatorias de tales lesiones llevaron al legislador a conceder amplios márgenes jurisdicentes en la valoración y cuantificación de dichas vulneraciones, sin embargo, tengo dudas de la doble finalidad preventiva y resarcitoria de tales acciones procesales y de la adecuada trabazón estructural de dicha dupla. El daño y su reparación se mueven en planos paralelos empero disjuntos, y sus conexiones varían en función del primero, de los efectos sinérgicos producidos alrededor suyo y del tiempo discurrido en la corrección jurídica de tan complejo puzzle institucional.

En el caso de la libertad sindical los efectos de la conducta transgresora se amplían digamos “con-causalmente”, y, como hemos visto en el caso, las reversiones son de gran complejidad apreciativa y valorativa. Ahora bien, cuando una empresa ningunea de tal guisa a una central sindical, no dignándose si quiera a responder los requerimientos que en derecho procede, no solo pone en solfa el “logo” de dicha asociación. Tamaña conducta irrespetuosa (la única respuesta que dio EFS a los cuatro requerimientos de CGT es además un “atentado contra la inteligencia”, no artificial precisamente) termina afectando por irradiación al conjunto de actores sindicales y al fenómeno sindical mismo. Si una central sindical no dispone de una información básica de asuntos alambicados “*per se*”, como los relativos al cambio tecnológico o el uso de algoritmos, se cercenan los derechos de participación y la actividad sindical misma. Las transformaciones técnico-informacionales inciden de lleno en los perímetros de la representación sindical, y, en ese aspecto, las huidas hacia adelante de las empresas eludiendo el mandato colaborativo son un síntoma muy elocuente de su enroque político con vistas a ampliar su empoderamiento tecnológico. Tamañas estrategias tienen lugar sin importar la “stabilitas” de los mecanismos participativos¹⁵, justo en un momento tan resbaladizo para las instituciones de democracia industrial que, de contrario, requiere fuerzas proactivas de “relanzamiento” compensatorio de los entes sindicales¹⁶.

No facilitar informaciones básicas del funcionamiento de un algoritmo cuya aplicación afecta a toda una plantilla amputa las oportunidades de la organización sindical y las estrategias de las centrales en asuntos tan neurálgicos como un sistema de turnos y libranzas, máxime considerando los efectos directos e inmediatos de dicha

¹⁵ BINI S. *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 93.

¹⁶ *Ibidem*, p. 92.

ordenación en la vida sociolaboral de las personas trabajadoras. A mi modo de ver, la indemnización por daños debe servir funcionalmente para reponer suficientemente el estatuto socio-jurídico de a la "víctima", en este caso, una central sindical ("et lateres"). La "reposición" no solo debe resarcirle en la integridad de su situación anterior a la lesión, debe contribuir muy especialmente a prevenir el daño. Y respecto de esto último, mantengo suspicacias de si la finalidad disuasoria, que impele la indemnización en su lógica adjetiva, se logra en la generalidad de los casos con un "mero resarcimiento".

El asunto no es baladí. Una de las claves neurálgicas del proceso de tutela de derechos fundamentales estriba en el "telos preventivo" que hacen gala sus códigos reguladores, de suerte que, atendiendo a esta finalidad básica, proyecten un objetivo disuasorio del daño respecto del sujeto vulnerador de la libertad lesionada. Ya he expuesto que las cuantificaciones valorativas resultan harto complejas por la matriz colectiva de ese derecho y a las dimensiones multifacéticas del mismo. Antes bien, la "multi-dimensionalidad" y "multi-lesividad" de la libertad sindical, vía omisión de los derechos de información tecnológica o cualquier otra normativizada, hipotecan -y por ende impiden- el desenvolvimiento del instituto representativo tanto como el ejercicio de las facultades imbricadas en la defensa de los derechos de los trabajadores. Violentado el derecho, y materializado el daño, éste resulta muchas veces irreparable, tanto como imposible la retroacción temporal del escenario y de los derechos concomitantemente transgredidos. La privación del ejercicio de un derecho fundamental resulta escurridiza a las valoraciones patrimoniales, máxime en libertades de naturaleza tan compleja y con tantas imbricaciones institucionales como la que aquí nos atañe. Por consiguiente, la reparación indemnizatoria y la valorización de los daños punitivos deben servir de óptimo acicate corrector de los daños morales que de continuo reciben los RLT con conductas irrespetuosas amén de incumplidoras de los mandatos legislativos.

III. Un recordatorio último a la figura de Alfredo Montoya

Como avancé inicialmente las buenas aportaciones resisten el paso del tiempo. Lo hacen por sí mismas, con su propia valía; más, además, si levantamos la mirada, comparativa y retrospectivamente. La regresión universitaria, la deflagración del espíritu humanista, auspiciada por el propio Leviatán académico, los incommensurables pactos sinalagmáticos que campean dentro y fuera de los campus, no hacen más que aumentar la velocidad de este declive, otro proceso más de los catapultados milenariamente. La tesis de Alfredo Montoya, cuya monografía nos ha servido para congregarnos en su nombre, confirma que las buenas obras requieren cinceles de eternidad, so pena de deshacerse. Y no me estoy refiriendo ahora al trabajo dejado por escrito, sino al legado entendido como un todo; ese hado que acompaña la trayectoria de cada ser labrando el aire que respira.

El fallecimiento de Alfredo confieso que me conturbó. Sabía que estaba delicado de salud, pero la noticia me removió. Lo diré de otro modo, fue un dato confirmatorio del respeto amical y académico que le profesaba. Esperé unos días para escribir estas líneas, que luego envié a algunos discípulos suyos. Con ellas cierro esta modesta colaboración honrando su nombre, la maestría silenciosa y la amistad que pudimos profesarnos.

Queridos colegas:

He preferido que pasaran unos días para transmitirles mi pesar por el fallecimiento de Alfredo. La noticia me conturbó, mucho; y me puso triste a la vez. Sentir ambas cosas, con fuerza, era una clara señal de lo que simbolizaba su figura. Decir que era un MAESTRO -con mayúsculas- es un aserto corto, dando por hecho que las palabras quedan cortas; intentan decir lo que fluye por dentro, pero tantas veces naufragan cuando dan forma al río interior de cada uno.

En mi caso asocio, por una parte, los apellidos MONTOYA MELGAR al manual con el que aprendí en mis primeros pasos académicos. En esos inicios, llenos de lagunas, donde uno se enfrentaba por primera vez a las clases, “el Montoya” era el fuste donde apoyar aquellas preparaciones. Alfredo tenía, entre otras muchas virtudes, el don del bisturí preciso y la claridad prístina. Confeccionaba mis esquemas iniciales con sus “orientaciones manualísticas”, ordenadas, sistemáticas, siempre claras. Pronto asumí que las aportaciones de Alfredo debían estar también presentes en mis investigaciones, quizás como primera lectura que luego abriera otras.

Particularmente tuve el enorme privilegio de mantener una relación epistolar con él. Para mí era obligado enviarle mis modestos avances con una nota de presentación, y él hacía lo propio en bidireccionalidad; lo que demuestra que quien olvida la palabra “Gracias” y la sustantivación inserta en ella (agradecimiento) no es un Académico con mayúsculas (entre otras cosas, por inferir mala educación). Cada año recibía, por ejemplo, un ejemplar de cada edición de su manual, y en cada recepción le enviaba un correo felicitándole el “nuevo cumpleaños”, que él siempre correspondía con el siempre educado agradecimiento de quien es grande “per se” y mayor en humildad.

Alfredo amaba además el ARTE, todas las manifestaciones artísticas. O sea, era HUMANISTA; otro adjetivo que tantas veces se espeta del universitario de pro y que tantas otras veces resulta huero, inexistente. Huelga decir que un GRAN MAESTRO deja una Gran Escuela, referente, respetada. Siento pues enormemente su pérdida. La pérdida suya, mía y vuestra. Repito. Lo siento Mucho. Que quede al menos estas palabras de profundo respeto, a su memoria, en todos vosotros.

Un abrazo común

Gestión algorítmica del trabajo y poder de dirección empresarial

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

*Catedrático de Universidad
Universidad de Oviedo*

I. Introducción

Los algoritmos se han incorporado plenamente a la dinámica ordinaria de funcionamiento de las empresas, pues facilitan la estrategia y organización, optimizando los recursos, los procesos y la toma de decisiones. En particular, han permitido la automatización en aspectos clave como la contratación, la política de ascensos, la organización de la actividad o incluso la extinción de contratos, priorizando a unos trabajadores sobre otros en atención al procesamiento de información muy diversa. En cierto modo, el empleador se está viendo sustituido (o suplantado) por un algoritmo/sistema de inteligencia artificial en facetas nucleares del poder de dirección.

El Derecho del Trabajo no prohíbe la gestión laboral algorítmica, porque la libertad de empresa del art. 38 CE y las libertades fundamentales sobre las que se asienta la UE parecen contrarias a una fuerte restricción del uso de la tecnología, al implicar una desventaja competitiva con empresas radicadas en ámbitos sometidos a una regulación más permisiva. Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado la preocupación por el impacto de la inteligencia artificial sobre los derechos del trabajador, lo que explica la aprobación de normas diversas para regular su uso en la empresa, y más en particular como herramienta de gestión de los recursos humanos. Se trata de reglas de protección para los derechos de los trabajadores, y, por consiguiente, afectan en mayor o menor medida al poder de dirección¹.

¹ Bibliografía de referencia: ADAMS-PRASSL, J., «What if your boss was an algorithm? The rise of artificial intelligence at work», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, nº 1, 2019; ALOISI, A., y GRAMANO, E., «Artificial intelligence is watching you at work: Digital surveillance, employee monitoring, and regulatory issues in the EU context», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019;

II. La transparencia como cautela principal frente a los algoritmos

El creciente temor a los procesos automatizados de toma de decisiones ha provocado que desde diversas instancias se requiera la presencia de una «persona al mando» de esta tecnología (*human-in-command*). En general, se achaca al algoritmo la producción de resultados incompatibles con determinados valores o principios, pues la búsqueda de la eficiencia no siempre tiene en cuenta la proporcionalidad o la razonabilidad. Además, se insiste en la opacidad, pues se conoce el resultado, pero a menudo no las razones que llevan a él. De ahí que en los últimos años se hayan intensificado los esfuerzos por incrementar la transparencia.

Como se sabe, el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos, limita las decisiones totalmente automatizadas, y podría actuar como límite o barrera en algunos casos, si bien su aplicación plena o sin modulación a las relaciones de trabajo suscita dudas legítimas, amén de que el derecho a la protección de datos no alcanza a todas las facetas de la gestión laboral algorítmica. El Reglamento (UE) 2024/1689, sobre Inteligencia Artificial, cubre ese potencial vacío, pues reconoce a toda persona física el derecho a la explicación de las decisiones tomadas utilizando un sistema de IA de alto riesgo cuando generen un «efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales», y todos los sistemas de IA en el ámbito laboral encajan en esa categoría de «alto riesgo». En la misma línea, la Directiva (UE) 2024/2831, sobre trabajo en plataformas, incorpora reglas sobre “gestión algorítmica”, con una apuesta decidida por la transparencia a través de un derecho de información, medidas de «supervisión por humanos de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones» (art. 10) y una «revisión por humanos» de las decisiones (art. 11).

En el ámbito interno, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introdujo una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, atribuyendo al comité de empresa (y a los delegados de personal por la vía del art. 62.2 ET), «con la periodicidad que proceda en cada caso», el derecho a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a

ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi, Pamplona, 2020 (previow); COTINO HUESO, L., «Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho», *Revista General de Derecho Administrativo (iustel)*, nº 50, 2019; CRUZ VILLALÓN, J., «El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. Una visión desde el ordenamiento europeo y español», en SEVERÍN CONCHA, J.P. (Ed.), *Derechos fundamentales de la persona del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; DE STEFANO, V., «Negotiating the Algorithm: automation, artificial intelligence, and labor protection», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019; GOERLICH PESET, J.M., «Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador», *LABOS*, nº 2, 2021; HENDRICKX, F., «Privacy 4.0 at work: regulating employment, technology, and automation», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41 (1), 2019; MERCADER UGUINA, J.R., «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y Derecho*, nº 63, 2020 (smarteca); MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965; O'NEIL, C., *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publishers, Nueva York, 2016; PASQUALE, F., *The black box society. Secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2015; RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Es una regla que se ubica en un precepto de alcance general, y no se limita al trabajo en plataformas. Para ser eficaz, la información debería permitir a los representantes conocer cuáles son los aspectos que la empresa, a través del algoritmo, toma en consideración para adoptar una determinada decisión. Por consiguiente, el empleador que se decante por modos de gestión laboral más sofisticados estará sometido a obligaciones de información, y quizá de verdadera negociación, de las que en apariencia se verá exento quien apueste por procedimientos más clásicos o tradicionales. La gestión algorítmica del trabajo podría abocar, así pues, a un cambio sustancial de los procedimientos de participación de los trabajadores en la empresa.

III. Titularidad de derechos y obligaciones e imputación de responsabilidades en la gestión laboral algorítmica

Aunque de las normas transcritas en el epígrafe precedente pudiera deducirse lo contrario, en el contexto de la gestión laboral los sistemas automatizados de toma de decisiones no tienen cabida, o, más claramente, el Derecho no admite que una máquina o programa tome una decisión con efectos jurídicos. Por supuesto, la empresa puede utilizar algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, es una posibilidad lícita; pero desde una óptica jurídico-laboral, e incluso del Derecho en general, una decisión con efectos jurídicos no puede ser adoptada por un sistema de inteligencia artificial. Simplemente no es admisible, pues el algoritmo o la inteligencia artificial carecen de personalidad jurídica y no son sujetos de derechos ni obligaciones.

La utilización de herramientas más o menos sofisticadas no supone una traslación de personalidad jurídica desde la empresa al algoritmo en tanto las normas no lo contemplan así. La empresa no puede esconderse detrás del algoritmo, y su responsabilidad no nace exclusivamente cuando el empleador es consciente de que el algoritmo ofrece resultados no admitidos por el Derecho y evita poner en marcha medidas correctoras. La empresa no es un mero pasajero o acompañante del sistema de inteligencia artificial, por más que no pueda controlar ni predecir el resultado, ni el algoritmo puede considerarse como un elemento ajeno o externo del que se pueda desentender, sino que es un instrumento que sirve para conformar la voluntad empresarial, una herramienta, en definitiva, que se incardina entre los medios de los que el empleador puede valerse en el marco de su poder de dirección y organización.

El Derecho del Trabajo no puede validar «decisiones automatizadas», tomadas directamente por una máquina. No cabe dotar de efectos jurídicos a esas decisiones, que estrictamente no son decisiones, porque una auténtica decisión empresarial debe materializarse en un acto de la empresa. Desde una perspectiva jurídica, la expresión «decisión automatizada» constituye una imprecisión técnica -o una simplificación- que alude a un proceso de toma de decisiones en el que el empleador renuncia a discutir, valorar o modular la conclusión que alcanza el algoritmo, y acata el resultado y lo formaliza a través del cauce oportuno. Pero no es el algoritmo el que toma la decisión de no contratar o no despedir (o cualesquiera otras), sino la propia empresa, aunque haga suyos el contenido y la explicación -mayor o menor- que proporciona el algoritmo,

porque el empresario es, por definición, el titular básico o primario del poder de dirección, como precisó el profesor Montoya Melgar en su monografía de 1965.

Por consiguiente, la responsabilidad jurídica de la decisión de gestión laboral siempre recae en la empresa, y la valoración sobre el fondo de la decisión puede prescindir del uso o no de un algoritmo. Si no es admisible que un empleador base su decisión en la probabilidad futura de un acontecimiento incierto que afecta a un trabajador (*v. gr.*, embarazo o enfermedad), el hecho de que ese resultado derive de la valoración efectuada por un ser humano (de su instinto o experiencia) o del procesamiento de información realizado por un algoritmo no es decisivo para la calificación. Cuando el empleador acepta acríticamente la valoración de un sistema de inteligencia artificial será responsable del resultado, del mismo modo que lo sería si se limita a aceptar la de un directivo, la del personal de recursos humanos o la de una empresa de selección o en la que se haya externalizado cualquier servicio. Todos ellos forman parte de un engranaje en el que la responsabilidad última corresponde al empleador. Aun aceptando que el algoritmo pudiera tomar directamente la decisión, la empresa seguiría siendo plenamente responsable, como sucedería si la decisión fuera adoptada por un alto directivo sin conocimiento y/o ratificación del empresario o del órgano de administración.

El hecho de que el sistema de inteligencia artificial proporcione -o no- información sobre los motivos de la decisión concreta es relevante para la calificación jurídica, porque no será suficiente, por ejemplo, aducir en la carta de despido que ésa es la conclusión del algoritmo, sin mayor precisión, como tampoco lo sería indicar que ésa es la voluntad de un determinado directivo u órgano de la empresa. La información que proporciona el algoritmo puede suponer una ventaja a efectos procesales, pues facilita la prueba de las razones que han conducido al resultado, prueba más difícil de obtener cuando debe inferirse de la conducta de un ser humano. Es posible diseñar el algoritmo de forma que ofrezca una explicación, pero no siempre es factible obtener las razones reales de una decisión humana. El hecho de que la gestión laboral descansa en algoritmos o en personas no ha de cambiar necesariamente los parámetros de valoración jurídica, ni evitar que el empleador deba afrontar las pertinentes consecuencias por la vulneración de derechos del trabajador. La gestión laboral algorítmica no escapa al Derecho del Trabajo, ni permite al empleador eludir sus responsabilidades.

IV. TRANSPARENCIA DE LA GESTIÓN LABORAL ALGORÍTMICA VS. OPACIDAD DE LA GESTIÓN LABORAL HUMANA

Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo no ha exigido del empleador total transparencia respecto de los criterios que motivan las decisiones de gestión laboral, sino únicamente que tales decisiones se acomoden a las exigencias legales. La transparencia es requerida cuando la licitud se condiciona a la concurrencia de un motivo determinado (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, incumplimiento del trabajador, etc.), pero es una motivación que acompaña a la decisión que en su caso se adopta, de modo que la transparencia, cuando se exige, es una transparencia casuística, apegada a la decisión, y no una transparencia general y anticipada, o preventiva, a modo de código de conducta o buenas prácticas.

De este modo, el empleador nunca ha necesitado informar sobre los parámetros, reglas o instrucciones que motivarán un eventual y futuro desistimiento durante el período de prueba, aunque parece que deberá hacerlo si recurre a la gestión algorítmica. La misma conclusión cabría obtener en relación con los procesos de selección, que, como es sabido, concluyen a menudo sin proporcionar información alguna a los candidatos, ni cuando el currículum simplemente es descartado en una primera fase, ni cuando tiene lugar una entrevista, que puede concluir con expresiones genéricas y poco comprometedoras (v. gr., “ya le llamaremos”). Esa transparencia, hacia el candidato o hacia la representación de los trabajadores, no existe en la práctica, ni resulta plenamente exigible jurídicamente.

Sin embargo, las reglas sobre gestión algorítmica del trabajo provocan un cambio de paradigma, máxime si se llega a atribuir a los trabajadores el derecho a participar en el diseño del algoritmo con el fin de prevenir resultados no deseados. Es un derecho que no se ha reconocido cuando la decisión corresponde a una persona. Si la participación de los trabajadores en el proceso de configuración de los criterios que llevan a la toma de decisiones -no sólo como receptores de información, sino como sujetos activos- se entiende positiva y permite prevenir la discriminación, habría que incorporar similares cautelas en la gestión laboral algorítmica y en la humana. Y lo mismo sucede con los trámites conectados a la adopción de decisiones concretas, pues la intervención humana en el control de las «decisiones automatizadas» derivará en la práctica en trámites de audiencia previos a la adopción formal de decisiones cuando se utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial. Sin embargo, esos procesos internos de revisión de decisiones algorítmicas no alcanzarán a las decisiones adoptadas por personas.

No se alcanza a comprender por qué esa exigencia de transparencia empresarial y esa mayor participación de los trabajadores se constriñen a los escenarios de gestión algorítmica. La gestión laboral totalmente humana puede desarrollarse en la práctica con un notable grado de opacidad y sin mayores explicaciones a los trabajadores y sus representantes. En cambio, la gestión algorítmica se concibe como una amenaza que debe estar sujeta a férreos controles. No es cuestión de permitir una gestión laboral algorítmica sin control alguno, sino de tener presente que, por un lado, el poder de dirección y organización del empresario no desaparece ni se ve suplantado por un sistema de inteligencia artificial, y, por otro, que los límites a esos poderes empresariales, y las responsabilidades que derivarían de un uso desviado, pueden, y seguramente deben, ser configurados sobre las mismas premisas con independencia de que se opte por procedimientos más sofisticados o más rudimentarios, para evitar que se generen espacios de impunidad en contextos más tradicionales por la sobre-reacción que provocan los nuevos fenómenos. La discriminación es siempre antijurídica y debe ser erradicada, con independencia de que su origen se encuentre en una decisión adoptada por medios humanos o por medios automatizados. Y, en la generalidad de los casos, la calificación jurídica de la decisión empresarial ni siquiera requeriría conocer si se ha utilizado un sistema de inteligencia artificial.

En cierta forma, parece que se ha renunciado a desentrañar la lógica que mueve las decisiones del ser humano, que por otra parte no siempre ofrecerá respuestas

totalmente veraces sobre sus intenciones, mientras que se entiende que es más sencillo controlar el algoritmo desde su origen interviniendo en su programación. Sin embargo, a medida en que la inteligencia artificial se va sofisticando, y replicando patrones de funcionamiento del cerebro humano, la eficacia de las medidas de prevención disminuirá y será más necesario poner el acento en las medidas de control *a posteriori*, pues es probable que las discriminaciones generadas por el algoritmo resulten más sutiles o menos gruesas que las provocadas por el ser humano.

Es cierto que los criterios vinculados a la eficiencia económica pueden conducir a la discriminación si son aplicados sin las debidas cautelas. Sin embargo, el hecho de que una determinada opción sea la más eficiente para la empresa no permite eludir la discriminación, porque la optimización de los recursos empresariales no valida cualesquiera decisiones. Y, en ese contexto, no es jurídicamente relevante ni para la calificación jurídica ni para la imputación de responsabilidades que esa valoración de la eficiencia sea efectuada por un ser humano o por un algoritmo.

El sistema de inteligencia artificial es, así pues, una herramienta y, aun cuando su lógica de funcionamiento no sea completamente conocida, sus resultados no escapan a la aplicación de las normas laborales. La vulneración de los derechos del trabajador, y en particular de los derechos fundamentales, hace ya tiempo que no exige una voluntad consciente y deliberada del empresario, sino que es suficiente la producción del resultado lesivo. Un ejemplo evidente es la nulidad del despido de la trabajadora embarazada aun cuando el empleador desconozca su estado; que la decisión sea adoptada por un ser humano o derive de la aplicación de un algoritmo no es relevante para declarar la nulidad.

Por consiguiente, y ante la creciente dificultad técnica para prevenir la discriminación -o toda discriminación- en el diseño, los esfuerzos no deberían dirigirse en exclusiva hacia la transparencia, que debido al avance de la técnica resultará cada vez más ardua de conseguir, salvo que el propósito consista en establecer cauces de negociación para determinar criterios o parámetros objetivos que el sistema de inteligencia artificial deberá tener en cuenta, pero ello aboca a un tipo de relación entre empresario y trabajadores distinto, en términos de participación, y a una diferencia notable -y sin una justificación clara- con los procedimientos de toma de decisiones en empresas que no utilicen sistemas de inteligencia artificial.

¿Es legal el despido decidido por un algoritmo?¹

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

La revolución tecnológica ha llevado a las empresas a integrar herramientas de inteligencia artificial (IA) en diversos ámbitos, incluido el de la gestión de recursos humanos. Cada vez son más las organizaciones productivas (no solo las de base tecnológica) que recurren a sistemas algorítmicos o a programas informáticos para mejorar su productividad y eficiencia, automatizar procesos y ahorrar costes. El empresario está ejercitando por “delegación” buena parte de sus facultades directivas, confiando en la IA la toma de decisiones sobre selección de personal y contrataciones, ascensos, determinación de horarios, asignación de tareas, control de asistencia, organización de turnos y equipos de trabajo, concreción de retribuciones, evaluación de rendimiento, control de productividad e incluso ajustes de plantilla. El debate no se circunscribe solo a si la IA destruirá empleos o si será un aliado que facilite el trabajo. Lo que se observa es que las facultades directivas y sancionadoras de las empresas resultan significativamente potenciadas mediante el uso estratégico de sistemas algorítmicos y de IA, con un carácter muy invasivo que incrementa el riesgo de afectación a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras; no en vano, el vertiginoso avance de estas nuevas tecnologías puede colisionar con el derecho a la intimidad, a la no discriminación, a la salud y a la protección de datos.

Ahora bien, el recurso a sistemas algorítmicos no implica que las empresas puedan eludir sus responsabilidades bajo pretexto de que la decisión ha sido adoptada o sugerida por un sistema de IA, operando sobre parámetros presuntamente objetivos y neutrales. Las máquinas carecen de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento y, por tanto, son inimputables. Cosa distinta es que el desarrollador del sistema de

¹ Con esta modesta contribución me sumo al merecidísimo homenaje que un nutrido plantel de iuslaboralistas rinde por medio de esta obra colectiva al profesor Alfredo Montoya Melgar, maestro de maestros, que nos dejó el pasado 27 de marzo de 2025.

IA pueda exigir responsabilidad por daños a terceros, por ejemplo, al fabricante que le ha suministrado el producto informático, por los errores cometidos en su diseño, en su entrenamiento o por un déficit de información, pero, en el ámbito laboral, el responsable de las decisiones que se toman en la empresa es el empleador.

La utilización de sistemas de IA para la toma de decisiones relacionadas con el trabajo plantea numerosos problemas e interrogantes. Así ocurre singularmente cuando lo que está en juego es el mantenimiento del empleo. No en vano, los resultados de los algoritmos, al obtenerse de datos analizados de forma automatizada, pueden ocasionar sesgos debido a errores sistemáticos por falta de codificación de los parámetros a tener en cuenta para acordar el despido. La pregunta que aquí nos hacemos es si es lícito despedir a personas trabajadoras con fundamento en la decisión adoptada por un sistema de IA y, caso de responder afirmativamente a esta pregunta, bajo qué condiciones y requisitos sería válido dicho despido.

En los últimos tiempos hemos conocido casos como el de la tecnológica rusa Xsolla, que en 2021 despidió a 150 empleados después de que un sistema de inteligencia artificial llegase a la conclusión de que no eran lo suficientemente productivos para la marca. Otro caso que por su extravagancia trascendió a la opinión pública fue el de Ibrahim Diallo, un ingeniero de software contratado por una empresa californiana que fue cesado por decisión de una máquina, la cual bloqueó su acceso al rascacielos donde trabajaba e inició un proceso totalmente automatizado que terminó con el trabajador escoltado fuera del edificio. Lo llamativo del caso es que todo fue producto de un error del sistema de IA, que se podía haber corregido fácilmente de haber existido supervisión humana. Aunque, probablemente, el ejemplo más conocido de control automatizado del trabajo sea el que ejerce la compañía de comercio electrónico Amazon sobre su personal de almacén, cuya actividad es objeto de monitorización continua mediante pulseras inteligentes o chips en el calzado que permiten llevar un seguimiento exhaustivo del tiempo invertido en preparar los paquetes, las pausas realizadas (para ir al baño, para socializar...), la localización exacta de los empleados, etc., a partir de cuya información se elabora un índice de productividad que es utilizado para enviar avisos automáticos a los trabajadores o se despide automáticamente a las personas que no alcanzan dicho índice.

Sin duda, el uso de la IA puede jugar un importante papel en la fase de extinción del contrato de trabajo, ya que la vigilancia y el control de la prestación laboral que facilitan las nuevas tecnologías puede ayudar a la detección de infracciones laborales motivadoras de un despido disciplinario, siempre y cuando la constatación tecnológica de tales incumplimientos constituya una medida idónea, necesaria y proporcionada y no comporte una invasión ilegítima en la vida privada de las personas trabajadoras. Pero los sistemas de IA y los programas informáticos también pueden ser útiles a la hora de tomar decisiones extintivas de carácter no disciplinario. De hecho, los algoritmos ya se están utilizando en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para seleccionar a los trabajadores que van

a ser despedidos², sin que, hoy por hoy, exista obligación legal para las empresas de negociar dichos algoritmos con la representación de las personas trabajadoras durante el periodo de consultas³.

La primera pregunta a la que debemos dar respuesta es si el despido, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ser objeto de una decisión íntegramente automatizada. El precepto clave a este respecto es el art. 22 del Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos-RGPD), donde se establece como regla general que todo interesado tiene “derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. El RGPD contiene varias excepciones a la aplicación de este precepto, admitiendo las decisiones automatizadas cuando: a) la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato, b) esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, o c) cuente con el consentimiento explícito del interesado. Pero, incluso en estas situaciones, el art. 22 del RGPD estima necesario garantizar que el tratamiento automatizado de los datos personales de los trabajadores sea conforme a los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, estableciendo en su apartado 2 que “el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”. La información específica que se debe proporcionar al interesado sobre las obligaciones del art. 22 cuando estemos ante decisiones íntegramente automatizadas se detalla en los arts. 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) del RGPD, que establecen que se ha de proporcionar a los sujetos afectados información sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, con indicación de la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento sobre el interesado⁴.

La decisión automatizada sobre un despido sin intervención humana no tiene encaje en ninguna de las excepciones permitidas en el art. 22.2 del RGPD, toda vez que tal decisión no es necesaria para la ejecución de las prestaciones propias del contrato de trabajo, no viene autorizada por el ordenamiento estatal o europeo, ni cuenta con el consentimiento expreso del trabajador (que, por lo demás, aunque existiera y

² Un ejemplo judicializado lo encontramos en la STS 861/2018, de 25 de septiembre, donde se cuestiona si la selección que realizó una empresa en el periodo de consultas de un despido colectivo, aplicando el programa informático Skill Matrix, fue discriminatoria al afectar a un elevado número de trabajadores que pertenecía a un mismo sindicato.

³ Ello es así por más que la “*Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*”, elaborada por el Ministerio de Trabajo, contemple, sin valor normativo alguno, la posibilidad de que también exista la obligación de negociar ese algoritmo.

⁴ Por su parte, el art. 35 del RGPD dispone que será necesaria una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, cuando se lleve a cabo una “evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles”, siempre que sobre los mismos “se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar”.

así se hubiera reflejado en el propio contrato, carecería de validez ante la situación de dependencia que ocupa aquel en la relación laboral). Lo que no siempre resultará pacífico es la determinación de en qué casos la decisión está basada “únicamente” en el tratamiento automatizado y en qué otros existe intervención humana que desvirtúe el “únicamente”, con lo que la prohibición del art. 22 del RGPD no sería aplicable. A este respecto, aunque no verse sobre un asunto propiamente laboral, puede ser de utilidad (como ha señalado Adrián Todolí en su blog) la doctrina contenida en la STJUE de 7 de diciembre de 2023 (asunto C634/21), que analiza el caso de un consumidor que vio rechazada la solicitud de un crédito por parte de una entidad financiera que había utilizado un *credit score* (“probabilidad de devolución de crédito”) proporcionado por una tercera empresa. Esta empresa calculaba mediante medios automatizados dicha probabilidad. En este contexto, el TJUE considera aplicable el art. 22 del RGPD aunque la decisión final fuera tomada por un ente distinto al que producía la puntuación automatizada. El TJUE interpreta que el concepto de “decisión” abarca no solo actos que producen efectos jurídicos, sino también aquellos que afectan significativamente al interesado de manera similar, como la denegación automática de solicitudes de crédito en línea. Por lo tanto, esta noción amplia de “decisión” podría incluir el resultado del cálculo de la solvencia de una persona en forma de un valor de probabilidad relativo a su capacidad de pago futura, lo que desencadena la aplicación de las disposiciones del RGPD sobre protección de datos.

Ahora bien, lo expresado hasta ahora no impide que el empleador pueda servirse del procesamiento masivo de datos automatizados, implementado por un algoritmo, para tomar la decisión sobre a quién despedir. No existe una prohibición expresa en tal sentido, pero habrán de observarse por la empresa un conjunto de cautelas y garantías dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores afectados. Por otro lado, la intervención humana en la decisión extintiva no puede limitarse a validar o replicar el informe o la propuesta ofrecida por un sistema de IA, sino que ha de consistir en una intervención humana significativa. Intervención que requiere la presencia de supervisión o control humano expreso y directo sobre la conclusión a la que ha llegado la IA antes de convertirla en una decisión de la empresa que vaya a comunicarse al trabajador (quien, conforme a reciente jurisprudencia, tiene que ser oído antes la efectividad del despido). Téngase en cuenta que los sistemas algorítmicos no permiten detectar todas las circunstancias personales de la persona trabajadora ni del contexto en que se produjeron los supuestos incumplimientos y que podrían justificarlos. Existen factores y matices que se escapan a la parametrización de la IA y pueden causar errores. Por ejemplo, un sistema de IA puede detectar ausencias injustificadas de una persona, pero desconocer, porque no se ha codificado, que la misma se ha ausentado por encontrarse hospitalizada y se produjo un fallo en la comunicación telemática de su baja a la empresa. Asimismo, los sistemas algorítmicos no están entrenados para valorar factores subjetivos, como la concurrencia de culpabilidad o el principio de proporcionalidad, que deben ser tenidos en cuenta antes de implementar un despido disciplinario. Y si nos centramos en los despidos colectivos, no es descartable que la IA utilizada para seleccionar a los trabajadores que van a ser cesados incurra en sesgos discriminatorios, que una intervención humana a tiempo puede corregir.

A este respecto, el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial⁵ considera la IA relacionada con el empleo, la gestión de recursos humanos y el autoempleo como de alto riesgo, según el anexo del RIA. Entre los programas de IA conceptuados como de alto riesgo, el Reglamento menciona expresamente la IA destinada a tomar decisiones sobre “la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral”. Estos sistemas algorítmicos no están prohibidos, pero sí están sometidos a una serie de restricciones y a mecanismos de control *ex ante* y *ex post*, por entender que en su aplicación pueden verse comprometidos derechos básicos de los trabajadores. Dando un paso más allá, la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, dedica su muy extenso y acertado Capítulo III a la gestión algorítmica, abordando las siguientes cuestiones: limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de supervisión ni de toma de decisiones (art. 7); evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art.8); transparencia en sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones (art. 9); vigilancia humana de los sistemas automatizados (art. 10); revisión humana (art. 11); seguridad y salud (art. 12); información y consulta (art. 13); información a los trabajadores (art. 14); disposiciones específicas para los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de los representantes de los trabajadores de plataformas (art. 15). En estos preceptos se introducen salvaguardias adicionales y específicas con respecto a las previstas en el RGPD⁶.

En el plano normativo interno, no puede dejar de citarse la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (*Ley Rider*), que además de introducir en nuestro ordenamiento una presunción de laboralidad del trabajo de reparto realizado para plataformas digitales, incluyó en el art. 64.4.d) del ET la obligación para las empresas de informar a los representantes de las personas trabajadoras sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Se ha impuesto de este modo un deber de transparencia de las empresas en relación con los sistemas algorítmicos que afecten a sus trabajadores. Posteriormente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, hará referencia también a los sistemas de IA y a los mecanismos de toma automatizada de decisiones, prohibiendo, en su art. 23, la discriminación derivada de la aplicación de los mismos. Además, dicho precepto establece que tanto la Administración como las empresas

⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

⁶ En el contexto de la gestión algorítmica, y teniendo en cuenta las graves repercusiones que tiene para las personas que realizan trabajo en plataformas la decisión de restringir, suspender o cancelar la relación contractual o la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas, o cualquier decisión con un perjuicio equivalente, estas decisiones deberán ser adoptadas siempre por un ser humano (art. 10.5). La norma no impide que una decisión de este tipo encuentre soporte en una propuesta realizada o sugerida por un sistema automatizado, lo que prohíbe son las decisiones íntegramente automatizadas, es decir, adoptadas sin intervención o supervisión humana cuando tengan tan graves consecuencias.

públicas promoverán el uso de una IA ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la UE.

Otro aspecto a considerar es la utilización de la IA en la redacción de las comunicaciones de despido. Ninguna especialidad cabe advertir en este terreno, pues las previsiones legales (arts. 53 y 55 ET) sobre los requisitos que ha de reunir la carta de despido se aplican por igual a las decisiones tomadas con o sin intervención de la IA. Cabe ponderar, no obstante, una vez más, la importancia de la existencia de supervisión humana tanto sobre la decisión automatizada de despedir como sobre su ulterior plasmación documental, evitando comunicaciones de despido, generadas por herramientas de IA, que recojan textos estereotipados, relaciones de hechos incompletas, imprecisas o notoriamente erróneas, que desembocarían en una calificación judicial de improcedencia por defecto de forma, salvo que el despido merezca la calificación de nulo por ser discriminatorio, lesivo de derechos fundamentales o por otros motivos previstos en la ley⁷. Debe hacerse una utilización prudente de la tecnología, de modo que esta sea una aliada en la gestión de los recursos humanos, no un riesgo para el propio empleador.

Para concluir esta breve disertación, cabe recordar que recae sobre la empresa la carga de tener que probar en juicio las causas (disciplinarias, objetivas) en las que ha fundamentado su decisión extintiva y su concreta afectación sobre el trabajador despedido, teniendo que explicar, si fuera el caso, los parámetros y criterios aplicados por el algoritmo que ha utilizado para respaldar su decisión, lo que puede constituir todo un reto para el empleador considerando el funcionamiento habitualmente opaco de estos sistemas (cajas negras).

⁷ La STSJ Cataluña de 16 de octubre de 2024 (rec. 2759/2024) caracteriza como “impresentable” la carta de despido entregada por la empresa al trabajador, argumentando que contiene una imputación genérica de falta de disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, con errores sobre el tipo de actividad a la que se dedicaba la empresa, “lo que invita a pensar que se ha copiado una carta de despido de otra empresa, se ha bajado el modelo de internet, o se ha confiado su redacción a la mal llamada inteligencia artificial”. La calificación como nulo del despido vino dada porque la empresa no logró desvirtuar los indicios de discriminación presentados por el trabajador, que habiendo recibido un certificado médico con restricciones laborales relacionadas con su salud respiratoria, fue despedido poco después de un proceso de incapacidad temporal.

El poder de dirección algorítmico

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

I. Una relectura de “*El poder de dirección del empresario*”

Definía Alfredo Montoya en su obra seminal, “*El poder de dirección del empresario*”, dicho poder como “*el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa*”. Y, añadía, “*el poder de dirección constituye los concretos deberes del trabajador, actualizando su concreta puesta a disposición*”¹. Factor esencial e inescindiblemente unido a su dinámica ha sido y es la concreción de las facultades de dirección técnica del trabajo. Una potestad que ha sufrido enormes variaciones a lo largo del tiempo pues, como el Maestro se ocupaba subrayar hace sesenta años: “*Las facultades de organización técnica del trabajo son extraordinariamente numerosas, como puede comprenderse, máxime si se tienen presentes los complejísimos y profusos métodos tecnológicos que se vienen multiplicando desde la Revolución industrial a nuestros días*”².

Esos “*complejísimos y profusos métodos tecnológicos*” no han dejado de evolucionar desde entonces y han venido a transformar de forma radical la propia concepción del poder de dirección empresarial. Y es que, tanto su precisa definición, como las condiciones técnicas cambiantes sobre las que se proyecta el dominio empresarial, han sufrido una auténtica revolución disruptiva en el arco temporal de esos sesenta años, arco en el que se han concentrado las tres últimas revoluciones (o evoluciones) industriales. Una realidad que, en el momento actual, continúa de forma irrefrenable su proceso de expansión si tenemos en cuenta que el empresario está dispuesto a delegar

¹ Los entrecomillados pertenecen a A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, Madrid, IEP, 1965, p. 44.

² A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, p. 184.

o, si se prefiere, a descentralizar un número cada vez más importante de decisiones técnicas a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la Inteligencia Artificial (“IA”)³, somos, en definitiva, testigos de la acelerada “automatización de los poderes directivos del empresario”⁴. Preguntarnos hoy por las singularidades de este naciente poder de dirección algorítmico es un buen motivo para homenajear al gran maestro del Derecho del Trabajo y, a la vez, releer y repensar nuevas ideas a luz de su obra.

Un concepto, el de poder de dirección algorítmico, que podríamos definir como la capacidad del empleador para organizar, supervisar y controlar el trabajo de sus empleados a través de sistemas automatizados, algoritmos o IA, y que ha cobrado especial relevancia en el contexto de las economías de plataforma, donde las decisiones tradicionalmente tomadas por humanos (asignación de tareas, evaluación de desempeño, horarios, etc.) son ahora gestionadas por programas informáticos. Todo esto ha llevado a resumir gráficamente esta realidad con una frase que ha cobrado fortuna: “mi jefe es un algoritmo”⁵, en suma, el poder de dirección es algorítmico. Un eslogan de fácil comprensión que encierra una realidad de enorme complejidad que solo de manera difusa y, a veces, también, confusa comenzamos a atisbar.

II. Los algoritmos dirigen la empresa: La gestión algorítmica del trabajo

El objetivo dirigido a alcanzar unos sistemas de trabajo más eficientes ha dado un paso adelante en el mundo digital y, por supuesto, toma posiciones también en la propia raíz del poder de dirección empresarial. Los algoritmos son en la actualidad un instrumento básico en la ordenación y gestión de los poderes empresariales. Aunque el recurso a estas fórmulas contaba con antecedentes, lo cierto es que su grado de evolución actual permite desarrollar las facultades de dirección y control empresarial hasta límites nunca hasta ahora pensados. Y ello en la medida que estos modernos sistemas no solo permiten repetir un proceso mecánicamente, sino, además, aprender de la experiencia, redefinir las reglas e, incluso, poder llegar a independizarse de su creador a la hora de definir la toma de decisiones.

La necesidad de tutelar a los trabajadores frente al desarrollo de los sistemas de “gestión algorítmica” es una realidad. La reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión algorítmica en el lugar de trabajo ha definido dicha noción como “*el uso de sistemas automatizados para controlar, supervisar, evaluar o tomar o respaldar decisiones, por medios electrónicos, en relación con el rendimiento laboral y las condiciones de trabajo de los trabajadores, incluidos los sistemas que tratan datos personales para supervisar las actividades en el entorno laboral, así como los sistemas*”

³ A lo que he calificado de la “gran delegación” me vengo refiriendo en varios estudios, entre otros, J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Más recientemente, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, en María Emilia Casas Baamonde (directora) Daniel Pérez del Prado (coordinador), *Derecho y Tecnologías*, Madrid, Fundación Areces, 2024, pp. 335-373.

⁴ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El algoritmo como soporte de las decisiones empresariales: claves jurídico-laborales para una transición justa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 85.

⁵ Al respecto puede verse, <http://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/sistemas-predictivos-cuando-tu-jefe-se-convierte-en-un-algoritmo>.

que toman o respaldan decisiones que afectan de manera significativa a los trabajadores (...), como la organización de las tareas, los ingresos, la seguridad y la salud, el tiempo de trabajo, el acceso a la formación, la promoción y la situación contractual”⁶. A tenor de la referida definición, no cabe duda de que la dirección algorítmica constituye una de sus dimensiones más cualificadas y uno de sus más sensibles espacios de actuación.

La “gestión algorítmica del empleo” se ha convertido, por todo ello, en un elemento utilizado, incluso para definir el propio concepto de trabajador y reformular la noción de dependencia a partir de dicho fundamento técnico⁷. Así, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorporó una Disposición adicional vigesimotercera al Estatuto de los Trabajadores de acuerdo con la cual: *“Por aplicación de lo establecido en el art. 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”*. Por su parte, el Capítulo III de la Directiva 2024/2831, de 23 de octubre relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (“Directiva 2024/283”), titulado “gestión algorítmica”, es una clara manifestación de esta tendencia y supone, probablemente, la primera regulación con vocación de establecer reglas y limitaciones al poder de dirección algorítmico en su integridad que pretende expandir sus fundamentos a otros terrenos como puede extraerse de la citada Propuesta de Directiva sobre la gestión algorítmica en el lugar de trabajo.

III. Las facultades de dirección algorítmica y sus límites

La materialización de ese poder de dirección algorítmica se manifiesta en múltiples dimensiones.

Decía Montoya que *“los efectos normales del ejercicio del poder directivo pueden reducirse a uno solo y fundamental: la sujeción del trabajador a las decisiones del empresario, y la consiguiente organización laboral de la empresa”* y añadía *“se produce de este modo un doble efecto: por una parte, se consigue un resultado objetivo (la ordenación del trabajo) y, por otra, un resultado subjetivo, medio para la consecución de aquél, la situación de sometimiento del trabajador a las directrices empresariales”*⁸. Siento esto así, los sistemas algorítmicos y de IA asumen una función esencial del poder de dirección en la medida en que pueden establecer directrices para la asignación de la concreta de específicos trabajos (“facultades de asignación algorítmica”). En muchos sectores, especialmente en plataformas digitales, empresas de reparto, logística, call centers y

⁶ Proyecto de Informe con recomendaciones a la Comisión sobre la digitalización, la inteligencia artificial y la gestión algorítmica en el lugar de trabajo: configurar el futuro del trabajo (2025/2080(INL)).

⁷ Entre los muchos trabajos que han analizado los presupuestos de la laboralidad en estas relaciones, remito especialmente a A. GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

⁸ A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, p. 243.

otros entornos digitalizados, los algoritmos asignan tareas a los trabajadores en función de criterios como disponibilidad, ubicación, desempeño previo, eficiencia. Ello puede permitir, además, que estos sistemas modulen la actividad empresarial atendiendo a las concretas circunstancias en las que se desarrolla la actividad productiva. De este modo, la asignación de actividad se conecta con múltiples variables, como la demanda, la oferta, el comportamiento de los consumidores, la competencia, el tiempo, la ubicación y otros factores relevantes.

Igualmente, el algoritmo permite la evaluación del rendimiento puesto que estos sistemas permiten clasificar y valorar el grado de aceptación de la prestación de los servicios (“facultades de evaluación algorítmica”). Entre las singularidades que ofrecen estas fórmulas se encuentra el establecimiento de sistemas para garantizar la confianza en los prestadores de servicios a través de la valoración de los usuarios. Es importante tener presente que, por ejemplo, el valor añadido del modelo de negocio empleado por las plataformas digitales se encuentra, también, en la capacidad de emplear la plataforma para extraer datos sobre el uso del servicio.

Finalmente, estos sistemas pueden llevar a cabo actividades de control (“facultades de control algorítmico”). La introducción de nuevas tecnologías en el mundo laboral ha ayudado a reforzar la visión panóptica de la relación de trabajo, así como la idea de un remozado feudalismo virtual. Por ello, los límites a este control invasivo resultan especialmente relevantes en una relación donde los ojos empresariales se encuentran siempre presentes. El uso de algoritmos y sistemas de IA puede suponer un salto adelante en muchos de estos sistemas y son muchos los ejemplos.

Un poder de estas dimensiones requiere de límites importantes para controlar su desarrollo. La Directiva 2024/2831 incorpora diversas reglas para limitar los usos del poder de dirección algorítmico en las plataformas profesionales. Un importante campo de pruebas para el futuro de las nuevas formas de trabajo en la que se establece, entre otras, la obligación para las plataformas digitales de informar a los trabajadores y sus representantes sobre el uso de sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones que afecten a las condiciones laborales, el acceso y la permanencia en el trabajo, la evaluación del desempeño, la asignación de tareas y la remuneración. Esta supervisión ha de contar con los recursos humanos suficientes y competentes, para evitar que tales sistemas realicen seguimientos o tomen decisiones vulneradoras de derechos fundamentales, particularmente, de carácter discriminatorio.

El riesgo de la “discriminación algorítmica en el empleo” es una realidad que debe encontrar severas limitaciones. Buen ejemplo es la conocida sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en su sentencia de 31 de diciembre de 2020, declaró discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo⁹. El referido pronunciamiento consideró que la empresa utilizaba un algoritmo que, a juicio del referido Tribunal, penalizaba de igual forma y sin distinción alguna tanto a los riders que se ausentan temporalmente por motivos injustificados como a los que lo hacen por

⁹ Para una contextualización del pronunciamiento, S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el derecho italiano*, Temas Laborales, 2020, n° 155, p.188.

motivos justificados de enfermedad, cuidado de menores o para ejercer su derecho de huelga. Tal diferencia, concluyó el Tribunal, encubre una discriminación algorítmica en el empleo. Y llega a esta conclusión indicando que es indiferente que a los repartidores se les considere trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos, dado que en cualquiera de los casos estarán protegidos frente a la discriminación en el acceso al trabajo.

IV. El poder empresarial delegado del mando de los algoritmos: ¿Un estatuto tutelar la persona trabajadora al mando?

La “reserva de humanidad”, como se la ha calificado¹⁰, la idea del humano al mando (*human-in-the-loop*, *human-on-the-loop*, o *human-in-command*)¹¹ constituye un soporte fundamental en el diseño de los nuevos sistemas de IA y en dicha dirección ya caminaba el art. 22.3 Reglamento General de Protección de Datos personales al establecer que: “En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

El Acuerdo Marco sobre Digitalización que se presenta como un acuerdo “para apoyar el éxito de la transformación digital de la economía europea y gestionar sus grandes repercusiones en los mercados laborales, el mundo del trabajo y la sociedad en general” ha subrayado la garantía que supone el control humano. El Reglamento de Inteligencia Artificial (“RIA”) da un paso más en esta dirección y precisa que los sistemas de IA deberán estar diseñados de forma que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos derivados de su uso. El objetivo de la vigilancia humana será, conforme establece el art. 14 de la RIA, prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible.

La Directiva 2024/2831, completa este régimen jurídico al reconocer el derecho de “supervisión” y “revisión por humanos” e incorporar el derecho de “rectificación” cuando una decisión o un conjunto de decisiones adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de toma de decisiones vulneren los derechos laborales de las personas trabajadoras, su derecho a la no discriminación o el derecho a la protección de sus datos personales. En estos casos, la decisión vulneradora habrá de ser rectificada “sin demora, y, en cualquier caso, en el plazo de dos semanas a partir de la adopción de la decisión”. Declarada y rectificada la decisión automatizada vulneradora, la plataforma tiene la obligación de modificar el sistema automatizado para impedir que se reproduzca esa

¹⁰ J. PONCE, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, Revista General de Derecho Administrativo, 2019, nº 50.

¹¹ J. VIDA FERNÁNDEZ, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO, J.L. PIÑAR MAÑAS, (Dir.) *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid. BOE, 2018, p. 218.

situación o, si ello no es posible, suspender su funcionamiento. Al respecto se prevé que, si no es posible esa rectificación por parte de la plataforma, entonces la plataforma ha de ofrecer a la persona afectada una indemnización “adecuada por los daños sufridos” (art.12.3). A lo anterior se añade que la Directiva obliga a adoptar medidas especiales de protección respecto a las personas que estén encargadas en la plataforma de esta supervisión, teniendo en cuenta que han de tener facultades incluso de “anular las decisiones automatizadas”, a través de medidas de protección contra todo trato desfavorable, y en especial contra medidas disciplinarias incluyendo el despido.

V. Retos del control algorítmico del trabajo

1. La expansión del control biométrico

El desarrollo de la tecnología, en su más amplio y extenso sentido, está convirtiendo al cuerpo humano en un espacio de computación y, por tanto, de control. La identidad biológica es propia de cada sujeto y, por tanto, cualquier instrumento que la utilice permitirá, a quien de él se sirva, internarse en el terreno más recóndito que cada ser humano tiene. Podría decirse que, a su través, se puede entrar en la intimidad de la intimidad. Ese carácter invasivo entraña numerosos riesgos para la dignidad humana, riesgos que alcanzan mayor voltaje si tenemos en cuenta que el uso de los sistemas biométricos se está convirtiendo, por momentos, en una potente herramienta de control empresarial¹².

No sorprende por ello que RIA mire con especial intensidad los usos biométricos de la IA. Un repaso de las categorías empleadas por el RIA en relación con estos sistemas [“datos biométricos” (art.3.34), “identificación biométrica” (art. 3.35), “verificación biométrica” (art. 3.36), “sistema de reconocimiento de emociones” (art. 3.39), “sistema de categorización biométrica” (art. 3.40), “sistema de identificación biométrica remota” (art. 3.41), “sistema de identificación biométrica remota en tiempo real” (art. 3.42), o “sistema de identificación biométrica remota en diferido” (art. 3.43)] muestra su relevancia. Una relevancia que se proyecta sobre los distintos modelos que se vinculan con los también distintos niveles de riesgo. La era del capitalismo de la vigilancia supone un enorme desafío al que viene a tratar de poner coto esta norma¹³.

2. El control de la conducta del trabajador: Minority Report laboral

El seguimiento algorítmico puede llevar consigo soluciones excesivamente invasivas y, por ende, desproporcionadas, que conlleven una vulneración de la intimidad de las personas al producir una parametrización integral del trabajador. Una reforzada exigencia de proporcionalidad deberá, sin duda, requerirse de forma reforzada cuando las empresas acudan a este tipo de sistemas¹⁴.

¹² Sobre este tema me remito mi estudio: “El “Big Bang” de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos”. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2024, Volumen 5, Número nº 2, pp.4-23. Particulares problemas plantea el reconocimiento de las emociones, tema del que se ha ocupado A. MUÑOZ RUIZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídico-Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

¹³ S. ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós. 2020.

¹⁴ Como he defendido en mi estudio, “El principio de proporcionalidad como límite al control laboral basado en la inteligencia artificial”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*,

Un terreno peligroso en el que el control directivo empresarial es el de las denominadas amenazas internas (*Insider Threat*). Las mismas tienen por finalidad prevenir, identificar y mitigar las amenazas internas que tengan su origen en las propias personas trabajadoras, que de forma consciente o inconsciente puedan comprometer la actividad empresarial en procesos esenciales de su actividad. De este modo, y a través de la ponderación de una serie de indicadores, los algoritmos predicen la posibilidad de que exista o no una amenaza. Sobre esta base, la empresa podrá tomar medidas adicionales de control sobre los trabajadores que queden identificados. Un modelo de intervención que entra de lleno en las situaciones de alto riesgo (*“seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones”*) que identifica el art. 6 y el Anexo III del RIA. Este tipo de instrumentos son mirados con reticencia y algunos análisis recomiendan que se debe prohibir a los empleadores hacer inferencias sobre el desempeño de un trabajador. Del mismo modo, se afirma que las empresas no deberían utilizar fórmulas algorítmicas para predecir o emitir juicios sobre el desempeño de un trabajador sus emociones, personalidad o salud¹⁵, dado que, además, este tipo de sistemas necesitan grandes muestras temporales para establecer sus resultados.

3. El neuropoder de dirección empresarial

La preocupación por los efectos que el desarrollo de los sistemas biométricos unidos a los de Inteligencia Artificial, el Internet de los Cuerpos y, en fin, el desarrollo de las neurotecnologías pueda tener en los seres humanos es cada día mayor. Las interfaces cerebro-computador o Brain Computer Interface, son dispositivos que posibilitan la interacción directa entre el cerebro y un ordenador y permiten interactuar con el mundo físico y virtual utilizando la mente están ya aquí.

La relación entre neuroderechos y el poder de dirección empresarial surge a raíz de la posible utilización de neurotecnologías en el ámbito laboral. Algunas empresas comienzan a implementar dispositivos que monitorizan la actividad cerebral de los trabajadores para medir productividad, atención, sueño o incluso estados emocionales. Las demandas sobre la necesidad de reconocer nuevos neuroderechos han tenido ya dos plasmaciones, una en el ámbito del Derecho positivo y otra en el terreno del soft law. El inciso final del artículo 19.1 de la Constitución chilena establece que: *“El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”*. En el terreno del soft law, en España y en marco del Plan España Digital y de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales, dedica un apartado a los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías. Una disposición que llama al papel protagonista de la Ley en esta materia: *“Las condiciones, límites y garantías de*

2024, n° 19 (monográfico Impacto Laboral de la Inteligencia Artificial).

¹⁵ A. BERNHARDT, L. KRESGE R. SULEIMAN, *Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights*, UC Berkeley Labor Center, 2021, p. 23.

implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías serán reguladas por la ley (...)”, dice.

Los límites al uso de los sistemas de vigilancia neuronal llegan también al ámbito de la Unión Europea. El art. 5 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión algorítmica en el lugar de trabajo establece que: “*Los Estados miembros velarán por que se prohíba a los empleadores y a los contratistas de servicios el tratamiento de datos personales relativos a: (a) el estado emocional o psicológico de los trabajadores o los trabajadores autónomos que trabajan solos; (b) la neurovigilancia (...)*”. Sea como fuere, lo que sí parece claro es que, como en tantos otros terrenos, el protagonismo del Big Data llevará consigo la necesidad de tutela de los datos personales que se extraigan de las interfaces cerebro-computador aún cuando los mismos no tengan finalidades de neurovigilancia. Los riesgos del uso de estos datos neuronales o cerebrales son evidentes como han puesto de manifiesto el EDPS y la AEPD, en su informe *TechDispatch sobre neurodatos*.

4. El poder de dirección y gemelos digitales

Una última dimensión de este irrefrenable cambio tecnológico podría venir de la mano de la potencial dislocación del poder de dirección empresarial. La ultrasuplantación es un concepto emergente en el ámbito de la tecnología, la seguridad digital y el derecho, que hace referencia a una forma avanzada y sofisticada de suplantación de identidad. A diferencia de la suplantación tradicional, la ultrasuplantación implica el uso de tecnologías de IA, gemelos digitales u otros sistemas avanzados para crear réplicas digitales extremadamente realistas de una persona, entidad o sistema.

El uso de gemelos digitales puede modificar la forma en que se asignan tareas, se organizan equipos y se establecen objetivos y, por ende, convertirse en una nueva dimensión del poder algorítmico de dirección que encierra nuevos problemas jurídicos del más variado alcance. Un gemelo digital, se ha dicho, es una representación digital precisa de un objeto físico, proceso o sistema que puede ser utilizado para simulaciones y análisis. Al aprovechar tecnologías como la IA, el Internet de las Cosas, y el análisis de datos, los gemelos digitales permiten predecir comportamientos, realizar pruebas virtuales y optimizar operaciones sin tener que alterar el entorno físico. En esencia, un gemelo digital actúa como un “espejo” digital del mundo real, permitiendo una visibilidad y control sin precedentes. A través de su uso es claro que el poder de dirección se vería reforzado por la posibilidad de simular escenarios, prever resultados y optimizar recursos, lo que permitiría a la dirección empresarial adaptar rápidamente la organización del trabajo a las necesidades del negocio.

La reciente Propuesta por el que se regula la relación laboral de personas artistas, técnicas y auxiliares en el ámbito de las artes escénicas, audiovisuales y musicales, muestra el enorme potencial que esta realidad puede producir en el futuro próximo del derecho. En la misma se prevé la posibilidad de utilización de la propia imagen y/o voz de la persona artista o de los resultados de la actividad contratada mediante sistemas de inteligencia artificial generativa. Saber dónde estarán los límites de estas fórmulas de suplantación y cómo afectarán a la lógica del poder de dirección constituye todo un reto para la imaginación y el pensamiento jurídico.

Decía el Profesor Montoya en la obra que ha servido de guía a estas páginas que *“caracterizándose la empresa por tener un objetivo técnico laboral, un aspecto del poder de dirección tiene como finalidad la de organizar laboralmente ese objeto; al contenido del poder de dirección interesa, pues, lo concerniente a la organización técnica del trabajo, como modo de proceder a la organización de las prestaciones laborales”*¹⁶. Sesenta años ha pasado desde esta afirmación y la misma no puede encontrarse más viva. Mérito de un Maestro cuyas reflexiones como la de todos los grandes juristas (y él lo era) trascienden el espacio y el tiempo.

¹⁶ A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*, p. 184.

La “manipulación psicológica” de la persona trabajadora mediante sistemas de inteligencia artificial: nuevo límite al ejercicio del poder de dirección empresarial (notas para un debate)

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

“La técnica de poder propia del neoliberalismo adquiere una forma sutil, flexible, inteligente, y escapa a toda visibilidad. El sujeto sometido no es siquiera consciente de su sometimiento. El entramado de dominación le queda totalmente oculto. De ahí que se presuma libre”¹.

Como nos enseñó el profesor A. Montoya Melgar, el poder de dirección “se integra no sólo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación, sino que comprende también funciones de control y vigilancia”². El poder de control sobre el desarrollo de la prestación de servicios de las personas trabajadoras forma parte inherente de los poderes directivos empresariales y tiene anclaje constitucional en el principio de libertad de empresa y su reconocimiento legal en un conjunto de reglas que ordenan el contrato de trabajo y que garantizan el mantenimiento del principio jerárquico y la disciplina en la empresa. Pero obviamente, como todo poder reconocido como derecho empresarial, está inserto en el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sujeto a límites en garantía de la tutela de otros derechos igualmente atendibles. El Derecho del trabajo es precisamente la cristalización de un complejo sistema de límites jurídicos al ejercicio de un poder directivo empresarial, que es discrecional, y que contiene cualquier propensión a un ejercicio ilegítimo, arbitrario o desproporcionado

¹ HAN, B. Ch., *Psicopolítica*, Herder, Barcelona, 2014, p. 28.

² MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 152.

del mismo en el marco de una relación jurídico-privada que, en la generalidad de los casos, se desarrolla en un plano desigualdad material o socio-económica.

El desarrollo de las nuevas tecnologías basadas en sistemas de Inteligencia Artificial (IA) supone un salto cualitativo también en la manera en que se desarrollan las relaciones de trabajo y, obviamente, en los instrumentos para la dirección y control de las personas trabajadoras con el objetivo alcanzar la meta de unos resultados garantizados (con la mayor eficiencia y productividad posibles). Esta “capacidad de accionamiento” caracteriza toda una nueva fase del “imperativo productivo” en la que se enfatizan las llamadas *economías de la acción*. Ello representa la culminación de la implantación de los nuevos *medios de modificación conductual* y ello se considera -por sus desarrolladores- una “evolución decisiva y necesaria de los “medios de producción” del capitalismo de la vigilancia hacia un sistema operacional más complejo, iterativo y potente”³. Por ello, las propias relaciones de trabajo -como también sucede en el plano político- pueden no resultar inmunes a una de las dimensiones de la IA, que tiene que ver con un control “técnico” del trabajo que conlleve la manipulación psicológica de las personas trabajadoras.

Precisamente, uno de los retos que plantea esta tecnología es cómo controlar los heterogéneos riesgos laborales que pueden producirse en la interacción de la persona trabajadora con sistemas de IA que no descansan y que dirigen y controlan de manera exhaustiva el comportamiento de la persona trabajadora. Los tradicionales límites de determinación concreta de la prestación de servicios (especialmente, los funcionales y temporales), así como los mecanismos de representación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo en un sistema democrático de relaciones laborales también ha de ir adaptándose a estos nuevos modos de dirección y organización del trabajo mediados por los sistemas de IA. El Derecho trata de regular los aspectos disfuncionales de la digitalización de las relaciones de trabajo, *v. gr.* mediante el derecho a la desconexión digital o la exigencia de “apertura” del código algorítmico a las representaciones legales de los trabajadores, medidas que, aunque sin duda son útiles y necesarias, resultan medidas parciales e insuficientes para abordar adecuadamente los heterogéneos riesgos derivados de estas nuevas tecnológicas cuando se aplican a las actividades productivas en las empresas.

Los avanzados sistemas de IA que pueden interactuar con las personas trabajadoras en entornos laborales (conocidos más comúnmente como “cobots”) pueden aprender a reconocer los estados psicológicos o el estado ánimo de las mismas, entre otros instrumentos de recopilación de datos, por el tono de voz, el análisis del lenguaje o por el análisis de sus gestos faciales gestos, la expresión corporal o sus bioseñales. Aún más, cada vez se hace más difícil poder determinar con claridad si la interacción que conlleva actividad productiva se produce entre humano o entre humano y cobot, dado que los sistemas de IA más avanzados podrían superar el llamado “*test de Turing*”.

Un aspecto más complejo y novedoso viene representado por la utilización de los sistemas de IA con el fin de manipular psicológicamente y de manera inconsciente a

³ ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las fronteras del poder*, Paidós, Barcelona, 2020, pp. 394-395.

la persona trabajadora. La IA (especialmente en combinación con la neuro-tecnología) aplicada a las relaciones de trabajo, pueden conllevar ese riesgo de condicionamiento o manipulación subliminal de la persona trabajadora. La doctrina ha comenzado ya a hablar abiertamente de una nueva generación de derechos que tienen precisamente por finalidad -como bien jurídico protegido- la protección de la actividad cerebral de la persona: los denominados “neuro-derechos” o “derechos del yo inconsciente de la persona”. Consisten en una nueva generación de nuevos derechos humanos que protegen tanto la privacidad como la integridad mental y psíquica (tanto consciente como inconsciente) de las personas, respecto del uso abusivo de las neuro-tecnologías⁴. Se trata de derechos íntimamente vinculados o derivados de la tutela de la dignidad de la persona y que, en este caso, afectarían no solo al derecho a la intimidad personal (como sería el que protege primordialmente el grupo normativo relativo a la protección de datos personales), también en su dimensión de “*privacidad mental*” (mantener los pensamientos protegidos), sino también -en lo que aquí nos ocupa- a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad (el derecho al libre albedrío).

Dada la disrupción tecnológica propiciada por el empleo de la IA, la legislación -al menos en el plano laboral- no ha ido evolucionado al ritmo con el que las nuevas tecnologías del *big data* y la IA se están implantando y ello plantea nuevos retos de política legislativa, en el terreno de las relaciones de trabajo, para garantizar la dignidad de la persona trabajadora⁵. Lo cierto es que la “*consideración debida a la dignidad*” del trabajador es el fundamento del orden político y de la paz social⁶; donde se englobarían el conjunto de derechos fundamentales de la persona, significativamente el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como a protección de datos personales e incluso el derecho a la autodeterminación de la persona. Reténgase que “*el libre desarrollo de la personalidad*” es también un fundamento del orden político y de la paz social en nuestro texto constitucional (artículo 10.1). En este sentido el propio Tribunal Constitucional ha considerado que, dentro del contenido de la “dignidad” de la persona, se encuentra el de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, capacidad para determinar la conducta en relación consigo mismo y con su entorno (esto es, el libre desarrollo de la personalidad)⁷. Las nuevas tecnologías han

⁴ Vid. YUSTE, R., *Neuroderechos. Un viaje hacia la protección de lo que nos hace humanos*, Paidós, Barcelona, 2025; para una aproximación a los debates filosóficos sobre esta nueva categoría de derechos, vid., IENCA, M., ANDORNO, R., “Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología”, *Análisis Filosófico*, v. 41, n. 1, 2021; DE ASÍS, R., “Sobre la propuesta de neuroderechos”, *Derechos y Libertades*, n. 47, 2022; en la doctrina iuslaboralista, vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁵ Vid. YSÀS MOLINERO, H., “El derecho a la dignidad de la persona trabajadora ante las tecnologías emergentes para la organización y el control empresarial”, *Trabajo y Derecho*, n. 112, 2024.

⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.

⁷ Vid. por todas, SsTC 53/1985, de 11 de abril, f.j. 8º, SSTC 120/1990, de 27 de junio, f.j. 4º, y 57/1994, de 28 de febrero, f.j. 3º a), 192/2023, de 27 de octubre, f.j. 7º, donde se recuerda que: “la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

renovado la problemática de la “intimidad” (*privacy*), entendible como la “esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo”⁸; y, claro está, dentro de esa intimidad también cabe incluir nuestros pensamientos y nuestra propia actividad cerebral.

El derecho a la intimidad, derecho de personalidad con rango de derecho fundamental, queda constitucionalmente consagrado en el art. 18.1 CE (“*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”), así como en el derecho a la protección de los datos personales (artículo 18.4 CE). Ya en el plano laboral, el derecho a la intimidad encuentra reconocimiento en el art. 4.2 e) LET, según el cual, el trabajador tiene derecho “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad*” en la relación de trabajo. Se advierte, pues, que el valor de la dignidad vuelve a ser referido en este precepto como indisolublemente vinculado a la intimidad a la que el trabajador tiene derecho en el desarrollo de su actividad laboral⁹. Nuestro ordenamiento laboral -en el plano legislativo- presenta un marco normativo muy críptico art. 20.3 LET, en relación a los límites del poder de control y vigilancia empresarial; que tuvo que ser objeto de una ampliación, en relación con el uso de las nuevas tecnologías, en clave de garantizar el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, mediante el artículo 20 *bis* LET (introducido por la disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

Todos estos elementos subyacen a la *Carta de Derechos Digitales* (Gobierno de España, 2021), sin carácter normativo, pero donde se establece que: “*Se promoverá que en los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente, se tenga presente la exigencia de garantizar la dignidad humana, los derechos fundamentales, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y orientarse al logro del bien común*” (apartado I.3); y más en concreto para el tema que nos ocupa, cuando establece que las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neuro-tecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de...: “*b) Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones. c) Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos. d) Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica. e) Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados*”.

El nuevo riesgo de conformación del pensamiento y de la conducta humana mediante la *manipulación*, la desinformación o la construcción de falsas creencias no

⁸ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 44.

⁹ Con ocasión de su recensión a la obra del Prof. Montoya Melgar, ALONSO OLEA, M., “Sobre el poder de dirección del empresario”, *Revista de Política Social*, n. 65, 1965, p. 101, advirtió que toda la regulación, y la doctrina que la inspire o que sobre ella se construya, ha de refluir en último término “sobre la prestación *uti singuli* y personalísima de un hombre o mujer que *traslada su íntima individualidad al trabajo* en que, justamente, su prestación consiste”.

ha pasado desapercibido al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (en adelante, Reglamento IA). En este sentido, el art. 5.1 a) del Reglamento IA, que -como “norma general”- rige perfectamente también en las relaciones de trabajo, prohíbe: *“la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas”*.

La “manipulación” es un problema para la libertad y la autonomía individual, pero también para el ideal de democracia (política e *industrial*), pues, al influir en las personas sin su conocimiento y pasar bajo el radar de sus capacidades racionales autónomas, los sistemas de IA no las respeta y viola la autonomía y libertad necesarias para la democracia, ya que supone que deliberamos con los demás y tomamos libremente decisiones¹⁰.

Como puede comprobarse, mediante esta prohibición, la ordenación jurídica trata de proteger la actividad cerebral y el pensamiento de las personas tanto en un plano individual como de un “colectivo de personas” (que bien podría ser considerado la plantilla de una empresa o centro de trabajo). No obstante, al tratarse de una ordenación jurídica con vocación “general”, no ha incluido los necesarios elementos para reconducir su regulación -como deberá de hacerse- a las instituciones propias del gobierno “colectivo” de las relaciones de trabajo, esto es, a los instrumentos de representación y medios de actuación colectiva, pero eso no significa que sea un claro límite cuya infracción supondría el ejercicio del poder de control empresarial con “violación de normas jurídicas”¹¹.

La primera duda que nos asalta es si este límite al poder directivo empresarial en el seno de las relaciones de trabajo que constituye, de momento, un “derecho laboral *inespecífico*” para la persona trabajadora, cabría considerarlo como un límite absoluto para el desarrollo de las relaciones de trabajo, o serían atendibles otros derechos o intereses empresariales -atinentes a la dirección y control de la actividad productiva- que pudieran matizar, modular o excepcionar el mismo. Hasta ahora, al ser ejercidos en el interior de la organización empresarial, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras se han visto sometidos a una serie de límites justificados en el poder empresarial y las obligaciones propias del contrato de trabajo, configurándose así una peculiar “*ciudadanía en la empresa*”, que es más limitada en cuanto al goce pleno de los denominados derechos fundamentales “inespecíficos” de la persona trabajadora. Desde luego, en la medida que esta nueva prohibición protege algo tan íntimo como

¹⁰ COECKELBERGH, M., *Por qué la IA debilita la democracia y qué hacer al respecto*, Cátedra, Madrid, 2024, p. 72.

¹¹ MONTTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 237.

el pensamiento y la libre conformación de la voluntad y de auto-determinación de la persona, los límites deben ser mucho más estrictos a como sucedería *v. gr.*, en el caso de las empresas ideológicas o de tendencia, en las que el control empresarial podría versar sobre el desarrollo de la prestación de servicios acorde con la ideología de la empresa (y la erosión aquí de la libertad de expresión sería justificable), pero ello nunca podría abarcar a la libre conciencia y de pensamiento de la persona trabajadora, vertiente que pertenecería al estricto terreno de una intimidad mental -o cerebral- inviolable de la misma.

Este límite debe combinarse sistemáticamente con otras prohibiciones existentes en el propio Reglamento IA y extra-sistemáticamente con otras normas de aplicación. En especial, aquéllas relativas a la extracción de datos relativos a las emociones en los lugares de trabajo o a la extracción de datos biométricos de la persona trabajadora de los cuales inferir tales estados emocionales o psicológicos, que podrían ser el primer paso para una posterior manipulación psicológica subliminal. Resulta muy relevante la previsión del propio Reglamento IA que también prohíbe, en su artículo 5.1 f): *“La introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad”*. Por su parte, y dentro del conjunto de normas jurídicas de la UE para afrontar la “transición digital” en el mundo laboral, también el artículo 7.1 a) de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (en adelante, Directiva TPD) establece que: *“Las plataformas digitales de trabajo no podrán, mediante sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones... tratar ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico de la persona que realiza trabajo en plataformas”*.

Con carácter previo a estas normas de nuevo cuño, el 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 (en adelante Reglamento PDP) ya también prohibía la extracción de datos biométricos para determinar el estado de ánimo de las personas trabajadoras. Los datos biométricos¹² y datos relativos a la salud son datos de especial protección (art. 9.1 Reglamento PDP), aunque existen excepciones que permiten su tratamiento para el cumplimiento de obligaciones por parte del responsable del tratamiento en el ámbito del derecho laboral (siempre que lo autorice una disposición legal interna o bien un convenio colectivo que establezca garantías adecuadas al respecto de los derechos fundamentales y de los intereses de la persona trabajadora); también se contemplan excepciones por razones de interés público esencial, o cuando

¹² Entendidos como los “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (artículo 4, apartado 14, Reglamento PDP); sobre esta cuestión, *vid.* MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones en el trabajo: estudio de los casos más recientes”, *Trabajo y Derecho*, n. 108, 2023.

el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador y ello con una serie de garantías específicas.

La gestión del trabajo mediante sistemas de IA (y no sólo para la denominada "economía de plataformas digitales") entran de pleno en lo que el Reglamento IA denomina "sistemas de alto riesgo" -apartado 4 Anexo III-, entre los que se encuentran aquellos destinados a ser utilizados para "... *tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones*". Es en el marco de estos sistemas en los que también puede aflorar la utilización de tales sistemas para objetivos no legítimos, como pudiera ser la manipulación psicológica de las personas trabajadoras.

En todo caso, la extracción y manejo de datos nunca podrían exceder lo que pueda considerarse el ámbito las obligaciones vinculadas con el contrato de trabajo (esto es, con los aspectos técnico-organizativos del trabajo, lo que podríamos denominar "esfera propia del contrato de trabajo"). Los excesos, en este sentido, cabría considerarlos ilegítimos por abusivos y desproporcionados.

Por su parte, el artículo 12 de la Directiva TPD, introduce también un nuevo límite para este tipo de trabajo de gestión digitalizada, al establecer que las plataformas digitales de trabajo "*no utilizarán sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas*". El concepto de "presión indebida" alude a sistemas que conlleven un ejercicio abusivo del poder empresarial en cuanto a la extracción del rendimiento del trabajador, pero también puede conectarse con elementos más novedosos -y que deben someterse a una revisión crítica- como el exceso de supervisión digitalizada (que friccionaría con el principio de "minimización" en la extracción de datos personales de la persona trabajadora) e incluso la delegación por la parte empleadora de la valoración de la prestación de servicios de la persona trabajadora en clientes/usuarios.

Las consecuencias negativas o perniciosas derivadas de la manipulación psicológica pueden ser de muy diverso tipo, entre otras, pueden producir decisiones perjudiciales desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo, incluida la seguridad y salud en el trabajo. Cabría pensar en posibles excepciones en las que consecuencias podrían calificarse benévolas y, por consiguiente, la manipulación sería admisible, quizá como sistema de vigilancia de la salud, promoción del bienestar y corrección de comportamientos tóxicos (*v. gr.* adicciones) o como mecanismo de contención de una tendencia autolesiva o suicida de la persona trabajadora o violenta frente a terceros. En tales hipótesis, *prima facie*, podría pensarse que tendrían una justificación como tutela preventiva. No obstante, la introducción de sistemas preventivos basados en una manipulación del pensamiento de la persona trabajadora mediante IA, como garantía de la seguridad y salud en trabajo, debería pasar

un riguroso *test de proporcionalidad*¹³, basado en los siguientes elementos: el juicio de *idoneidad* para el objetivo propuesto, que debe ser una razón o finalidad empresarial objetiva y justificada; el juicio de *necesariedad*, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, por tanto, que resulte ser la menos agresiva de las medidas posibles, esto es, que se trate de una medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador; además, ha de ser *equilibrada*, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Es difícil no pensar en medidas preventivas primarias, formativas, informativas y de vigilancia de la salud mental, alternativas y menos invasivas para la intimidad (mental) de la persona trabajadora de cara a la consecución de un objetivo preventivo destinado a evitar una serie de conductas de la persona trabajadora (v. gr. el suicidio u otro tipo de catástrofe) o bien para inducirle a la adopción de otras conductas seguras o saludables.

Parece que lo más normal es que las empresas se vean inclinadas a utilizar los sistemas de IA en la gestión laboral para mejorar la eficiencia y la productividad en el trabajo. Aquí también hay un ámbito que no está libre de la tentación de manipulación psicológica para que las personas trabajadoras se adhieran -de manera inopinada- a los objetivos estratégicos y productivos de la empresa. Al respecto, téngase en cuenta que, en la dirección empresarial, se está produciendo un cambio de paradigma. Las modernas técnicas de gestión empresarial transitan desde un principio de “comportamiento racional” hacia el “*management emocional*”¹⁴. Este fenómeno podría denominarse “emocionalización” del proceso productivo. Y no debemos de olvidar que los sistemas de IA también pueden entrenarse para incidir emocionalmente sobre las personas trabajadoras, consiguiendo así su adherencia inconsciente a un determinado ideario empresarial u objetivos productivos. Los cobots pueden programarse para interpretar el discurso, tono de voz y las expresiones del humano “compañero” de trabajo, máxime si ya dispone de un perfil psicológico u conductual del mismo y, en base a ello, adoptar las decisiones u órdenes más adecuadas en relación al estado de ánimo del trabajador (apoyándolo, incentivándolo, etc.) en función de los objetivos perseguidos por el sistema de IA. Claro está, todo ello también se presta a una manipulación permanente en la interacción persona trabajadora/cobot para extraer del trabajador la máxima productividad posible y transformar el mismo en un “auto-explotado” feliz.

Por consiguiente, el *principio de precaución* cobra relevancia mientras no se disponga de un adecuado contexto normativo e institucional para evitar que la relación “entre el hombre y la máquina venga gobernada tan solo por la lógica económica”¹⁵. Los sistemas de IA para la gestión laboral en la empresa están sujetos a los mecanismos

¹³ En esta perspectiva, *vid.* MERCADER UGUINA, J. R., “El principio de proporcionalidad como límite al control laboral basado en la inteligencia artificial”, *Trabajo y Derecho*, n. 19, 2024.

¹⁴ Como ya también advertiera HAN, B.-Ch., *Psicopolítica*, *cit.*, p. 75: “La psicopolítica neoliberal se apodera de la emoción para influir en las acciones a este nivel prerreflexivo. Por medio de la emoción llega hasta lo profundo del individuo. Así, la emoción representa un medio muy eficiente para el control psicopolítico del individuo”.

¹⁵ RODOTÁ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 40.

de control y revisión previstos por el Reglamento IA. Los instrumentos de “pruebas” deberían encaminarse a este objetivo. En el caso de sistemas de “alto riesgo”, antes y después de ser comercializados o puestos en servicio, los sistemas deberán ser sometidos a una evaluación de conformidad para garantizar la calidad de los datos, trazabilidad, transparencia, supervisión humana, exactitud, ciberseguridad y solidez, etc. En este contexto, también ha de garantizarse la prohibición de cualquier tipo de manipulación psicológica y los sistemas de control han de estar atentos para velar por su efectividad.

Frente a estos nuevos riesgos, deberían de garantizarse y reforzarse las *reglas de representación y participación colectiva de los trabajadores* previstas con carácter general¹⁶. Ello se inserta en la necesidad de regular, pero, más primariamente, tratar de reajustar el desequilibrio de poder (y las asimetrías en la información) entre las corporaciones privadas y las instituciones “democratizadoras” de las relaciones de trabajo, integrando así los valores y principios políticos (y el de la participación en la empresa también lo es) en el desarrollo de la tecnología y en los procesos de innovación dentro las empresas.

Es indudable que la aplicación de sistemas de IA para dirigir y controlar el trabajo los convierte también en materia “laboral”, lo que conllevaría incluso la obligación de negociación con las representaciones legales de los trabajadores (en adelante, RLT)¹⁷. Tanto los *inputs* y parámetros para el diseño de la toma de decisiones automatizadas, como muy especialmente las que puedan considerarse legítimas finalidades productivas perseguidas, deberían de ser objeto de negociación con las RLT, además de su revisión periódica en función del control y evaluación de sus resultados.

El control preventivo que evite la manipulación psicológica mediante sistemas de IA solo puede garantizarse mediante una serie de prerequisites, entre los cuales destacan que su funcionamiento deba estar prefijado y ser transparente (que se conozcan las razones de una decisión). Tanto la *transparencia* (y su corolario: la *explicabilidad* de sus decisiones)¹⁸ como la supervisión humana son principios centrales tanto de Reglamento IA como de la Directiva TPD. De todos modos, en los sistemas más avanzados de IA (*deep machine learning*), que usan aprendizaje automático y en particular el aprendizaje profundo de las redes neuronales, dicha explicación y dicho tipo de toma de decisiones ya no son posibles, pues el modo por el cual la IA decide deja de ser transparente y los humanos no pueden explicarla por completo. En todo caso, debe estar claro que, tanto si la IA puede proporcionar directamente estas razones y explicaciones como si no, el desafío es asegurarse de que, “si se utiliza una IA para

¹⁶ En este sentido, *vid.* el Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización, de 22 de junio de 2020.

¹⁷ Sobre esta vertiente, *vid.*, MERCADER UGUINA, J. R., “Algoritmos: personas y número en el Derecho Digital del trabajo”, *Diario la Ley*, n. 48, 2021; estas materias ya comienzan a formar parte de las negociaciones colectivas en la UE, *vid.*, KAHANKOVÁ, M., *et altri*, *Collective bargaining practices on AI and algorithmic management in european services sectors*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2024.

¹⁸ *Vid.* RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R., “Deber de transparencia y límites de la inteligencia artificial en las relaciones laborales”, *Trabajo y Derecho*, n. 102, 2023; TODOLÍ SIGNES, A., “El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: especial referencia a la Directiva de Plataformas Digitales y al Reglamento de IA”, *Trabajo y Derecho*, n. 19, 2024.

un proceso de toma de decisiones, la tecnología esté construida de tal manera que los humanos sean capaces, en la medida de lo posible, de responder a esa pregunta”¹⁹.

Trasladando estos prerequisites al terreno de las relaciones de trabajo, debe de garantizarse un impulso público para que las RLT estén alfabetizadas digitalmente, formadas y sean capaces de *comprender* la programación algorítmica y sean capaces de conocer los inputs y los motivos y razones de una determinada decisión empresarial (lo que dotaría de efectividad del derecho a “acceso al código”)²⁰, reforzando asimismo las obligaciones formativas empresariales. Las competencias digitales son necesarias para la representación y tutela colectiva de los trabajadores en los entornos de trabajo que empleen sistemas de IA para la actividad productiva. En esta dirección, reténgase que el Reglamento IA obliga a los responsables de su “despliegue” a la adopción de medidas formativas de su personal (art. 4 Reglamento IA).

Una garantía esencial para la “humanización” de estas nuevas tecnologías es el *principio del “control humano”*. En esta dirección, el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización (2020) incidía en la necesidad de garantizar el control de las personas sobre las máquinas y la IA en el lugar de trabajo, así como sustentar el uso de la robótica y las aplicaciones de la IA, respetando y cumpliendo los controles de seguridad. En esta dirección, y en el terreno de la protección de los datos personales, ya la dicción del artículo 22.1 Reglamento PDP era muy clara cuando establecía que: *“Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”*.

Una cuestión tan delicada como garantizar espacios de trabajo libres manipulación psicológica/emocional subliminal (o inconsciente), requiere que los desarrollos de la IA aplicados a la gestión laboral en las empresas, en su diseño y programación, así como en su monitorización o supervisión, participen personas expertas en ética y derechos fundamentales (incluidos obviamente los relativos a la protección de datos personales, tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales). Desde el mismo diseño y programación de los sistemas de IA deben atenderse cuestiones éticas y jurídicas. Ello nunca debe considerarse un mero asunto de programación informática sujeta tan solo a criterios empresariales de eficiencia y

¹⁹ COECKELBERGH, M., *Ética de la inteligencia artificial*, 2ª ed., Cátedra, Madrid, 2024, p. 105.

²⁰ En España la conocida como Ley “riders” lo impuso (Ley 12/2021), pues incluyó un nuevo apartado d) en el art. 64.4 LET, donde se contempla el siguiente derecho de la representación unitaria: *“Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”*. La Directiva TPD también reconoce nuevos derechos de información en el contexto del trabajo en plataformas digitales. Adviértase que se trata de sólo de derechos de información pasiva, pero, en conexión sistemática con otros preceptos laborales, podría incrementar la participación de la empresa en este ámbito, pues es una materia reconducible al contenido “laboral” de la negociación colectiva y ahí pesaría el deber de negociación. Así pues, tanto el rol de los derechos de participación como de la negociación colectiva -como instrumento por excelencia para la regulación de las relaciones de trabajo- se antoja fundamental para una gobernanza del fenómeno dentro de un sistema democrático de relaciones laborales; *vid. PÄRLI, K., “Impacts of Digitalization on Employment Relationships and the Need for more Democracy at Work”, Industrial Law Journal*, v. 51, n.1, 2022.

productividad, pues eso conllevaría un diseño parcial de los sistemas de IA a espaldas de los derechos fundamentales y la tutela de la dignidad de las personas trabajadoras.

La tecnología se desarrolla de manera imparable y ya se experimentan herramientas que permitirían la implantación de sistemas de IA en el cerebro humano, esto una interfaz cerebro-computadora (*brain-computer interface* -BIC-) que permitiría un acelerón a las capacidades cognitivas y mentales de los humanos, y ello quizá planteará el dilema del "acceso equitativo al aumento cognitivo" como un nuevo neuroderecho. En lo que aquí interesa, también los BIC van a permitir leer el pensamiento humano y actual (v. gr. para transmitir órdenes, que ya se ha ensayado en humanos), y ello nos enfrentará al debate de cuándo y para qué finalidades el uso de esta tecnología es admisible. La fusión de la IA con la neurotecnología nos va a plantear dilemas éticos importantes y es importante clarificar los límites éticos -y luego trasladarlos al plano jurídico- para el gobierno de estos nuevos fenómenos, entre los que destaca el límite -ya establecido jurídicamente- que supone prohibir la manipulación psicológica/emocional subliminal de la persona trabajadora.



15

INCAPACIDAD TEMPORAL Y SALUD

Control empresarial e incapacidades temporales: una revisión a través de la doctrina de los tribunales

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

I. Introducción

Una mañana de verano, cuando se afronta la página en blanco con la que rendir tributo al Maestro Montoya Melgar, asaltan las dudas de qué temática sería la más acertada para que este reconocimiento alcanzara (en lo posible) el realce, la talla y la relevancia exigida acorde a la figura para con quien me inició, formó y al que tanto debo en el campo académico. Si una clásica cual el registro de taquillas y bienes de la persona trabajadora; si una actual como las acciones contempladas en la negociación colectiva acerca de la desconexión digital y los límites establecidos para la empresa; si, de la que deriva, en tanto que conectadas de manera directa por el proyecto de ley, aquella otra en boga desde la primavera del año 2025 ante las inquietudes surgidas sobre el registro horario que han provocado la propuesta de un cambio normativo puesta este en entredicho (por cuanto se afirma la falta de los apoyos parlamentarios exigidos para su aprobación) en este período reciente¹; si, tal vez, volver a los orígenes, a aquella que sirvió de excusa para comenzar nuestra vinculación y que me unió con el Profesor Montoya, el ámbito agrario y la acción en el campo o, en fin, elegir de entre las posibles otra diferente a las mencionadas y que permita conectar distintas materias de las aludidas siempre teniendo como faro el hilo conductor de esta obra, el poder de dirección de la empresa.

Y en esta opcionalidad indeterminada y abierta concedida por la Dirección de la obra se ha dado libertad al imaginario y dejado una oportunidad a la ventura. Ha

¹ Cfr. Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión, BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 58-1, de 16 de mayo de 2025, pp. 1 y ss.

sido el azar el que ha permitido que en la mañana en la que se comienza la glosa de este trabajo, ojeando la prensa nacional, pueda leer el siguiente titular: “El absentismo se ha duplicado tanto en el País Vasco como en Castilla y León. En Vitoria hay días que faltan 300 o 400 empleados”. La afirmación se atribuye a M^a Paz Robina, CEO de Michelin España².

Lo que posibilita entroncar sin grandes esfuerzos intelectivos el poder de vigilancia y control empresarial, el empleo de medios tecnológicos y otras herramientas que perfilan derechos de la parte trabajadora, la actualidad, por cuanto es un tema que siempre está presente³, y la Seguridad Social, en la medida que se reorienta su contenido a esta rama del conocimiento; en definitiva, ese tridente en uno al que se ha hecho referencia con el que contribuir al homenaje póstumo del Maestro.

De ahí que haya preferido abordarse, de entre todas las posibles, el análisis de las medidas a disposición de la empresa para llevar a cabo la vigilancia y control con las que verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes en situaciones de incapacidad temporal. Y ello, sin apartarse del análisis dogmático, a través de los pronunciamientos de los tribunales, con una visión eminentemente práctica que facilite a la persona que se aproxime a estas páginas una presentación rápida y ágil, encontrar unas pinceladas sobre esta temática en lo que va de año (lo que muestra la relevancia de esta).

II. Una cuestión con transcendencia económica no menor

Aun cuando el debate sobre el absentismo laboral (concepto en el que caben distintos elementos, por incapacidad temporal, por permisos retribuidos, la no personación en el puesto de trabajo de manera injustificada...) es recurrente en la doctrina iuslaboralista, se quiere ahora, con carácter previo a su estudio doctrinal, realizar una aproximación desde el punto de vista estadístico y económico a cuáles son las repercusiones que este presenta, ya en términos generales, ya en aspectos particulares como la incapacidad temporal, en las relaciones laborales.

Ello permitirá tener una visión de conjunto sobre la dimensión de este fenómeno que entorpece de manera significativa la productividad de las empresas, no solo por la acción directa que el mismo desempeña (días no trabajados), sino también por toda una serie de consecuencias indirectas (prestaciones de Seguridad Social, nuevas contrataciones, enrarecimiento del clima laboral...) que no siempre resultan sencillas y cómodas de cuantificar.

Así, de una parte, se afirma que conforme a los datos correspondientes al primer trimestre de 2025 el nivel de absentismo ha provocado la pérdida de un 7,0% de las horas pactadas, mientras que el absentismo por incapacidad temporal ha supuesto la pérdida de un 5,5% de las horas pactadas en el período referido. Teniendo en cuenta que

² Cfr. <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2025/08/09/6894baad21efa0a5478b45c7.html>.

³ Cfr. el titular publicado el 12 de agosto de 2025 en el que se indica que el Ayuntamiento de Fuengirola contrata detectives privados para investigar bajas laborales ante el repunte del absentismo mediante un contrato menor: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/ayuntamiento-fuengirola-contrata-detectives-vigilar-funcionarios-baja-repunte-absentismo_20250812689b41e98180495aa516c277.html.

en el primer trimestre de 2025 el número de ocupados según la Encuesta de Población Activa (en adelante EPA) ascendía a 21,77 millones de personas, en promedio, cada día un total de 1.523.578 personas no acudieron a su puesto de trabajo, de las cuales un total de 1.197.097 personas se encontraban de baja médica durante el primer trimestre del año⁴.

Por sectores, las actividades postales y de compras (12,5%), seguidas de los servicios a edificios y actividades de jardinería (11,5%), encuentran los niveles más elevados de absentismo. En el polo opuesto, las actividades jurídicas y de contabilidad (3,2%) y las relacionadas con el empleo (2,8%) muestran las cifras más bajas⁵.

Los datos son destacados, más si cabe si tras estos se encierra una evolución creciente en el período reciente. La tendencia es calificada como preocupante e incluso de alarmante para los supuestos derivados de incapacidad temporal, ya que con relación a esta en la última década se han duplicado los casos en el promedio de los sectores, dando paso de un exiguo 3% en el primer trimestre del año 2009 hasta el 5,5% actual⁶.

Si así se muestran los datos en términos porcentuales y pérdida de horas pactadas, su cuantificación económica se desprende que no ha de ser menor.

En lo que atañe a esta colaboración, situaciones de incapacidad temporal y su conexión con el poder de vigilancia y control empresarial, se señala que el número total de procesos de baja iniciados por contingencias comunes para el total del Sistema de la Seguridad Social se ha incrementado un 6,93% entre los ejercicios 2023 y 2024. Este aumento, no menor, en el acumulado de la última década supera el 120% (121,55%). Frente a los 3.934.380 de procesos iniciados en el año 2015 se han alcanzado los 8.716.663 de procesos iniciados en el año 2024⁷. Parte de la justificación de este alza puede encontrarse por el aumento de la afiliación producido; sin embargo, la proporcionalidad entre ambos vectores no se encuentra correspondida.

Estas cifras, por su parte, se cuantifican, se monetizan, como sigue. El coste estimado del absentismo derivado de procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes (esto es, el sumatorio del coste total de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y el coste asumido por las empresas) alcanzó en el año 2024 una cantidad nada desdeñable que se aproxima a los 30.000 millones de euros. De esta, 15.025,95 millones de euros se atribuyen al coste de prestaciones

⁴ Cfr. Randstad Research: *Informe trimestral de absentismo laboral. Junio 2025*, Randstad, 2025, p. 4. Su acceso electrónico en <https://d2xlh7jfmz7hr5.cloudfront.net/wp-content/uploads/2025/07/Randstad-Research-Informe-Absentismo-Laboral-Junio-2025.pdf?x91883>.

⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 18 y ss.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 5.

⁷ Cfr. AMAT: *Evolución de los Indicadores de Absentismo Laboral por ITCC. Evolución de los Indicadores de Absentismo Laboral derivado de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC) en España y en la Comunidad de Madrid desde 2015 hasta 2024. Informe Enero 2025*, AMAT, Madrid, 2025, p. 4. El acceso electrónico a este documento en <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2025/01/2025-01-23-Informe-de-Absentismo-Laboral-ITCC-2015-2024-en-Espana-y-la-Comunidad-de-Madrid.pdf>.

económicas de la Seguridad Social; y 13.961,16 millones de euros al coste directo para las empresas⁸.

Si la cuantía por sí sola adquiere sustantividad propia, en perspectiva histórica (en clara consecuencia con lo indicado *supra*) el crecimiento habido en la última década no es plenamente entendible. El coste del año 2024 respecto al ejercicio precedente supone un incremento de un 14,45% (3.660,46 millones de euros más). En la última década este aumento alcanza el 185,69% (18.840,79 millones de euros más). Equivalencia, de nuevo, que no se ve reflejada por el aumento de las personas trabajadoras⁹.

Además, si en este desarrollo numérico que ha querido incorporarse se computase también el coste indirecto para la empresa (bienes y servicios dejados de producir o costes de sustitución, según los supuestos) los importes superarían con creces los 100.000 millones de euros en un solo ejercicio presupuestario¹⁰.

Estos datos invitan a reflexionar sobre cuál es el papel que puede desempeñar la empresa para aminorar el impacto de este absentismo (sin dejar de mencionar, pero dejándolo solo apuntado, el rol que debiera asumir la administración pública en el control y puesta a disposición de recursos humanos y materiales suficiente para reducir los tiempos de espera en la prestación de las pruebas diagnósticas propias de la atención médica)¹¹.

⁸ En este se incluyen los siguientes conceptos: prestación económica entre los días 4º y 15º; complementos y mejora de la prestación desde el día 1º y las cotizaciones a la Seguridad Social durante los días en situación de incapacidad temporal.

⁹ Cfr. AMAT: *Evolución de los Indicadores de Absentismo Laboral por ITCC. Evolución de los Indicadores de Absentismo Laboral derivado de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC) en España y en la Comunidad de Madrid desde 2015 hasta 2024. Informe Enero 2025*, cit., pp. 11 y ss.

¹⁰ Cfr. AMAT: *El Absentismo Laboral derivado de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC). Ejercicio 2023*, AMAT, Madrid, 2024, pp. 22 y ss. El acceso electrónico a este documento en <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2024/05/2024-05-09-Informe-de-Absentismo-Laboral-derivado-de-la-ITCC-2023.pdf>.

¹¹ En numerosas ocasiones se alude a la situación de fraude de la incapacidad temporal. Es un recurso presente en las recomendaciones del Pacto de Toledo (cfr. Recomendación 10. “Lucha contra el fraude” del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo -2011-, en la que se sostiene que “La Comisión defiende incrementar, aún más, los mecanismos de control y seguimiento de las prestaciones, especialmente las de incapacidad temporal, a fin de evitar el absentismo injustificado, su utilización como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación, u otras prácticas abusivas. Esta reordenación deberá atender al necesario equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral”, BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 513, de 31 de enero de 2011, p. 26; y, en términos parecidos, con referencia a la “actualización de los mecanismos de control y seguimiento...”, la Recomendación de igual numeración del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo -2020-, BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 187, 27 de noviembre de 2020, pp. 57).

Sin embargo, de un tiempo a esta parte también parece haber tomado vida la responsabilidad propia del sistema nacional de salud en la atención sanitaria y los retrasos en la realización de las pruebas médicas asociadas a los procesos de incapacidad temporal que alargan estos de manera artificiosa, de ahí que se aluda expresamente en la Recomendación novena del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo -2020- a que se debe “avanzar en una mejor utilización de los recursos y experiencia de las Mutuas, en especial en los servicios traumatológicos”. Cfr. *Acuerdo social para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, para la regulación de un nuevo procedimiento de acceso a la pensión de las actividades con elevada peligrosidad y para el mayor aprovechamiento de los recursos de las Mutuas con el fin de recuperar la salud de las personas trabajadoras* suscrito el pasado 31 de

III. Actuaciones controvertidas

El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, materializa o concreta (junto a otros) en qué consiste el poder de dirección de la empresa, esto es, determina qué acciones pueda llevar a cabo esta en ejercicio de tal prerrogativa y cuáles son sus límites.

En lo que ahora interesa, su apartado tercero permite que esta pueda (como elemento potestativo) adoptar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por la parte trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales. No se trata este, sin embargo, de un poder omnímodo, sino que el mismo apartado se ocupa de fijar límites conforme a los derechos fundamentales (con la consideración debida a la dignidad).

Además, su apartado cuarto, en iguales términos posibilistas y no imperativos, atribuye a la empresa, si así lo entiende necesario, la verificación del estado de salud alegada por la parte trabajadora para justificar las faltas de asistencia al trabajo. También en esta ocasión el precepto legal condiciona su ejercicio (siempre a cargo de personal médico) y fija las consecuencias del no sometimiento de la parte trabajadora a este requerimiento (suspensión de los derechos económicos). Nada se menciona sobre los límites marcados por los derechos fundamentales de la parte trabajadora, pero se entiende que tales premisas se mantienen inalteradas.

Pues bien, es a esta cuestión a la que a continuación, de manera somera y esquemática, se dedican las páginas siguientes. El objetivo, presentar una relación de pronunciamientos de los tribunales recientes (de lo que va de año) de cómo la acción empresarial de control y vigilancia sobre la parte trabajadora en situación de incapacidad temporal para constatar el cumplimiento de sus obligaciones laborales (deber de buena fe) no solivianta el ordenamiento jurídico. Esto es, si la acción efectuada es acorde a la norma o, por el contrario, atenta contra el derecho a la intimidad y a la dignidad.

En este juego es importante realizar un bosquejo de los pronunciamientos habidos tanto en materia de incapacidad temporal como en supuestos de despidos por vulneración de la buena fe contractual. Es ahí donde puede encontrarse si se han cumplido o no las exigencias legales.

Para tales supuestos es importante tener presente tres premisas con relación a la actuación llevada a cabo por la empresa en esa labor de control y seguimiento del cumplimiento de los deberes derivados de la relación laboral:

1. “Sólo si las actividades desarrolladas durante la IT evidencian el fraude (porque muestran aptitud para el trabajo habitual) o perjudican la curación (porque interfieren negativamente en el proceso curativo) pueden ser consideradas una transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato”¹².

julio de 2024 por el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales CCOO y UGT.

¹² STSJ Cataluña 18 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:1024).

2. “En principio no pueden tildarse de ilegales ni de vulneradores del derecho a la intimidad y a la propia imagen los informes de los detectives, salvo que el examen del caso concreto revele, precisamente, la no legitimidad de la investigación”¹³.
3. “Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”¹⁴.

Así las cosas, se entiende como despido procedente por transgresión de la buena fe contractual:

- La acción de la parte trabajadora, conductor de línea que durante el período de incapacidad temporal, diagnosticado de policontusiones y fractura del segundo al quinto metatarsiano del pie derecho, realizó diversas actividades deportivas de alto nivel¹⁵, sin que la acción de seguimiento desempeñada por la detective privada en la que se constatan entrenamientos en días sucesivos en espacios públicos contraría el ordenamiento jurídico.
- La realización de actividades de camarera por empleada comercial de baja médica por ansiedad, cuando las pruebas tomadas por detective se realizan sobre imágenes de un vehículo aparcado en un aparcamiento, pero del que no consta que se trate de uno que pueda considerarse privado, en el sentido de ser de acceso exclusivo para la trabajadora, su familia, o los empleados del local; no hay referencias a ningún domicilio, y la mayoría de la información en el informe se refiere a lo que sucede en un establecimiento de hostelería¹⁶.
- De quien diagnosticada de fobia social y no pudiendo entrar en metros ni autobuses ni en lugares donde haya mucha gente, porque entra en estado de ansiedad y bloqueo, realiza la presentación de un libro en una librería, monta una parada de libros y firma ejemplares en la calle, atendiendo a público y a medios de comunicación; observada por detectives en estos lugares públicos estos fueron atendidos, les trasladó que estaba escribiendo otro libro, a la par que hacía consultas a nivel de tarot y reiki, presentando el libro en otras localidades del país, además de realizar un viaje al extranjero¹⁷.

¹³ STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 6 julio 2023 (ECLI:ES:TSJICAN:2023:1969).

¹⁴ STSJ Madrid 3 noviembre 2023 (ECLI: ES:TSJM:2023:12247).

¹⁵ STSJ Cataluña 10 abril 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:2055).

¹⁶ STSJ Cataluña 18 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:1024).

¹⁷ STSJ Cataluña 21 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:882).

- Cuando tras el seguimiento realizado por el investigador privado se pone de manifiesto que la actividad desarrollada por la parte trabajadora en otra empresa era habitual, siendo localizado en esta los 6 días en los que se realizó el seguimiento, no acudiendo a la mencionada empresa de forma puntual e intempestiva, sino regularmente, a la misma hora, coincidiendo con un horario comercial, con permanencias alejadas de la simple visita por cortesía o amistad, sino prolongadas para poder desarrollar actividades productivas; disponiendo de llaves del establecimiento, conduciendo vehículo distintos al suyo particular...¹⁸.
- El supuesto en el que consta acreditado el diagnóstico del trabajador (epicondilitis lateral, afectación dolorosa que se produce por el uso excesivo de los músculos y tendones del codo), encontrándose contraindicados para su recuperación el cargar objetos pesados con el brazo afectado, los movimientos repetitivos y agresivos, actividades deportivas intensas, movimientos forzados del miembro afectado, así como la falta de descanso y recuperación, y es conocido que el trabajador ha realizado, de forma reiterada, ejercicios físicos intensos que comprometían directamente el miembro lesionado según informe de detective privado que realizó seguimiento durante días que acudía a gimnasio¹⁹.
- El del trabajador que en situación de incapacidad temporal por dorsalgia lleva a cabo la realización de actividades que suponían un sobreesfuerzo del raquis lumbar (como es cargar y descargar palés de 25 kg en múltiples ocasiones), como queda acreditado en las labores de seguimiento llevadas a cabo por detective privado en espacios públicos²⁰.
- Cuando el trabajador continúa desplegando con normalidad una actividad en régimen de pluriactividad en su negocio de correduría de seguros, actividad profesional con semejantes exigencias físicas que las de agente de atención ciudadana en el metro de Barcelona en un supuesto de incapacidad temporal por lumbalgia con seguimiento por detective²¹.
- La realización de trabajos, acreditada por informe de detective privado, como cavar con una pala, quitar hierbas con una azada, cargar pesos y ejecutar trabajos de pintura siendo el diagnóstico lumbalgia crónica²².
- La realización de obras y trabajos de carga de quien está diagnosticado de luxación acromioclavicular y tras seguimiento de detective es observado realizando acciones propias para la reforma de vivienda no habitada²³.

¹⁸ STSJ Cataluña 24 abril 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:2246).

¹⁹ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 14 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:1806).

²⁰ STSJ Cataluña 8 abril 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:2059).

²¹ STSJ Cataluña 28 abril 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:2188).

²² STSJ Castilla y León (Valladolid) 10 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:727).

²³ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 14 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:1793).

- La del trabajador, mozo de limpieza, afectado por una tendinopatía insercional del talón de Aquiles, pautado por el servicio médico de realización de ejercicio físico aeróbico o anaeróbico que no implique hiperflexión o hiperextensión del tobillo izquierdo; preferencia por trabajo aeróbico, que acude a gimnasio realizando entrenamientos tanto de tren superior como de tren inferior realizando actividades tales como saltar a la comba sentadillas o extensión de piernas con la máquina y además entrenando a un grupo de alumnos, además de ofrecer sus servicios como entrenador personal a los usuarios del gimnasio a cambio de un precio²⁴.
- El de quien inicia proceso de incapacidad temporal por ansiedad, trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica), aconsejándole que mantenga hobbies, actividades sociales y actividades de relajación, evitando el aislamiento social y en el domicilio y desarrolla actividades de encargado de centro deportivo, impartiendo clases de artes marciales, permaneciendo en el centro durante toda la jornada, atendiendo a las personas que preguntaban por actividades deportivas, dando información e identificándose como responsable del gimnasio y profesor de artes marciales, dejándoles su número de teléfono que también aparece en la fachada del establecimiento y en las redes sociales²⁵.
- Cuando la investigación privada se produce sin vulneración de derecho fundamental alguno por cuanto la conducta sancionada era llevada a cabo por la parte trabajadora en un lugar público. El proceder del detective que se hace pasar por un comprador ni provoca la actividad del actor ni coacciona al mismo para que la realizase²⁶.
- De quien siendo diagnosticado de trastorno distímico derivado de enfermedad común realiza reparto de caracoles de empresa de un familiar, según se acredita por informe de detective privado²⁷.
- Del trabajador que padece cervicalgia y durante tal proceso carga pesos (tumbonas o su propia bicicleta) y conduce durante largos períodos de tiempos, siendo válida la prueba constituida por informe de detective realizado en vías y espacio públicos²⁸.
- Cuando durante la incapacidad temporal derivada de enfermedad común con diagnostico “ epitrocleitis derecha, diestro” se realizan ejercicios que implican riesgo de empeoramiento de su lesión en el codo derecho, como son los de press, remo o ejercicios de bíceps con barra²⁹.

²⁴ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 30 enero 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:224).

²⁵ STSJ Murcia 11 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJMU:2025:155).

²⁶ STSJ Andalucía (Granada) 21 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:6160).

²⁷ STSJ Andalucía (Granada) 24 abril 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:7100).

²⁸ STSJ Cataluña 11 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:226).

²⁹ STSJ Cataluña 16 junio 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:3898).

- Cuando tras el diagnóstico fibromatosis de fascia plantar que causa incapacidad temporal se juega y da clases de pádel³⁰.
- Tras el diagnóstico de meniscopatia y durante el proceso de incapacidad temporal se realizan trabajos en la fachada de la vivienda, colocación de plaquetas, subiendo y bajando de andamios, que se alejan del plan de ejercicios y bici pautado en el informe de traumatología³¹.
- Del trabajador que inició un proceso de incapacidad temporal con diagnóstico de “Aterosclerosis de arterias nativas de extremidades con claudicación intermitente”, carpintero metálico que realiza actividades de competencia desleal con la empresa, sin que las fotografías tomadas por el administrador de la empresa y que recogen tanto el exterior del inmueble, que no era el domicilio de nadie ni consta que se utilizara como vivienda, como parte de su interior, correspondiente a la zona del marco de la puerta en la que se encontraba el trabajador, a la que se tenía acceso visual desde el exterior por encontrarse abierto el hueco de la puerta, constituya la vulneración de ningún derecho fundamental³².
- El de la envasadora que estando en periodo de incapacidad temporal (astenia) presta servicios como empleada de hogar³³.
- De quien siendo diagnosticada con reacción adaptativa desarrolla un curso académico presencial y online con prácticas incluidas, que no favorecieron el tratamiento prescrito ni su recuperación médica. Estos hechos son evidenciados por el detective privado y por las imágenes de redes sociales aportadas³⁴.
- Del trabajador que inicia proceso de incapacidad temporal motivado por una patología neurológica (“lumbociática”) e imparte clases de baile de “kizomba” a dos alumnas percibiendo retribución a cambio³⁵.
- De quien, intervenida de varices, recomendándose paseos cortos y frecuentes, estuvo andando más de siete kilómetros, toma cervezas con alcohol y permanece sentada más de una hora y media según visualización en espacios públicos por la actividad de seguimiento³⁶.
- Cuando estando de baja laboral, con diagnóstico de “cuadro de ansiedad”, se realiza con habitualidad y de forma remunerada una actividad de monitor de taekwondo, conforme la testifical de detective³⁷.

³⁰ STSJ Cataluña 19 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJCAT:2025:1892).

³¹ STSJ Castilla y León (Valladolid) 23 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:2156).

³² STSJ Galicia 14 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJGAL:2025:2050).

³³ STSJ Andalucía (Granada) 22 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:9519).

³⁴ STSJ Castilla y León (Valladolid) 24 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:814).

³⁵ STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 27 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:1997).

³⁶ STSJ Madrid 27 enero 2025 (ECLI: ES:TSJM:2025:1512).

³⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 enero 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:144).

- El del trabajador, jefe de taller con 20 años de antigüedad en la empresa, que ha venido ejerciendo una actividad profesional (aunque sea informalmente) de reparación de vehículos 4x4 (la misma a la que se dedica su empleadora) en dos establecimientos, uno de ellos en el mismo polígono industrial e incluso a poca distancia del taller de la empresa para la que trabaja, encontrándose en situación de incapacidad temporal por trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y depresión³⁸.
- Cuando la actividad desarrollada por el trabajador consiste en ayudar en la introducción, colocación y descarga de maquinaria en nave industrial propiedad de empresa cuyo objeto social coincide con la empresa para la que trabaja, la fabricación de productos metálicos³⁹.
- De quien durante su situación de incapacidad temporal con intervención de rodilla da, habitualmente, conciertos con su grupo, permaneciendo durante largo tiempo de pie, además de realizando las labores propias de montaje y desmontaje de escenario y herramientas, y así se constata según publicación en Internet e informe de detective⁴⁰.
- Cuando se realizan acciones de sobrecarga lumbar que perjudican la recuperación de una lumbalgia aguda, como se acredita en seguimiento por detective⁴¹.

En sentido contrario, se considera como despido improcedente:

- La realización de labores de albañilería en la propiedad de la parte trabajadora, cortar ladrillos, pulir superficies y pintar, por cuanto la prueba obtenida por detective privado se realiza en espacio anexo a su vivienda que se encontraba vallado y que debe ser considerado como reservado, invadiendo la intimidad de la parte trabajadora la toma de vídeos y fotografías⁴².
- El de un trabajador que presenta una patología psiquiátrica, trastorno mixto ansioso depresivo, en tratamiento médico y farmacológico, con intentos autolíticos, pautándose su acompañamiento constante, que realiza labores de conducción y de limpieza de escasa duración, en tanto que no alterara el proceso de baja médica hasta el punto de agravarlo o prolongarlo, siendo la prueba videográfica y testimonial del detective válida al tomarse en espacio públicos⁴³.

³⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 20 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:4862).

³⁹ STSJ Aragón 31 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJAR:2025:503).

⁴⁰ STSJ Asturias 20 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJAS:2025:1435).

⁴¹ STSJ Castilla y León (Valladolid) 9 junio 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:2378).

⁴² STSJ Comunidad Valenciana 25 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJCV:2025:790).

⁴³ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 30 enero 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:232).

- El del trabajador de baja por depresión que durante el tratamiento farmacológico consume alcohol de manera esporádica y en cantidades menores, según el seguimiento de detective privado⁴⁴.
- Cuando siendo baja por dolor en la parte baja de la espalda, con profesión de camarero, se han efectuado labores de desbroce, para lo cual se utiliza una pequeña máquina, se recogen la ramas y hojas desbrozadas a una carretilla y se conduce durante cortos períodos; sin que el seguimiento y toma de fotografías por detective en espacios públicos, tales como la calle o el exterior de una finca rústica que no consta se encuentre vallada o se encuentre impedido su paso por cancela alguna, de forma que cualquier persona puede observar la actividad allí realizada sin impedimento alguno, por lo que de ninguna manera el seguimiento y las fotografías se han realizado o han afectado al domicilio del investigado o a otros lugares reservados, en modo alguno puede considerarse un medio ilícito de prueba que vulnere el derecho a la intimidad del trabajador⁴⁵.
- De quien siendo mecánico industrial durante la baja médica por enfermedad común con diagnóstico de entesopatía rodilla es observado por detective privado ‘reparando’ varios vehículos⁴⁶.
- De quien estando de baja por trastorno de ansiedad realiza actividades de ayuda en hostelería a su pareja, no acreditándose que sean perjudiciales para las dolencias que motivaron la baja, las cuales se ciñen a trastorno de ansiedad, para lo que, incluso, realizar una actividad adecuada puede resultar beneficioso⁴⁷.
- Cuando se realizan actividades mínimas de conducción en el período final de la baja médica por lumbociatalgia por hernia discal (hacia el 30 día sobre un total de 40 días previstos de baja), sin visos de ocultación alguna o engaño. Las actividades realizadas, por su duración e intensidad, en el periodo final de su situación de incapacidad temporal, no evidencia una conducta fraudulenta sancionable con el despido⁴⁸.
- El del trabajador con diagnóstico de ‘bursitis codo’ que realiza labores aparentemente de soldadura, portando EPIs⁴⁹.
- De quien tras ser intervenida quirúrgicamente de reducción mamaria bilateral, quedándole como resultado de la misma una cicatriz hipertrófica bilateral con nódulos dolorosos, condujo un vehículo de motor, portó una bolsa de plástico de y un bolso, levanta los brazos y se recoge el pelo sin problemas⁵⁰.

⁴⁴ STSJ Murcia 23 enero 2025 (ECLI: ES:TSJMU:2025:62).

⁴⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 10 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJAND:2025:2485).

⁴⁶ STSJ Castilla-La Mancha 9 junio 2025 (ECLI: ES:TSJCLM:2025:1237).

⁴⁷ STSJ Castilla y León (Burgos) 26 marzo 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:1301).

⁴⁸ STSJ Aragón 5 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJAR:2025:658).

⁴⁹ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 6 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:321).

⁵⁰ STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 abril 2025 (ECLI: ES:TSJICAN:2025:1301).

- Cuando con diagnóstico de lumbalgia aguda se desarrollan actividades ordinarias de la vida, conforme al informe de la Unidad de Fisioterapia que aconseja realizar las actividades cotidianas de la vida diaria como dar paseos de trayectos moderados, descansando cuando lo precise. Se recomienda no estar mucho tiempo de pie ni tampoco sentado prolongadamente aconsejando cada cierto tiempo levantarse y moverse, además se evitarán movimientos repetitivos. Tras la finalización del tratamiento se aconseja seguir realizando los ejercicios lumbares aprendidos, así como actividades tipo pilates, yoga, natación. La conducción no está contraindicada si hace paradas regularmente. No consta que el trabajador haya manipulado grandes pesos de forma reiterada, ni que haya adoptado posturas forzadas de la columna de forma continuada, ni que haya permanecido de forma continuada en bipedestación o deambulación prolongada⁵¹.

Por último, se califican de nulos los siguientes supuestos:

- Aunque no se aprecia vulneración de derecho fundamental en la actuación del detective que realiza el seguimiento en lugares públicos, ajenos a la intimidad de la trabajadora, sin que el balcón de su casa sea un espacio susceptible de libre observación desde la calle, por lo que las imágenes captadas en el balcón no constituyen un atentado a su intimidad, cuando la actuación empresarial vulnera el derecho a la intimidad al acceder al diagnóstico de la enfermedad de la trabajadora sin su consentimiento, transmitiéndolo a un tercero para confeccionar una prueba pericial médica⁵².
- Cuando por dolor en el borde externo del codo derecho compatible con epicondilitis, siéndole pautado reposo frío local, aines y una cincha de epicondilitis realiza actividades cotidianas (compra, paseo, conducir, acompañar al niño al colegio...), por cuanto el despido es una reacción al previo ejercicio de los derechos laborales de la parte trabajadora⁵³.

Se constata que entre las acciones posibles a realizar por la empresa ante procesos de incapacidad de temporal (seguimiento privado, control de redes sociales...) la delimitación acerca de su idoneidad viene determinada por el respeto a los derechos fundamentales de la parte trabajadora. De ahí que en los supuestos en los que se evidencia fraude (porque concurre aptitud para el trabajo habitual) o se perjudique la curación (porque interfiere negativamente en el proceso curativo) sin vulneración de estos derechos la actuación de la parte trabajadora merezca el reproche del despido, calificándose como procedente.

⁵¹ STSJ Castilla y León (Valladolid) 3 febrero 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:294).

⁵² STSJ País Vasco 13 mayo 2025 (ECLI: ES:TSJPV:2025:1859).

⁵³ STSJ Madrid 24 enero 2025 (ECLI: ES:TSJM:2025:708). En igual sentido, nulidad del despido por vulneración de garantía de indemnidad, STSJ Castilla y León (Valladolid) 11 abril 2025 (ECLI: ES:TSJCL:2025:1645).

Mecanismos de control empresarial ante la sospecha de fraude de la Incapacidad Temporal: a debate la Sentencia del Tribunal Supremo 16 de febrero de 2021 (nº 209/2021)

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

“El designio básico del procedimiento “especialísimo” no era otra que la de arbitrar... un sistema intermedio- que permita-... sustraer al Estado del control del cumplimiento de la legislación laboral (lo que hubiera resultado privilegio de injusticia notoria, al exceptuar al Estado del cumplimiento de la Ley) o reputarlo sin distinción alguna como un empresario más, obligado a soportar las mismas actuaciones controladoras y punitivas que cualquier otro patrono infractor”

MONTTOYA MELGAR, A¹

I. Palabras de recuerdo a Don Alfredo Montoya Melgar

Todo aquél que se adentra en el ámbito laboral conoce al profesor y Magistrado del Tribunal Constitucional: Don Alfredo Montoya Melgar. Este gran jurista sobresale, muy especialmente por su brillante trayectoria y su formación jurídica ejemplar. Ha sido base para la construcción de diversas tesis doctrinales y jurisprudenciales acerca de los temas más controvertidos que podían sucederse en el ámbito laboral. Su carta de presentación fue, precisamente, la tesis doctoral titulada: “El poder de dirección del empresario” (que defendió en el año 1962), en donde ya el Magistrado mostraba su preocupación por el exacerbado poder que tenía el empresario para hacer y deshacer las relaciones laborales, sin importar los derechos (fundamentales y ordinarios) de los

¹ MONTTOYA MELGAR, A: “La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral”, *REALA*, número 237, 1988.

trabajadores en el ámbito de la empresa. Sin embargo, aunque es cierto que se han producido importantes retrocesos y cambios en esta materia, lo cierto es Don Montoya Melgar no ha cesado de pronunciarse, abiertamente criticando la falta de sensibilidad del legislador², así como de acercamiento a la realidad. Se trata ésta de una materia en la que se entrecruzan los derechos individuales, pero también colectivos, por no hablar de las repercusiones que sobre la Seguridad Social puede tener un excesivo control de los poderes que le son otorgados al empresario.

Sin embargo, Don Alfredo también ha analizado otros ámbitos o terrenos del ámbito del derecho, que dan muestra evidente de su enriquecida formación para pronunciarse sobre temas civiles, educativos y administrativos, entre otros. Aunque han sido muchos los reconocimientos y distinciones que Don Alfredo Montoya ha obtenido, sin duda el mayor de sus reconocimientos ha sido su calidad humana. No podemos hablar de buenos profesionales sino hay detrás grandes personas. Y, precisamente, el profesor y magistrado Montoya Melgar aunaba, al mismo tiempo, ambas condiciones. Lo que determina el hecho de que, a pesar de su fallecimiento en marzo de 2025, todavía lo recordemos, pues sólo dejan huellas aquellas personas que siembran y actúan con endereza, contundencia y generosidad.

II. ¿Incapacidad temporal o absentismo laboral?

Actualmente, la incapacidad temporal (en adelante IT) constituye una de las prestaciones más problemáticas e importantes que existen en nuestro sistema jurídico de Seguridad Social. Tal es así que, desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que la han acontecido no ha dudado en ningún momento de complicar, si cabía aún más, el panorama existente. Lo que ha llegado hasta el extremo de convertir a esta prestación en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación³.

Una de las cuestiones más controvertidas que encierra esta problemática es, sin lugar a duda, aquel referido a los controles y límites. Se trata éste de un punto muy conflictivo y que refleja, claramente, esa lucha encarnizada entre la sociedad y el legislador.

El debate en torno al establecimiento de un sistema de protección o de incremento de las medidas de control ha constituido base o causa raíz para el surgimiento esta acalorada disputa en sede doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, y contra de todo pronóstico, el legislador español ha inclinado la balanza a favor de un sistema poco garantista y proteccionista de las situaciones de baja que ocasionan una incapacidad temporal. De nuevo la sombra del fraude merodea incansable en la cabeza del legislador, por lo que a fin de evitar abusos o situaciones de absentismo injustificado concede al Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero también a las Mutuas Colaboradoras

² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Alfredo Montoya Melgare (1937-2025). El Derecho Social y sus transformaciones estructurales en la sociedad contemporánea”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, nº43, 2025, págs. 349-402.

³ LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

con la Seguridad Social un incremento de las competencias en materia de control de la incapacidad temporal.

Resulta sorprendente cómo la práctica empresarial no sólo se ciñe ya al control que pueda llevarse a cabo por las entidades antes implicadas, sino que es capaz de ir más allá por tal de fiscalizar la realidad de las enfermedades (muy especialmente, en caso de contingencias comunes) que alegan los trabajadores. Como muestra de esta preocupación se presenta la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2021, número 209/2021, en donde se analizan dos ámbitos jurídicos diversos de las facultades de control del estado de salud del trabajador por parte del empresario durante la situación de Incapacidad temporal: *“el atinente a la gestión de los complementos en caso de enfermedad y el de dirección y control de la actividad laboral facultado por el art. 20.4 ET”*. El debate principal se centra en el hecho de que a través de la empresa de líneas áreas Iberia se contrata a una empresa externa para que controle el absentismo laboral de sus trabajadores, únicamente en caso de contingencias comunes, aunque sometiendo el pase favorable por la misma al disfrute de un complemento salarial que, a juicios del Tribunal Supremo, se equipara a la figura de la “mejora voluntaria”. Y todo ello, debido a que la naturaleza jurídica del complemento proviene del pacto.

1. Los poderes de control empresarial en caso de IT

La incapacidad temporal ha sufrido múltiples modificaciones, parcheamientos y retrocesos en su regulación debido a ese miedo al fraude y al absentismo injustificado. Lo que ha llevado a que sea ésta una prestación desnaturalizada y descausalizada. Lamentablemente, las distintas reformas no sólo no han sido satisfactorias para los operadores privados, mucho más aún para lo poderes públicos, quienes no han conseguido ese objetivo tan ansiado de ahorrar para alimentar, suficientemente, las arcas de las que se nutre el sistema de Seguridad Social. Ciertamente, hay que perseguir y castigar el fraude, ahora bien, no a costa de sospechar de una manera enfermiza que detrás de cada baja que se concede se oculta una situación fraudulenta. Entiendo que, se tiene que examinar cada caso en concreto, analizando de una manera escrupulosa cada una de las circunstancias que se producen, tal y como acertadamente preconizan muchos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en esta materia, pues no todas las circunstancias son iguales, por lo que no puede elevarse una solución única para todas ellas.

Precisamente es, en este campo, en donde más se produce la intervención de la esfera laboral, pues en la mayoría de estos casos, haciendo uso el empresario del poder que se le confiere para verificar el estado de la enfermedad de sus trabajadores (artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores), pone en marcha distintos mecanismos para controlar el absentismo y la posible existencia de fraude⁴. De este modo, si el empleador comprueba la existencia de una flagrante deslealtad o transgresión de la

⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 213 a 223: *“El control de las ausencias por enfermedad es un tema enmarañado en el que confluyen diversos elementos de análisis: desde las causas sociológicas sobre el absentismo, hasta las económicas directamente ligadas a aquéllas, pasando por las de restablecimiento de la salud y las normas deontológicas elaboradas para el conjunto de profesionales médicos”*.

buena fe contractual (*bona fides*)⁵, podrá proceder al despido disciplinario por la vía del artículo 54. 2 d) del ET⁶. Y es que, no se trata este artículo 20.4 del ET de una norma garantista con los derechos de los trabajadores, sino que inspirada en el artículo 5 del *Statuto dei lavoratori* crea un sistema de control que pretende evitar las conductas fraudulentas y antiabsentistas en las empresas, facultando para ello la utilización de una serie de mecanismos que no se paran en analizar si interfieren o no en los derechos de las personas⁷.

Normalmente, ese control por parte del empresario se lleva a cabo a través de la vía de los detectives privados⁸ y el sometiendo del enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los de Seguridad Social⁹, los cuales resultan en ocasiones abusivos¹⁰.

En lo que respecta a los detectives privados, la simple verificación por el empresario de la realización por el beneficiario de otras actividades por cuenta propia o ajena, supone el despido inmediato del mismo. Ahora bien, la valoración de los efectos que esa carta de despido produce (procedente, improcedente o nulo) se debe dejar en manos del Juez¹¹. Del mismo modo, se legitima al empresario para supervisar

⁵ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (Coord)., *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 81. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”, *Tribuna Social*, nº 61, 1996, pág. 84 Véase también, el examen exhaustivo que realiza PUIG SÁNCHEZ, M: “La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (Coord)., *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, págs.. 372 a 390.

⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº53, 1995, pág. 11.

⁷ GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador... op. cit.*, págs. 215 a 217. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... *op. cit.*, pág. 85.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN., MALDONADO MOLINA, J.A Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, 2025, págs. 294 y 295. Lo más frecuente es que sean las empresas que colaboren en la gestión de la prestación por IT y las Mutuas, las que utilicen esta vía de control privado de los estados de enfermedad, siendo menos habitual cuando es el INSS el que se responsabiliza del abono de este subsidio. Evidentemente, cuando la IT sea originada por contingencias comunes el uso de detectives privados es más solicitado que cuando se trate de riesgos profesionales, ya que es ahí en donde más se presume el fraude.

⁹ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... *op. cit.*, págs. 82 y 83. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... *op. cit.*, pág. 85.

¹⁰ Por ejemplo, se suele dar mucho esta práctica a la hora de negociar en los convenios colectivos la protección social complementaria “externa” a la del sistema público de Seguridad Social. Me refiere en particular, dentro de los diferentes instrumentos existentes, a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Para un análisis más completo, ver GARCÍA NINET, J.I: “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (Coord): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

¹¹ GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador... op. cit.*, pág. 249: “... el informe del agente investigador será ilegítimo y, por tanto, inatendible siempre que concierna a hechos de la personalidad privada del trabajador; y será válida y admisible cuando tenga por objeto bien hechos extraños a la esfera de la privacy o bien hechos pertenecientes a esta esfera, pero conscientemente expuestos al conocimiento general del público o cognoscibles por cualquiera, es decir, vicisitudes personales que son de dominio público

(por sorpresa o no) las calificaciones realizadas por los facultativos de la Seguridad Social¹² y en el caso, de que el trabajador se negase a someterse a dicho los controles privados, la empresa estará facultada para proceder a la imposición de una sanción que normalmente supone la retirada de la mejora voluntaria por incapacidad temporal¹³. Con referencia al valor probatorio de esas pruebas en sede judicial, los resultados no producen valor vinculante alguno o superior a la certificación médica del sanitario del trabajador, por lo que no pueden ser alegados como causa que justifique el despido o la suspensión de la prestación económica¹⁴.

2. Análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021, N° 209/2021

La sentencia analiza un supuesto de control empresarial del absentismo en la empresa Iberia Líneas aéreas de España. En concreto, la empresa inicia un nuevo servicio de “apoyo y seguimiento médico, a cargo de personal cualificado, destinado a TCP en situación de baja médica en caso de ausencias al trabajo producidas por procesos de enfermedad común o accidente no laboral”. La cuestión por determinar es

(por ejemplo: la participación en un partido de fútbol, la asistencia a bares o similares, la realización de trabajos en comercios abiertos al público... etcétera)”. Como dice el TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005, para que no se produzca una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa.

El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. Véanse las STSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo de 1005 y de 27 de julio de 2005 y del TS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781).

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (véase STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006. Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (Ver STS de 5 de febrero de 1987, RJ 1987/781); o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006); o incluso, se considera que la actividad puntualmente realizada por el enfermo no reviste la suficiente gravedad y proporción como para acarrear su despido (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre, AS 2009/2527).

¹² Señala a este respecto el TSJ del País Vasco, de 24 de enero de 1994: “... no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...”.

Como indica JOSÉ LUIS GOÑI SEIN: “... nuestro ordenamiento jurídico conoce dos modelos de control médico: el público, instituido en el marco de las normas de seguridad social que regulan la prestación de incapacidad laboral transitoria, y el privado, previsto en el ET, que puede ser dispuesto por el empresario a cargo de personal médico de su confianza”. Ver GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op. cit., pág. 234.

En esta línea, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN., MALDONADO MOLINA, J.A y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M: *Manual de Seguridad Social...* op. cit., pág. 294. Afirman estos autores, que los únicos derechos económicos que puede suspender el empresario son los derivados de la mejora voluntarias de la Seguridad Social, pero no los de la prestación básica.

¹³ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op. cit., pág. 83. GARCÍA NINET, J.I: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...* op. cit., páginas 85 y 86.

¹⁴ GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op. cit., págs. 243 y 244.

si realmente puede una empresa instaurar un control adicional al que ya efectúan los médicos del Servicio Público de Salud y si esos controles surten o no los mismos efectos que los del Servicio Público de Salud y las Mutuas. El servicio consistirá en la citación del personal a revisiones médicas y seguimiento de la salud del trabajador, bien por el propio proveedor o por los especialistas que se determinen por IBERIA, realizando cuantas pruebas complementarias sean necesarias, para la mejora de la evolución de los procesos de incapacidad temporal para el personal de la compañía. Solo se tendrán en cuenta las contingencias comunes, pues las bajas por contingencias profesionales correrán a cargo de las Mutuas.

La empresa se ampara en que la contratación de este servicio se realiza en base a lo dispuesto por el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, que concede al empresario la facultad de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo. La verificación se lleva a cabo ‘mediante reconocimiento médico a cargo de personal médico’.

Ahora bien, por otro lado, la empresa prevé en su Convenio Colectivo aplicable¹⁵ un sistema de Seguridad Social complementaria por el que, aquellos trabajadores que se sometan al mentado sistema de control empresarial recibirán “...un complemento sobre lo abonado por la Seguridad Social Nacional, en caso de enfermedad, hasta el tope del 100% del sueldo base, antigüedad en su caso (entendiendo como tal, premio de antigüedad, complemento *ad personam* y complemento indemnizatorio), prima por razón de viaje garantizada, gratificación complementaria, si procede, dietas por destacamento, residencia y destino, en su caso, pagas extraordinarias y paga de cierre de ejercicio, así como las gratificaciones que se abonen con carácter general o pactado. A efecto del pago del complemento se distinguirá entre enfermedades de más de 14 días y hasta 14 días inclusive. En el primer caso, la Compañía abonará el complemento desde el primer día de enfermedad; en la de menos de 14 días, el importe de tal complemento que correspondiera a los primeros siete días se destinará al Fondo Solidario Interno, durante la vigencia del presente Convenio. La persona a la que se aplique esta norma verá actualizados sus emolumentos con cualquier mejora que afecte a los conceptos mencionados en el párrafo anterior, pactados o que se pacten, en la medida y momento en que se aplique”.

La literalidad de la norma indica que el percibo de esa seguridad social complementaria quedará supeditado a que: “... el enfermo se sometiera en todo a las normas establecidas por la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, en orden a controlar la permanencia en su domicilio, o cuando la baja procediese de los servicios médicos de la Compañía, el control sería el ejercido por dichos servicios. De otra manera, es para el supuesto en el que se pretenda una disposición complementaria de dicho control -sobre la permanencia en el domicilio-, para el que resultará exigible aquella aprobación previa”.

Queda claro que una cosa es la medida de control empresarial, la cual entiendo que es excesiva y que va, lógicamente, enfocada a recortar la duración de las bajas médicas

¹⁵ XVII Convenio colectivo Iberia, LAE, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE 8-5-14).

por IT, aún cuando los médicos de atención primaria consideren que el enfermo deba continuar en incapacidad temporal. Y, otra cosa totalmente distinta son las cantidades complementarias pactadas. En este último caso, el tribunal considera que estamos aquí ante una autentica mejora complementaria de la Seguridad Social. Sin embargo, ¿porqué debe condicionarse una mejora de la Seguridad Social al sometimiento de unos controles médicos adicionales? Claramente, el Tribunal Supremo considera que la medida no debe supeditarse al disfrute del complemento. Ahora bien, tampoco ahonda más en esta cuestión, lo que da lugar a que la empresa siga actuando abusivamente, pese a que existe una medida de mejora negociada por convenio colectivo. La Sala ha sido laxa y poco contundente con este tema, máxime sabiendo que en la práctica los empresarios imponen su poder de dirección, restringiendo en derechos a los trabajadores. Aparte, ¿hasta que punto se protege la salud del trabajador? Lo lógico hubiese sido establecer esos controles médicos adicionales como optativos y siempre con la finalidad de adelantar la recuperación o, incluso, complementar aquella que ya reciben por parte de los Servicios Públicos de Salud. En definitiva, se demuestra una vez más aquí, cómo realmente los trabajadores quedan desamparados, puesto que priva la sospecha de fraude antes que la protección del trabajador. No debería anteponerse unos criterios economicistas, sino una lógica social que realmente busque recuperar la salud del trabajador ante los supuestos de baja médica por IT.

Poder de dirección y verificación del estado de salud del trabajador de baja. Un apunte a propósito de la STS, sala cuarta, de lo Social, n. 629/2021, de 15 de junio de 2021

ALBERTO LLORENTE ÁLVAREZ

Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

*“La obra del que ha actuado bien permanece, porque lo noble es duradero”.
Aristóteles¹*

I. Aproximación al tema

La sentencia del Tribunal Supremo (STS), de la que aquí se da cuenta, constituyó el último hito de un camino iniciado con el aviso de una empresa a sus trabajadores sobre el control de las ausencias al trabajo por enfermedad. En la comunicación les informaba de que pondría en marcha un “*sistema de acompañamiento y seguimiento de los procesos de baja por enfermedad común*” mediante la contratación de una empresa específicamente con esa finalidad.

Aunque en la STS se analizan otros aspectos, nos centraremos en el alcance que, para el Tribunal Supremo, tiene, en el supuesto que analiza, la regulación contenida en el artículo 20.4 del ET, precepto que establece que: “*El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*”. Esta disposición se enmarca en lo que la doctrina ha denominado el poder del empresario de verificar, en general, “el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes

¹ ARISTÓTELES, “*Ética Nicomáquea*”; libro IX, 1168a, 15-17 (tomo la referencia de la obra publicada por la Editorial Gredos, Madrid 1998, p. 365; a la memoria del maestro ALFREDO MONTROYA MELGAR.

laborales” (art. 20.3 ET), “incluida en especial la constatación de los motivos alegados por éste para justificar su inasistencia al trabajo, mediante reconocimiento médico si lo alegado es enfermedad o accidente (art. 20.4 ET)”² constatación que tiene por finalidad “evitar el absentismo”³.

En consecuencia, de lo que se va a ocupar la sentencia, es de un aspecto concreto del poder de dirección del empresario, “factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo”⁴. En palabras del maestro, “el poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales) (...) Al que llamamos poder directivo singular (del que se ocupa el Estatuto de los Trabajadores específicamente: arts. 1.1, 5.c y 20) pertenecen las órdenes e instrucciones que el empresario o sus delegados imparten a cada trabajador para que éste dé cumplimiento a su contrato de trabajo”⁵. Dicho en otras palabras: “El poder de dirección se integra no sólo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación, sino que comprende también funciones de control y vigilancia (...) función de control que es una actividad de “verificación””⁶

Siguiendo esta clasificación, cabría incluir dentro de la dimensión singular del poder de dirección la previsión contenida en el artículo 20.4 del ET. Sin entrar en su examen detallado, ni agotar las referencias normativas, podríamos señalar que, desde nuestras primeras normas laborales, la enfermedad del trabajador se admitió, como no podía ser de otro modo, como causa determinante de la ausencia al trabajo siempre que estuviera justificada. Así, por ejemplo, la Ley de contrato de trabajo de 1931⁷, en su artículo 80, con lenguaje de la época y con carácter general, en relación con las diferentes causas que permitían la ausencia al trabajo -entre las que se encontraba la enfermedad- estatuyó que “el trabajador, a petición del patrono, vendría obligado a justificar la certeza del motivo alegado”. La Ley de contrato de trabajo de 1944, también hacía referencia a la enfermedad como causa que permite la ausencia al trabajo siempre que sea una “enfermedad justificada” (art. 68)⁸. El texto vigente aparece, sin modificación desde entonces, en el artículo 20.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Un apunte de interés para cerrar esta aproximación, al que nos remitiremos más adelante: “El referido art. 20.4 plantea delicados problemas: por lo pronto, que el ET autorice que el médico de empresa o cualquier otro facultativo designado por el empresario pueda revisar el diagnóstico de un médico del Servicio Público de Salud,

² ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del Trabajo* (18ª edición) p. 371, Madrid 2000.

³ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, (41 edición) Madrid 2020, p. 388.

⁴ MONTOYA MELGAR, A. “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Rev. Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (serie Derecho del Trabajo) n. 48, 2004.

⁵ MONTOYA MELGAR, A. *opus cit.*

⁶ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y previsión; Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1965, p. 152.

⁷ “Ley relativa al contrato de Trabajo”, publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931.

⁸ Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo (BOE de 24-2-1944).

no revela demasiada consideración hacia la competencia y objetividad profesionales del dicho Cuerpo médico (...) Además plantea el problema del diagnóstico que ha de prevalecer en caso de discrepancia entre el médico del Servicio Público de Salud y el médico privado: problema para cuya solución tal vez serviría de pauta la regulación contenido en la O. de 21.3.1974, sobre facultades de la Inspección médico para decretar altas y bajas”⁹.

II. Comienza el conflicto

El procedimiento que se va a seguir, por la empresa contratada para el seguimiento de los procesos de baja por enfermedad, comienza con una llamada telefónica al trabajador de baja, empleando para ello los datos de filiación que extrae de una aplicación que comparte con la empresa del trabajador, llamada que se sigue de una comunicación en la que, resumidamente, consta lo siguiente: *“Con el objetivo de poder conocer la situación de la dolencia que le afecta que es motivo de su incapacidad laboral temporal y de acuerdo a la legislación vigente y en cumplimiento del Artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que debe acudir a los servicios médicos en la dirección, día y hora que constan al pie de página. A fin y efecto de que la cita sea lo más provechosa posible rogamos aporte los informes médicos y/o pruebas diagnósticas sobre el proceso de baja, así como los posibles informes de bajas anteriores que puedan ser de utilidad (...)”*

En el pie del documento -según se indica en el relato de hechos probados- consta una cláusula de protección de datos, en la que se informa al trabajador de que se han encargado a la citada empresa *“los servicios previstos en la normativa laboral de verificación de eventuales estados de enfermedad o accidentes alegados para justificar las faltas de asistencia al trabajo. El trabajador queda informado y consiente expresamente que los datos que proporcione voluntariamente a la red médica dispuesta por TEBEX, incluidos los de salud, que sean necesarios y pertinentes para llevar a cabo la verificación indicada, sean tratados por ésta para llevar a cabo dicha verificación (...)”*.

En el largo *iter* de discrepancias, sobre esta medida, que se sucede entre los trabajadores y la empresa, caben resaltar algunas actuaciones. Así, el 7 de agosto de 2017 se reúne el Comité de Seguridad y Salud considerando, los delegados de prevención, que el sistema de gestión del absentismo incumple el convenio colectivo. “Por vía telefónica” se incorpora a la reunión la jefa del Servicio Médico para explicar que el Servicio Médico de la empresa puede vigilar la salud, pero no controlar el absentismo, que es para lo que se ha contratado específicamente a una empresa.

Manteniéndose las discrepancias, el 8 de septiembre de 2019 los delegados de prevención remiten un comunicado a “Recursos Humanos” de su empresa en el que manifiestan su oposición a que el control del absentismo se gestione por una empresa distinta, en vez de por el servicio médico propio. La empresa respondió que se ejercitaban las facultades del art. 20.4 ET y que el servicio médico integrado en el servicio de prevención no tiene atribuciones más que en materia de vigilancia de la salud.

⁹ MONTOTOY MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, (41 edición) Madrid 2020, p. 389.

III. El conflicto ante la Audiencia Nacional

Ante la imposibilidad de llegar a una interpretación compartida, por la representación de Federación de Industria de CCOO, se interpuso demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Con fecha 20 de enero de 2020, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando las pretensiones esgrimidas, resumidamente, por considerar correcta y ajustada a derecho la práctica empresarial denunciada y por apreciar falta de acción, ya que se planteaba un conflicto futuro e hipotético dado que el supuesto denunciado no se había producido nunca, a tenor de los hechos finalmente declarados probados (extremo este último que, como hemos indicado más arriba, se reitera en el recurso de casación y al que también da respuesta el TS, pero al que no haremos referencia en esta líneas).

Disconforme con la referida sentencia de la AN, la demandante formuló recurso de casación (al que se adhirieron UGT y CSIF) que articula a través de dos motivos formulados ambos al amparo del apartado e) del artículo 207 LRJS denunciando infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

IV. Sentencia del Tribunal Supremo

En el primero de los motivos del recurso -único en el que nos vamos a centrar, motivo que se examina en el FJ segundo de la STS- se denuncia que la sentencia ha incurrido en infracción jurídica, concretamente en interpretación errónea del artículo 20.4 ET. Ya no discute la recurrente -indica el TS- que el reconocimiento médico previsto en tal precepto pueda ser realizado por una empresa contratada al efecto por la empleadora. “Lo que se sostiene en el recurso es que la realidad de lo que ocurre va más allá de lo permitido por el cuestionado precepto, dado que en el caso concreto no estamos en presencia de un mero reconocimiento por parte del empresario, sino que se va más allá en la medida en que se exige a los trabajadores la aportación de bajas o de cualquier informe médico, con lo cual los límites del artículo 20.4 ET se desbordan al exigir una documentación que el precepto no ha previsto”.

Recordando resoluciones precedentes, señala el TS que “la potestad que ese precepto estatutario atribuye al empleador no es sino una manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que le corresponde como titular de la misma, conforme a las reglas generales del art. 20 ET en cuyo ámbito se enmarca, sin que la norma disponga otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprenden de las exigencias de la buena fe y del respeto a los derechos de los trabajadores, esencialmente en este punto, de todos aquellos relacionados con la salvaguarda de su intimidad y la consideración debida a su dignidad” y que “cuando concurren tales presupuestos y con esas limitaciones, la potestad que otorga al empresario el art. 20.4 ET consiste en verificar el estado de salud del trabajador “mediante reconocimiento a cargo de personal médico”, sin establecer ninguna específica cortapisa o restricción diferente a las que ya hemos dicho que resultan aplicables con carácter general en todas las demás facultades empresariales, sin vulnerar en ningún caso los derechos básicos de los trabajadores en la relación de trabajo que recoge el art. 4.2 ET, y en razón de

la especial naturaleza de los que están en juego cuando del control y supervisión de su estado de salud se trata, destacadamente, el derecho a la no discriminación, a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad personal” (STS 62/2018, de 25 de enero, Rec. 249/2016)¹⁰.

En consecuencia, y como cuestión inicial y esencial, germinal, si se quiere, el TS va a partir de que, dentro del poder de dirección del empresario, se encuentra la posibilidad de este de verificar la enfermedad del trabajador que da lugar a la “incapacidad laboral temporal” que determina la baja del trabajador y la suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c) ET). Téngase en cuenta que, como se ha visto, el artículo 20.4 del ET establece que “*el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo*”. No obstante, parece desprenderse del relato de hechos, que, en el caso que se analiza, lo que se pretende controlar no es la alegación de enfermedad efectuada por el trabajador al empresario como justificante de su falta de asistencia al trabajo, sino la enfermedad que sirve de base a la baja por incapacidad temporal, baja que, con carácter general, emitirá el médico de atención primaria siguiendo el procedimiento establecido al efecto; baja laboral, asimismo, que, en principio, dará lugar a la situación incapacidad temporal, IT que es la causa de la suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c ET). Esto es, sintéticamente, será el trabajador el que acuda al médico de atención primaria comunicándole la enfermedad que padece y será este último el que, valorando su estado de salud, emitirá o no la baja del trabajador¹¹. Pues bien, el TS parece que parte, en consecuencia, de que el artículo 20.4 ET también permite al empresario -a través de sus servicios médicos o de servicios médicos contratados al efecto- la “verificación” del estado de salud del trabajador cuando este está en situación de incapacidad temporal que es la situación que “justificaría” su ausencia al trabajo. Sin desarrollar más este apunte, como aproximación, véase, más arriba, la reflexión del maestro sobre este extremo.

En este marco -continúa señalando la sentencia- “la solicitud de que el trabajador citado para la verificación del estado de salud aporte los informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores, aparte de que no se efectúa en términos obligatorios sino voluntarios, resulta ser instrumental a la legítima finalidad de verificar el estado de salud del trabajador. En efecto, la aportación de tales documentos y pruebas resulta beneficiosa para ambas partes en la medida que permite aligerar el proceso y evita la inútil repetición de pruebas diagnósticas”. Con estas afirmaciones, el Alto Tribunal, fija con claridad su doctrina en relación con

¹⁰ Véase comentario a esta sentencia: ESTEBAN LEGARRETA, R. “El poder de verificación del estado de salud del trabajador y límites a la negociación colectiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2018, de 25 de enero”; *Rev. TSS CEF* n. 423 (junio 2018).

¹¹ Sobre distintos aspectos de la gestión de la IT, véase, TORTUERO PLAZA, J. L. “La incapacidad temporal: concepto, requisitos y cuantía”, en *Tratado de Derecho de la Seguridad Social (I)* Coord. MALDONADO MOLINA y otros, p. 687-704; Ed. Laborum, 2017; DEL VALLE DE JOZ y TRILLO GARCIA, A.R “Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes” en *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (coord. MERCADER UGUINA, J. R.) Ed. La Ley, 2007; LLORENTE ALVAREZ, A. “La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno”, *Rev. Justicia laboral*, n. 31, 2007, p. 97-127.

este extremo, esto es, la posibilidad de que, en ejercicio de su facultad de dirección y control, el empresario solicite al trabajador, cuando este se encuentre de baja médica, las pruebas diagnósticas e informes médicos de los que disponga, aspecto que ya dejó apuntado en su sentencia de 25 de enero de 2018, citada.

Es más, en relación con los datos médicos o de salud del trabajador y su tratamiento a los efectos previstos en el artículo 20.4, aunque, como acertadamente se ha señalado, con debilidad argumentativa desde la perspectiva de la protección de datos¹², subraya el Alto Tribunal que, en el supuesto que analiza, el tratamiento de “los datos del trabajador se efectuará siempre y de manera exclusiva por personal médico. Consta expresamente también una cláusula de protección de datos en la que se informa al trabajador de que” se han encargado a la empresa contratada para “los servicios de verificación de estados de enfermedad o accidente alegados para justificar la ausencia al trabajo, constando expresamente que el trabajador cede voluntariamente tales datos para que la entidad receptora pueda realizar tal labor de verificación y que puede no hacerlo, advirtiéndole expresamente de su derecho de acceso, rectificación, cancelación oposición o limitación respecto de los datos y su tratamiento. Consta, también, el deber de confidencialidad por parte de” la empresa. En tales condiciones, “la Sala entiende que se cumplen perfectamente las exigencias legales en materia de protección de tales datos habida cuenta de que, por un lado se recaba el consentimiento del trabajador, mediante la información de sus derechos y la aportación voluntaria de los documentos solicitados; y, por otro, los datos podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 6.1.b del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento europeo del Consejo de 27 de abril de 2016”.

Por último, por lo que aquí puede interesarnos, añade el TS, que “el hecho de que se advierta al trabajador de que la no aportación de datos podría determinar la imposibilidad de llevar a cabo la verificación de su estado de salud y que, en tal caso, podría suceder que la empresa adoptara las medidas previstas en el artículo 20.4 ET (*“La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”*) aparte de que no consta en los hechos probados que tal posibilidad se haya llevado a cabo nunca, no puede identificarse con la obtención de datos sin su consentimiento, únicamente poner en conocimiento del trabajador las consecuencias legales que prevé el mencionado precepto”, identificando la “negativa del trabajador” a los reconocimientos médicos -previsión textual de la norma- con la no aportación de los informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de baja o de bajas anteriores.

¹² Comentando esta STS, señala MERCADER UGUINA, que, desde la perspectiva de la protección de datos, el pronunciamiento de la sentencia suscita dudas, primero, porque para “el tratamiento de datos de salud no basta con que exista una base jurídica, sino que debe existir una circunstancia que levante la prohibición de tratamiento de dicha categoría especial de datos y, en este caso, “resulta dudoso” que pueda existir y, segundo, porque el consentimiento constituye una base débil para el tratamiento de datos personales, con carácter general recordando, además, que la AEPD ha llegado a afirmar que “los trabajadores no están nunca en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente, habida cuenta de la dependencia que resulta de la relación”; MERCADER UGUINA, J. R. “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, Laleydigital 26-01-2022, *Trabajo y Derecho*, nº. 85, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales/Estudios de práctica jurídica, Enero 2022, Wolters; Kluwer.

El poder de dirección del empresario durante la situación de Incapacidad Temporal

DIEGO ESCOLANO MARTÍNEZ

*Profesor Asociado. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*

I. Introducción

Los índices de absentismo varían según el ciclo económico en el que nos encontremos, no obstante en la última década han ido aumentando hasta situarse en el año 2025 en el segundo nivel más alto de la última década. Concretamente, el nivel de absentismo se situó en el primer trimestre de 2025 en el 7% de las horas pactadas, lo que representa un repunte de tres décimas respecto a los datos registrados un año antes. En el caso del absentismo por incapacidad temporal, la tasa del primer trimestre fue del 5,5%, tres décimas superiores a la contabilizada en el primer trimestre del año anterior¹.

Esta última causa de absentismo, la incapacidad temporal, es motivo de preocupación constante tanto por el legislador como por las empresas. El primero porque la prestación de incapacidad temporal supone un coste al sistema de Seguridad Social que requiere de la configuración legal apropiada para asegurar su equilibrio financiero, y las segundas por las horas de trabajo perdidas que deben recuperar con esfuerzo del resto de plantilla o la contratación de personal que sustituya al que se encuentra de baja médica, con el consiguiente esfuerzo extra en formación y adecuación de ese nuevo personal al proceso de producción, aparte del coste de la prestación de los primeros días de la baja que por ley corresponde abonar de forma directa a la propia empresa cuando se trata de contingencia común. Lo que supone por tanto, una repercusión directa sobre su productividad y competitividad.

¹ Según el Informe trimestral de absentismo laboral elaborado por Randstad Research, con datos de la Encuesta Trimestral de Costes Laborales del Instituto Nacional de Estadística.

Recordemos que la incapacidad temporal es la situación en la que se encuentra el trabajador, debida a contingencia común o profesional, mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. La duración máxima legal se establece en trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación².

Una vez que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y si reúne los requisitos legales exigidos, tendrá derecho a la prestación correspondiente, que consiste en un porcentaje relacionado con la base reguladora del mes anterior al hecho causante³.

Esta prestación forma parte, junto con otras, de las previstas por el mandato a los poderes públicos emanado del artículo 41 de la Constitución Española, que define como aquellas que *“garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”*. Asimismo, su cobertura es asumida de manera separada: por un lado los Servicios Públicos de Salud cubren la asistencia sanitaria, y por otro lado, las Entidades Gestoras o Colaboradoras con la Seguridad Social cubren la prestación económica. De ahí que el legislador haya previsto históricamente distintos mecanismos para que estas últimas entidades puedan comprobar que la situación de baja médica procede y así continuar abonando la prestación de incapacidad temporal, llegando, en el caso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a tener facultades exclusivas para su concesión a partir de los 365 días de duración de la baja médica.

Pero estas facultades, las reconocidas a las Entidades Gestoras y Colaboradoras, se configuran desde la perspectiva de gestión de la prestación, es decir, con posibilidad de suprimir la prestación económica o proponer el alta médica, por ejemplo⁴, por cuanto dicha gestión se enmarca en la necesidad de asegurar desde los poderes públicos el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social y sus prestaciones.

II. Verificación del estado de salud: artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores

Distintas son las facultades del empresario durante la incapacidad temporal, situación que ha sido ya reconocida por el Servicio Público de Salud mediante la emisión de la baja médica, y seguidamente otorgada la prestación económica por la Entidad Gestora correspondiente.

² Artículo 169.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En dicho artículo se han añadido recientemente otras situaciones especiales que se consideran incapacidad temporal, como son la menstruación incapacitante secundaria, la interrupción del embarazo, la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena, o la del donante de órganos o tejidos para su trasplante mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo como consecuencia de la preparación médica de la cirugía.

³ Artículos 171 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, establece estas facultades.

El artículo 20.4 del ET dispone que: *“El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”*

De la lectura del citado precepto podemos extraer que la actuación empresarial ante la baja médica de un trabajador se configura desde la perspectiva de comprobar si resultan justificadas o no las faltas de asistencia del empleado que provocan la suspensión del contrato de trabajo. El empresario está facultado por tanto a realizar, dentro del poder de dirección y control de la actividad laboral, reconocimientos médicos tendentes a comprobar si las situaciones de incapacidad temporal se ajustan a la realidad.

No obstante lo anterior, la verificación del estado de salud no podrá tener por objeto cuestionar el diagnóstico médico, ya que el criterio de los facultativos del Servicio Público de Salud prevalece frente a la posible opinión de los servicios médicos a través de los cuales las empresas ejecuten dicha verificación, aunque si podrán instar la actuación de las Inspecciones Médicas competentes para que puedan confirmar la baja o emitir el alta médica con plenos efectos⁵.

En relación con ello, deben ser traídos a colación el artículo 5 del ET, conforme al cual los trabajadores tienen como deber básico *“...Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”*, en relación con lo dispuesto en el artículo 20.2 del mismo texto legal cuya previsión dispone que en la obligación asumida con la firma del contrato de trabajo *“el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”*.

Tal y como termina la previsión el artículo 20.4 del ET, la negativa del trabajador a someterse a los reconocimientos médicos previstos, puede acarrear la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario por la situación de incapacidad temporal. Es evidente que al referirse a derechos económicos *“a cargo”* del empresario, el legislador está pensando en aquellas prestaciones complementarias establecidas por la negociación colectiva, ya que la prestación de Seguridad Social prevista para la cobertura de las situaciones de baja médica son indisponibles por las empresas y en todo caso podrán ser objeto de suspensión o incluso extinción por parte de las Entidades Gestoras de la prestación fruto de las facultades de gestión que les son propias. Esta facultad de *“suspensión de los derechos económicos”* puede considerarse mas bien como medida disuasoria del absentismo laboral, ante la negativa del trabajador a colaborar con la empresa en su control, y el incumplimiento de los deberes por tanto emanados de los artículos antes citados.

⁵ Artículo 1.1 de la Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas.

No obstante, la facultad prevista en el artículo 20.4 del ET ha sido interpretada por la jurisprudencia, poniéndola en relación con los derechos a la no discriminación, integridad física, intimidad y dignidad personal de los que gozan los trabajadores y que deben ser respetados por las empresas a la hora de ejercer su poder de dirección y control de la actividad laboral a través de las facultades de verificación de la salud de los trabajadores en situación de baja médica.

III. Interpretación jurisprudencial del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores

Para terminar, se hace necesario realizar un repaso de los criterios jurisprudenciales en la interpretación y modulación de la facultad empresarial prevista en el artículo 20.4 del ET.

De acuerdo con distintos pronunciamientos de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, la verificación del estado médico del trabajador:

- Se enmarca dentro de las facultades del empresario en la dirección y control de la actividad laboral, que debe adecuarse a los límites que rigen con carácter general en el ejercicio de dichas facultades, con arreglo a las disposiciones legales y convencionales.⁶
- El hecho de que tal verificación sea realizada por una empresa externa contratada a tal fin no supone vulneración del derecho del trabajador a la protección de datos, pues la solicitud al trabajador para que aporte sus informes médicos, aparte de ser en términos voluntarios, resulta ser instrumental a la legítima finalidad de verificar el estado de salud, siendo que esos datos podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo.⁷
- Que la verificación del estado de salud no se haya encomendado a los servicios médicos de la Seguridad Social o del Servicio Médico propio no es ilícito, pues el convenio colectivo de aplicación regula exclusivamente cuándo queda sin efecto una mejora voluntaria de la prestación, sin establecer quien debe realizar el seguimiento de las bajas médicas.⁸
- Los gastos de transporte para acudir a los controles médicos han de ser abonados por la empresa. La sumisión al control empresarial no puede comportar asunción de desembolsos para acudir a visitas médicas presenciales, ya que el principal beneficiario con el control establecido es el propio empresario.⁹
- Es lícito que la empresa llame al trabajador durante su baja para interesarse por su estado de salud. No vulnera el derecho a la intimidad ni tampoco el

⁶ STS 68/2018 de 25 de enero (rec. 249/2016).

⁷ STS 629/2021 de 15 de junio (rec. 57/2020).

⁸ SAN 4/2020 de 20 de enero (rec. 251/2019).

⁹ STS 1025/2020 de 24 de noviembre (rec. 64/2019).

de la desconexión digital, ya que no es obligatorio atender la llamada porque no tienen por objeto coaccionar o pedir al trabajador que se reincorpore.¹⁰

- Encargar el control del absentismo por parte de la empresa a una empresa subcontratada se enmarca dentro de las facultades empresariales, no estando obligada a requerir la aprobación de la medida por la representación legal de los trabajadores.¹¹
- Se distingue entre los reconocimientos médicos a efectos de percibir las prestaciones complementarias de la Seguridad Social, de aquellos tendentes a supervisar el absentismo, y sólo para aquellos se exige contar con la aprobación de los representantes de los trabajadores (*según el convenio colectivo*).¹²
- En el despido disciplinario procedente por actuación obstruccionista ignorando los requerimientos formulados por la empresa para acudir a consulta del médico, con finalidad de verificar estado de la salud, no se vulnera el derecho a la intimidad al constar el consentimiento informado de la trabajadora sobre el tratamiento de sus datos, y no haberse transmitido a la empleadora datos referentes a su salud, sino una simple cita para acudir al reconocimiento médico. Tampoco se incurre en discriminación por cuanto la causa del cese no es la enfermedad, sino el no acudir a ninguna de las citas médicas, sin que existan indicios de ambiente hostil en el trabajo.¹³

Puede concluirse, a la vista de diferentes pronunciamientos judiciales, que la previsión convencional desempeñará un papel importante en la interpretación de la facultad prevista en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, siendo unánime que la verificación del estado de salud de los trabajadores se enmarca dentro de las facultades del empresario en la dirección y control de la actividad laboral, que debe adecuarse a las disposiciones legales y convencionales pactadas. Asimismo, no se vulnera el derecho a la intimidad, ni se incurre en discriminación, por el hecho de contactar con el trabajador para conocer su estado o citarle para consulta médica.

Igualmente, se admite por la doctrina jurisprudencial que la verificación del estado de salud se lleve a cabo por empresas subcontratadas al efecto, distinguiendo no obstante entre los reconocimientos médicos a efectos de percibir las prestaciones complementarias de la Seguridad Social, para los que se necesitará la aprobación de la representación de los trabajadores, de los que se realicen con el objeto de controlar el absentismo.

¹⁰ STSJ de Galicia 1744/2024 de 11 de abril (rec. 10/2024).

¹¹ SAN 20/2019 de 13 de febrero (rec.333/2018).

¹² STS 209/2021 de 16 de febrero (rec. 106/2019).

¹³ STSJ de Cataluña 3849/2018 de 28 de junio (rec.1694/2018).

Verificación empresarial del estado de salud del trabajador en IT y suspensión de la mejora voluntaria

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Profesora Agregada Universidad Pontificia Comillas en Madrid (ICADE)

I. Introducción

Mi aportación al libro homenaje del Profesor Montoya se centra en la interpretación jurisprudencial y de la doctrina judicial reciente en torno al art. 20.4 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET). Este artículo permite al empresario *verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico*. Además, *la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*. Sanción que se materializa normalmente en la suspensión (que no eliminación) de la mejora voluntaria empresarial a la prestación de incapacidad temporal (IT) o incluso el abono de salarios cuando tal baja no se hubiera producido. Obviamente, la prestación de Seguridad Social no puede ser suspendida por el empresario, pues no es salario, sino una prestación sobre la que decide el INSS o la Mutua, aunque es cierto que, cuando deriva de contingencias comunes, es el empresario quien asume su abono inicial completo, sin resarcimiento alguno, y posteriormente su pago delegado. Aunque son aspectos independientes,¹ en el caso de que en el marco de un control del ET art. 20.4 se detecte una eventual discrepancia sobre el estado de salud del trabajador con su situación de IT, la empresa podría someterla a la Inspección Médica de la Seguridad Social para que se valore por la gestora el abono de la propia prestación.²

La importancia de este artículo 20.4 se incrementa a la vista del crecimiento desmesurado del absentismo laboral asociado a bajas médicas en España con un

¹ Ver STS Social 62/2018 de 25 de enero (Rec 249/2016) “El art. 20.4 ET carece de cualquier connotación que pudiera estar vinculada con la gestión de la prestación de incapacidad temporal desde ninguna.

² *Ibidem*.

“impacto directo sobre la productividad y los costes empresariales, lastrando asimismo su competitividad”³ y que preocupa a los propios interlocutores sociales.⁴ Aunque existen muchos factores asociados a este crecimiento⁵ de las bajas por ciertos motivos médicos⁶, desde un punto de vista jurídico, debe subrayarse que en los últimos años se ha incrementado la protección jurídica del trabajador enfermo. Por un lado, se eliminó el denominado despido objetivo por absentismo, poco antes de la pandemia por el Covid-19.⁷ Por otro lado, puede mencionarse la identificación de la enfermedad (con independencia de su vinculación a la discapacidad o a su carácter estigmatizante) como causa de discriminación conforme a la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, desde el verano del 2022,⁸ cuyo amplísimo ámbito objetivo de aplicación abarca la relación laboral en primer término.⁹ Todavía no existe jurisprudencia sobre la aplicación del ET art. 20.4 en este nuevo contexto antidiscriminatorio que necesariamente coarta el poder de dirección empresarial carente de una cobertura

³ El absentismo por bajas médicas prácticamente se ha duplicado en la última década en el promedio de sectores. Actualmente asciende al 5,5% (primer trimestre del año 2025), lo que equivale a 1.224.778 personas de baja médica en promedio diario (solo el 1,5 restante hasta el 7% se debe a otras causas distintas de la enfermedad). Las horas no trabajadas por baja médica se acercan a niveles pandémicos, aunque hay grandes diferencias entre sectores (hasta de 5,8 puntos) e incluso desde un punto de vista territorial, liderando las bajas médicas las CCAA de Cantabria, Canarias y el País Vasco. Ver Randstad “Informe trimestral de absentismo laboral.” de 25 de septiembre de 2025 <https://d2xlh7jfmz7hr5.cloudfront.net/wp-content/uploads/2025/09/Randstad-Research-Informe-Absentismo-Laboral-Septiembre-2025.pdf?x91883>.

⁴ Ver Capítulo VII del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023 [https://www.boe.es/eli/es/res/2023/05/19/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2023/05/19/(2)).

⁵ También se ha asociado a una población laboral envejecida, a las listas de espera de la sanidad pública que ralentizan la curación de las enfermedades asociadas a contingencias comunes, la propia fortaleza del mercado laboral español en el sentido de evolución positiva del empleo favorece las bajas que decrecen en época de crisis. Además, se apunta un cansancio generalizado que aboca a una dimisión silenciosa, también por esta vía. Ver SÁNCHEZ HIDALGO, E. “Más bajas que nunca y subiendo: 12 gráficos para entender la explosión de la incapacidad temporal en España” El País. Economía. <https://elpais.com/economia/2024-05-29/mas-bajas-que-nunca-y-subiendo-12-graficos-para-entender-la-exposion-de-la-incapacidad-temporal-en-espana.html>.

⁶ El motivo principal de las bajas médicas en España son las “enfermedades del aparato musculoesquelético y del tejido cognitivo”, que supusieron en 2024 el 27% del total; las enfermedades del aparato respiratorio, suponen el 19,33% del total, solo en sexto lugar se encuentran las enfermedades mentales que están próximas al 10%. Ver Verificat “La salud mental causa un 10% de las bajas laborales, no la mitad, como señalan mensajes virales” La Vanguardia 5-1-2025 <https://www.lavanguardia.com/vida/verificacion/20250115/10287731/salud-mental-causa-10-bajas-laborales-mitad-senalan-mensajes-virales.html>.

⁷ Ver Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/02/18/4>.

⁸ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo art. 2.1 prohíbe la discriminación *por enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*, sin definir el alcance de tales causas. El apartado tercero de esa misma disposición establece que *La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública*.

⁹ Ver art. 3.1.a) de la Ley 15/2022.

constitucional semejante a la tutela antidiscriminatoria de la que goza la parte más débil de la relación laboral.

II. Algunas cuestiones clarificadas por la jurisprudencia reciente en torno al ET art. 20.4

La verificación del estado de salud previsto en el ET art. 20.4 pretende luchar contra el absentismo¹⁰ a través de la comprobación del carácter justificado de las faltas que la persona trabajadora declara asociadas a su salud,¹¹ siempre con el objeto de dilucidar si se han de mantener o no los derechos económicos que satisface el empresario en tales supuestos.¹² Finalidad que la hace muy diferente de la vigilancia de la salud que se realiza con fines preventivos, normalmente de forma voluntaria (LPRL art. 22). El objeto de nuestro estudio tampoco es coincidente con los reconocimientos médicos obligatorios que sobre los perceptores de prestaciones de Seguridad Social de incapacidad temporal¹³ realizan las Mutuas y los servicios sanitarios, que pretenden comprobar si se ha de mantener dicho subsidio.¹⁴

La norma estatutaria establece que la verificación del estado de salud de la plantilla solo puede ser realizada por personal médico, que no ha de estar necesariamente empleado de la empresa.¹⁵ De hecho, nada impide, que la empleadora externalice tal control a otra empresa siempre que se cumplan las previsiones estatutarias. En ese sentido, se ha considerado correcto que la empresa contratada exigiese a los trabajadores de la empresa principal, que estuvieran ausentes por temas médicos, que aportaran sus partes de baja o de cualquier informe médico, siempre que se acreditara la ausencia de quebranto de la confidencialidad y la ausencia de cesión indebida de datos. Medidas que se pueden adoptar a través de una mera comunicación general a todos los trabajadores, incluyendo sus representantes, lo que les permite manifestar su disconformidad, sin causarles indefensión.¹⁶ Aunque, el ejercicio de la potestad empresarial del ET art. 20.4 no se supedita a la aprobación de la representación de los trabajadores, nada impide

¹⁰ Ver GALA DURAN, C. “Las potestades de control del empleador durante el proceso de IT” Ponencia presentada en el Seminario de actualización de función pública local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 8-7-2019 p. 1 http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/C_Galan_potestades_control_IT.pdf.

¹¹ No necesariamente la baja médica que permite el abono de la prestación de IT de la Seguridad Social si se cumplen los requisitos. De manera que desde tal declaración de la persona trabajadora que asocia su ausencia a la enfermedad se activaría la posibilidad de ejercer el control previsto en el ET art. 20.4. GÓMEZ CABALLERO, P. “Las facultades de control del estado de salud del trabajador” *Temas Laborales* n° 150/2019 p. 215 y 217.

¹² Ver STS Social 62/2018 de 25 de enero (Rec 249/2016).

¹³ La incomparecencia injustificada puede dar lugar a la extinción del subsidio de IT (LGSS art. 174.1).

¹⁴ Mostrando las diferencias de estos tres tipos de control médico ver ARETA MARTÍNEZ, M. “Las distintas finalidades de los reconocimientos médicos practicados a los trabajadores. Un apunte desde el Derecho comparado español y francés.” *Revista de Jurisprudencia Laboral* n° 5/2020. https://doi.org/10.55104/RJL_00148.

¹⁵ Tampoco una Mutua que ya se señaló que realiza otro tipo de controles asociados a la IT, ver STS Social 62/2018 de 25 de enero (Rec 249/2016).

¹⁶ STS Social 629/2021 de 15 de junio (Rec 57/2020) que, a su vez, confirma la sentencia dictada por la AN Social 4/2020 de 20 de enero que ha sido comentada por ARETA MARTÍNEZ, M. “Las distintas finalidades...” *op. cit.*

que se consensuen y modulen las condiciones concretas de ejercicio de la misma en la negociación colectiva, donde necesariamente se acuerdan también, en muchos casos, las mejoras de IT como Seguridad Social complementaria.¹⁷

Como sucede con cualquier actuación empresarial en el ejercicio de sus facultades directivas y organizativas los límites serán los derechos del trabajador establecidos en el ET art. 4.2, debiéndose mencionar los de intimidad o dignidad, habiéndose admitido la extrapolación de las cautelas propias del control de la salud preventivo *ex* LPRL art. 22.4 en cuanto a intimidad y dignidad¹⁸ Por supuesto, también debería garantizarse la confidencialidad para evitar que los datos puedan ser usados con fines discriminatorios, reservando su conocimiento al personal médico y a las autoridades sanitarias; por lo que el empresario y los órganos competentes sólo serán informados de las conclusiones en relación con la aptitud de los trabajadores. Finalmente, en todo caso han de cumplirse ordinarios parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que deben regir cualquier otra decisión de la empresa que ha de asumir su responsabilidad.¹⁹ Asimismo, se ha señalado que se puede exigir a las personas trabajadoras, asimismo, una actitud activa de buena fe y colaboración con el servicio médico que realiza la verificación de su estado de salud para que este conozca el diagnóstico y el tratamiento pautado.²⁰ En suma, cabe solicitar al trabajador la entrega voluntaria de informes para facilitar dicha verificación,²¹ y una cierta cooperación, que no concurre cuando la persona trabajadora acude a los reconocimientos médicos pero no se deja explorar, no da información sobre su patología, ni aporta la información médica. Actitud que avala la decisión empresarial de retirar el complemento.²² En sentido contrario, la empresa no puede exigir a sus trabajadores enfermos un desplazamiento²³ que atente contra la propia recuperación de su estado de salud, o que imponga sobre ellos un control desproporcionado por excesivo, asfixiante o degradante,²⁴ que pudiera constituir un acoso moral del trabajador enfermo, por ser contrario a su dignidad, o incluso ser atentatorio de su derecho fundamental a la integridad física o moral (Constitución art. 15).²⁵

¹⁷ STS Social 209/2021 de 16 de febrero (Rec 106/2019). Ver como el Convenio Colectivo Eusko Trenbideak en su art. 58 establece simultáneamente, tanto el control del absentismo como las condiciones de percepción del complemento empresarial a la IT STSJ País Vasco Social 414/2025 de 13 de febrero (Rec 2019/2024).

¹⁸ Ver STS Social 629/2021 de 15 de junio (Rec 57/2020).

¹⁹ Ver STS Social 62/2018 de 25 de enero (Rec 249/2016) FJ 5º .2 y STS Social 209/2021 de 16 de febrero (Rec 106/2019) FJ 2º.2.

²⁰ STSJ País Vasco Social 414/2025 de 13 de febrero (Rec 2019/2024).

²¹ Ver STS Social 629/2021 de 15 de junio (Rec 57/2020).

²² Ver STS País Vasco Social 1840/2025 de 22 de julio (Rec 1827/2025).

²³ Debiendo la empresa, en todo caso, asumir los costes asociados STS Social 1025/2020 de 24 de noviembre (Rec 64/2019).

²⁴ Ver por ejemplo, considerándose una práctica abusiva las llamadas telefónicas externas a personas recién operadas en la sanidad pública a las que se obligaba a desplazarse para realizarles controles médicos, sin ni siquiera abonar la empresa los gastos de desplazamiento (STSJ Galicia 23 febrero 2004 (Rec 199/2004).

²⁵ Sobre un atentado a este derecho fundamental, cuando se acredita que la empresa presiona al trabajador para que abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito, lo que

Solo el ejercicio equilibrado del poder de dirección y la buena fe de las partes permitirán un control razonable del estado de salud del trabajador enfermo y el mantenimiento de las mejoras voluntarias tan necesarias para mantener el poder adquisitivo de las personas trabajadoras en períodos de suspensión del contrato de trabajo por enfermedad.

constituye una conducta que pone en riesgo la salud se considera una actuación lesiva para el derecho a la integridad física, ver STS Social 31 de enero 2011 (Rec 1532/2010), en un supuesto donde no se hace referencia al ET art. 20.4.

La situación patológica del trabajador y su verificación por parte del empresario

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Catedrático de Universidad

I. Introducción

El profesor Montoya Melgar nos daba la siguiente definición de poder de dirección *“El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales organizando el trabajo en la empresa”* y añadía a continuación que el poder de dirección¹:

- Se resuelve en una pluralidad de facultades de diversa caracterización (facultad de variar de puesto de trabajo a un trabajador, facultad de establecer sistema de control, etc.) que son expresados mediante actos y declaraciones unilaterales.
- Constituye uno de los deberes del trabajador, actualizando su genérico deber de puesta a disposición.
- Ordena tanto las singulares prestaciones de trabajo como las que tienen por marco una empresa, coordinándolas en este último caso y dirigiéndolas al fin técnico- económico de la explotación.
- Alcanza además a aspectos distintos de la prestación laboral, que influyen sobre ellas de forma indirecta.

Y señalaba que en el ejercicio de ese poder deberán de tenerse en cuenta:

¹ MONTOKYA MELGAR, A: *El poder de dirección del empresario*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 65.

- Sus límites².
- Los vicios en su ejercicio³.
- Los efectos del ejercicio del poder de dirección⁴.
- El control de la legitimidad del poder de dirección⁵.

Pues bien, el ejercicio de ese poder de dirección para que genere un deber de obediencia en el trabajador⁶ requiere un ejercicio de buena fe y regular del mismo, por ello las medidas de control deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas y por supuesto respetando los derechos que Constitución, las leyes, los convenios y los contratos reconocen a los trabajadores⁷.

El Estatuto de los Trabajadores (ET) recoge una serie de pautas acerca de cómo se debe ejercer la dirección y el control de la actividad laboral. Es el caso de: el art. 18 “Inviolabilidad de la persona del trabajador; art. 20.3 “Dirección y control de la actividad laboral”, sobre la adopción por parte del empresario de aquellas medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y en caso la capacidad real del trabajador discapacitado; el art. 20 bis en relación con los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión⁸; o el art. 20.4 sobre las facultades que se reconocen al empresario para investigar el estado de salud alegado por el trabajador para justificar sus ausencias al trabajo con la finalidad de controlar el absentismo.

Por otro lado son también numerosas las disposiciones que limitan este poder de dirección como: art. séptimo 5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, relativo a las intromisiones ilegítimas; los arts. 87 a 90 LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre

² Y señala como fuentes: la propia autolimitación del empresario y la heterolimitación (limitaciones estatales, sindicales y las que deriven del poder de los trabajadores; y como instrumentos de limitación: limitaciones impuestas por la categoría profesional, por el derecho de inamovilidad; el derecho a la ocupación efectiva; la dignidad personal del trabajador; y otros derechos y las limitaciones de derivadas del propio interés de la empresa (MONTÓYA MELGAR, A: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., págs. 217-235).

³ Señalando como tales aquellos derivados de la falta de legitimación para su ejercicio, por la violación de normas jurídicas y por el abuso de poder (MONTÓYA MELGAR, A: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., págs. 235-240).

⁴ Considerando como efectos normales la sujeción del trabajador a las decisiones del empresario, y la consiguiente organización laboral de la empresa (MONTÓYA MELGAR, A: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., págs. 243-254).

⁵ Controles que pueden ser jurisdiccionales, administrativos y del régimen de recursos de la propia empresa MONTÓYA MELGAR, A: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., págs. 254-259.

⁶ Art. 5.3 letra c) del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ MONTÓYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 46ª edición, revisada y actualizada por SEMPÉRRE NAVARRO, A.V., Tecnos, Madrid, 2025, págs. 391-393.

⁸ Precepto añadido por la disposición final 13 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre.

Protección de datos y garantía de los derechos digitales limitan el poder de dirección empresarial en relación a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, a la desconexión digital, uso de dispositivos de vigilancia y de grabación en el lugar de trabajo; o en los sistema de geolocalización en el ámbito laboral.

El breve estudio que se hará a continuación se limitará a los límites del empresario en la vigilancia de la salud de los trabajadores.

II. Poder de dirección y verificación de la situación patológica del trabajador

Señalaba el profesor Montoya Melgar⁹ que una específica modalidad de control empresarial sobre el trabajador era la normada en el art. 20.4 ET, que legitima al empresario para verificar y comprobar a través de un médico por el designado la realidad de la situación patológica alegada por el trabajador para justificar su ausencia al trabajo. Esta facultad del empresario tiene una doble finalidad la reducción de perjuicio que supone para la empresa el absentismo y por otro lado evitar tener que abonar determinadas prestaciones económicas. Esta facultad va a suponer la posibilidad que el empresario pueda ordenar reconocimientos médicos en la persona del trabajador y que este deba aceptarlos.

La sentencia que se analizar es la STS 629/2021, de 15 de junio¹⁰ que resuelve un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2020¹¹, recaída en procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por la Federación de Industria de Comisiones Obreras frente a Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (CASBECA, SL) y TEBEX, SA¹² en relación con dos pretensiones que formulaba el sindicato:

“- El derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que su estado de salud no pueda ser controlado ni objeto de verificación por la empresa TEBEX, de manera que esta no puede requerir ni citar a comparecencia a todos los trabajadores en situación de IT. Condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.

- Se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que la empresa Tebex SA no pueda emitir ninguna propuesta de alta ni justificar la suspensión de derechos económicos, por ser esto facultad privativa del servicio médico de empresa.”

De los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Nacional interesa, para una adecuada comprensión, recoger los siguientes:

Todo se inicia cuando en 2014 la empresa comunica a todo el personal que el 20 de octubre se pondrá en marcha un sistema de acompañamiento y seguimiento de los procesos de baja por enfermedad común mediante la contratación de la empresa

⁹ MONTOLYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, capítulo I, de la obra colectiva *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar* (Sánchez Trigueros, C. y González Días, F.A -directores-), Thomsom Reuters. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 42 y ss.

¹⁰ Roj: STS 2470/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2470.

¹¹ Roj: SAN 7/2020 -ECLI:ES:AN:2020:7.

¹² Compañía que se dedica desde 1985 a la gestión y el control del absentismo laboral (ver <http://tebex.com>).

TEBEX. A lo que la sección sindical de UGT respondió en una carta al gerente de recursos humanos su desacuerdo.

El 7 de agosto de 2017 se reúne el Comité de Seguridad y Salud del Centro de Ribera del Loira. Los delegados de prevención cuestionan que el sistema de gestión del absentismo incumple el convenio colectivo. Por vía telefónica se incorpora la Jefa del Servicio Médico (el servicio médico de la empresa estaba integrado en el servicio propio de prevención de la misma) para explicar que el Servicio Médico de CASBEGA puede vigilar la salud, pero no controlar el absentismo, que es para lo que se ha contratado a TEBEX.

El 8 de septiembre de 2019 los delegados de prevención de CASBEGA remiten un comunicado a Recursos Humanos en el que manifiestan su oposición a que el control del absentismo se gestione por Tebex en vez de por el servicio médico propio (como se puede ver se contradice con lo anterior).

La empresa responde que se ejercitan las facultades del art. 20.4 ET y que el servicio médico integrado en el servicio de prevención no tiene atribuciones más que en materia de vigilancia de la salud.

El procedimiento que se sigue por TEBEX es la llamada telefónica al trabajador de baja, con los datos de filiación que extrae de una aplicación que comparte con CASBEGA. Quien lo llama se presenta como el servicio médico y le indica la necesidad de entrevistarse con personal médico de TEBEX en relación con los motivos de su baja, y en caso de que se niegue se le cursa cita por SMS o burofax¹³.

¹³ En la comunicación que TEBEX remite a los trabajadores de baja, consta lo siguiente:

“Con el objetivo de poder conocer la situación de la dolencia que le afecta que es motivo de su incapacidad laboral temporal y de acuerdo a la legislación vigente y en cumplimiento del Artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos que debe acudir a los servicios médicos en la dirección, día y hora que constan al pie de página.

A fin y efecto de que la cita sea lo más provechosa posible rogamos aporte los informes médicos y/o pruebas diagnósticas sobre el proceso de baja, así como los posibles informes de bajas anteriores que puedan ser de utilidad.

En caso de no poder asistir a la visita, por estar de alta o por razones de salud, le agradeceremos nos lo comunique telefónicamente, a la mayor brevedad posible, al teléfono (...) en primera instancia y posteriormente mediante documento que justifique la no comparecencia a la visita médica.”

En el pie del documento consta una cláusula de protección de datos, en la que se informa al trabajador que se han encargado a TEBEX “los servicios previstos en la normativa laboral de verificación de eventuales estados de enfermedad o accidentes alegados para justificar las faltas de asistencia al trabajo. El trabajador queda informado y consiente expresamente que los datos que proporcione voluntariamente a la red médica dispuesta por TEBEX, incluidos los de salud, que sean necesarios y pertinentes para llevar a cabo la verificación indicada, sean tratados por ésta para llevar a cabo dicha verificación (...)”. Tras aludir al respeto del deber de confidencialidad por parte de Tebex, así como a los derechos del trabajador de acceder, rectificar, cancelar, oponerse, limitar o portar sus datos, presentar reclamaciones ante la Agencia Española de Protección de Datos y plantear dudas al Delegado de Protección de Datos nombrado por Tebex, se indica: “En caso de cancelación u oposición al tratamiento descrito de los datos, incluidos los de salud, es posible que no pueda hacerse efectiva dicha labor una vez cancelado el tratamiento o durante el tiempo que dure dicha oposición, por carecer de los datos necesarios para su ejecución, por lo que en la medida en que suponga una negativa efectiva del trabajador al reconocimiento verificador indicado podría derivar, de estimarlo oportuno COCA COLA IBERIAN PARTNERS, en la suspensión de los derechos económicos del trabajador que pudieran existir a cargo del empresario por dicha situación de enfermedad o accidente,

En el contrato suscrito por entre Coca Cola Iberian Partners (la empresa CASBEGA estaba integrada en dicho grupo) consta que la prestación de servicios por parte de TEBEX es para la verificación del estado de enfermedad o accidente alegado por los trabajadores para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, según lo establecido en el art. 20.4 del ET, a través de la red de reconocimiento médico interna de TEBEX o de los profesionales o centros facultativos acreditados que ésta haya puesto a disposición del Cliente. Así como la prestación de servicios médicos asistenciales en los centros de trabajo acordados. TEBEX tendrá acceso a datos personales como encargada del tratamiento, siendo Coca Cola Iberian Partners la responsable del mismo.

La Audiencia Nacional (AN) resolvió en primer lugar la falta de acción invocada, respecto a la segunda petición la empresa TEBEX SA, relativa a que no pueda emitir ninguna propuesta de alta ni justificar la suspensión de derechos económicos, por ser esto facultad privativa del servicio médico de empresa¹⁴. La AN despacha tal petición en sentido negativo ya que la demandante no ha logrado acreditar que ello hubiera sucedido en ningún caso. Es más, lo que quedó acreditado es justamente lo contrario: que los trabajadores que se hubieran negado a someterse a los controles de Tebex no sufrieron merma en sus derechos económicos ni se curso propuesta de alta, no ya conflicto real y actual para pronunciarse sobre ello¹⁵.

En definitiva la AN se limitó a resolver si era o no ajustado a derecho que TEBEX pudiera controlar y verificar por cuenta de CASBEGA, el estado de salud de los trabajadores de la misma, citándolos a comparecencia cuando se encontraran en situación de incapacidad temporal y que los demandantes consideraban que desbordaba los límites de los arts. 20.4 y 20 bis del ET y contravenían el art. 42 del convenio colectivo aplicable¹⁶.

La clave de la decisión final de la AN respaldada luego por el TS no es otra que distinguir o separar, por un lado: a) los controles derivados del art. 20.4 ET; y b) aquellos otros que operan en el ámbito de la Seguridad Social. Entiende que el precepto estatutario es una manifestación de las facultades de dirección y control de la actividad laboral que competen al empleador, conforme a las reglas generales del art. 20 ET, sin

así como a la adopción de las medidas directivas de control laboral conformes a la legislación laboral aplicable”.

¹⁴ Se trata de una petición extraña ya que ni el servicio médico de empresa, ni tampoco Tebex tenían capacidad para ello. Las únicas habilitadas para ello son las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (art. 6 RD. 625/2014, de 18 de julio).

¹⁵ Recuerda a tal efecto la doctrina del TS recogida en sentencias 812/2019, de 27 de noviembre, 792/2019, de 7 de noviembre y 701/2019, de 9 de octubre.

¹⁶ El art. 42 del Convenio Colectivo regulaba el complemento en situación de IT derivada de enfermedad común, que disponía en su párrafo final lo siguiente:

“...

Las prestaciones extraordinarias que se indican en los apartados anteriores, quedarán sin efecto para aquellos trabajadores y aquellas trabajadoras en los que se comprueben irregularidades, en el sentido de no cumplir las prescripciones médicas establecidas, bien por el personal médico de la Seguridad Social o por los del Servicio Médico propio, tales como reposo, permanencia en domicilio, curas, tratamiento, pruebas determinadas por el Servicio Médico a las que no puede negarse, etc.”

que la norma disponga más limitaciones que las que se desprenden de las exigencias de la buena fe y el respeto a los derechos de los trabajadores.

Cosa distinta es que el convenio establezca límites o modulaciones a la forma en que el empresario haya de ejercitar esta facultad. El art. 42 del Convenio regula exclusivamente cuándo queda sin efecto una mejora voluntaria de la prestación de IT por enfermedad común. Pero no dispone nada acerca de que el seguimiento de bajas quede exclusivamente en manos del personal médico de la Seguridad Social o del Servicio Médico propio; lo que indica es tan solo que el incumplimiento de las prescripciones de estos últimos es lo que determina la pérdida del complemento. Y nada impide que esa verificación pueda ser llevada a cabo por personal médico ajeno a la Seguridad Social o del Servicio Médico propio.

Tribunal Supremo y Audiencia Nacional también añaden en relación con las alegaciones formuladas por el sindicato demandante y recurrente que:

- La solicitud de que el trabajador citado para la verificación del estado de salud aporte los informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores, aparte de que no se efectúa en términos obligatorios sino voluntarios, resulta ser instrumental a la legítima finalidad de verificar el estado de salud del trabajador. En efecto, la aportación de tales documentos y pruebas resulta beneficiosa para ambas partes en la medida que permite aligerar el proceso y evita la inútil repetición de pruebas diagnósticas.
- El tratamiento de los datos del trabajador se efectúa siempre y de manera exclusiva por personal médico. Consta expresamente también una cláusula de protección de datos en la que se informa al trabajador de que se han encargado a TEBEX los servicios de verificación de estados de enfermedad o accidente alegados para justificar la ausencia al trabajo, constando expresamente que el trabajador cede voluntariamente tales datos para que la entidad receptora pueda realizar tal labor de verificación y que puede no hacerlo, advirtiéndole expresamente de su derecho de acceso, rectificación, cancelación oposición o limitación respecto de los datos y su tratamiento.
- Consta, también, el deber de confidencialidad por parte de TEBEX. En tales condiciones, la Sala entiende que se cumplen perfectamente las exigencias legales en materia de protección de tales datos habida cuenta de que, por un lado se recaba el consentimiento del trabajador, mediante la información de sus derechos y la aportación voluntaria de los documentos solicitados; y, por otro, los datos podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo¹⁷,
- El hecho de que se advierta al trabajador de que la no aportación de datos podría determinar la imposibilidad de llevar a cabo la verificación de su estado de salud y que, en tal caso, podría suceder que la empresa

¹⁷ Ver artículo 6.1.b del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

adoptara las medidas previstas en el artículo 20.4 ET, no puede identificarse con la obtención de datos sin su consentimiento, únicamente poner en conocimiento del trabajador las consecuencias legales prevista.

III. Una valoración final y reflexiones sobre el control de la salud de los trabajadores por parte del empresario

El criterio sustentado tanto por el TS como por la AN no es ninguna novedad y tampoco parece que pueda ser cuestionada. El art. 20.4 del ET permite al empresario verificar el estado de enfermedad (o en su caso del accidente común sufrido) del trabajador que sea invocado por este para justificar su asistencia al trabajo, mediante reconocimiento médico a cargo de personal médico, todo ello con las cautelas que el art. 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece conforme a los derechos básicos recogidos en el art. 4.2 del ET.

En realidad, hay que desmitificar esa previsión estatutaria por su limitada eficacia práctica. La consecuencia del resultado de esa verificación (dejando a un lado aquellas situaciones fraudulentas que podrían llegar a justificar un despido disciplinario) no pasa de liberar al empleador del abono de las mejoras voluntarias (si las hubiere) que lleven aparejadas las situaciones de incapacidad temporal, pero no así la prestación de Seguridad Social (por pago delegado). Habría que preguntarse si el abono del subsidio de incapacidad temporal a cargo del empresario (en contingencias comunes) del día 4 al 15 puede o no dejar de ser abonado, de responder negativamente, estaríamos ante una situación absurda, no abono la mejora del subsidio, pero si la prestación básica que también es a costa empresarial.

El absentismo laboral por incapacidad temporal es una realidad y un problema muy grave, tanto por su incidencia laboral como sus repercusiones en la Seguridad Social. Basta ver las estadísticas oficiales o los estudios de empresas y organismos especializados. De los datos correspondientes al segundo trimestre de 2025 resulta que en España el nivel de absentismo ha provocado la pérdida de un 7,0% de las horas pactadas, mientras que el absentismo por IT ha supuesto la pérdida de un 5,5% de las horas pactadas en el período referido. Se puede contar con una aproximación al volumen de trabajadores que se ausentan de su puesto de trabajo si se tiene en cuenta que en el segundo trimestre de 2025 el número de ocupados según la Encuesta de Población Activa (EPA) ascendía a 22,27 millones de personas. En dicho caso, un 7,0% de absentismo equivale a que, en promedio, cada día un total de 1.558.809 personas no acudieron a su puesto de trabajo, de las cuales un total de 1.224.778 personas se encontraban de baja médica durante el primer trimestre del año¹⁸.

En realidad, en el momento actual, la efectividad del control empresarial sobre la salud del trabajador que tenga como finalidad evitar o reducir el absentismo es mínima. Las medidas más eficaces están en evitar o reducir las mejoras voluntarias de la prestación y de ello ya se están percibiendo en los nuevos convenios colectivos que o bien no se establecen o se suprimen (sustituyéndolos por otros beneficios sociales). Y

¹⁸ Informe trimestral de absentismo laboral elaborado por Randstad Research, septiembre 2025, pág. 5, accesible en <https://www.randstadresearch.es/absentismo-laboral-segundo-trimestre-2025/> [consultado en 29 septiembre 2025].

la otra vía más eficaz es acordar la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad, para la empresa no supone coste adicional alguno y obviamente el control por ellas de la situación de incapacidad temporal es mucho más eficaz (ellas si pueden formular a la Seguridad Social propuestas de alta médica). Recientemente sus competencias se han incrementado con Convenios entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y la Asociación de Mutuas de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para la mejora en la gestión de la incapacidad temporal y de asistencia sanitaria con el objeto declarado de encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatológico, en todo caso, con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud, obviamente dirigidos a controlar el absentismo laboral¹⁹.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Resolución de la Subsecretaria del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (BOE 10 de julio 2025).

Los poderes del empleador sobre los trabajadores de baja por enfermedad en Italia, entre las normas comunes para los empresarios y las normas especiales para el trabajo en el sector público

PROF. DAVIDE CASALE

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Bolonia, Italia

I. Resumen

Esta contribución aborda la disciplina jurídica de los poderes directivos y, sobre todo, de control del empleador en Italia en caso de baja del trabajador por enfermedad, destacando las características especiales del empleo público frente a la normativa aplicable a los trabajadores de empresas privadas.

II. El carácter especial del empleo público

Las facultades que puede ejercer el empleador durante la baja por enfermedad del trabajador son un tema tradicional de estudio, relevante para la reconstrucción del equilibrio jurídico entre el poder empresarial y los derechos de libertad y dignidad de las personas que trabajan¹.

Desde mediados de los años noventa del siglo pasado, esta temática afecta no solo al empleo de quienes dependen de empresarios privados, sino también a quienes dependen de las administraciones públicas italianas, que se han visto implicadas en la reforma de la contractualización de las relaciones laborales de sus empleados con el Decreto Legislativo n.º 29/1993. En aquella fase de reforma del empleo público, hace treinta años, el legislador no se ocupó de la regulación de las bajas por enfermedad de

¹ R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, en SCHLESINGER (dirigido por), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milán, 1992; R. SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Utet, Turín, 1993; más recientemente G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, Turín, 2024.

los empleados del sector público, dejando margen a la normativa común que se aplica al sector privado, completada con la negociación colectiva específica para la función pública.

Sin embargo, con la posterior fase de reforma (denominada Brunetta) aprobada con el Decreto Legislativo n.º 150/2009, el legislador cambió su orientación en materia de baja por enfermedad, introduciendo toda una serie de normas especiales para la función pública, que se añaden (o sustituyen en algunos casos) a las normas aplicables a los empleadores privados. Esta legislación tiene un enfoque deóntico², en el sentido de que se basa en la idea de que la normativa obligatoria debe compensar la menor inclinación de los gestores públicos a ejercer los poderes y controles que en el sector privado se activan a instancias del empleador, interesado en la productividad de su empresa. Este planteamiento legislativo se ha visto confirmado por la reforma (denominada Madia) introducida con el Decreto Legislativo n.º 75/2017.

El propósito de esta contribución es esbozar una síntesis de la normativa italiana en materia de control y desincentivación de las bajas por enfermedad, destacando precisamente las características especiales aplicables al empleo público.

III. La justificación de la baja por enfermedad

Como es bien sabido, la enfermedad que conlleva incapacidad laboral no solo debe ponerse en conocimiento del empleador, sino que también debe acreditarse mediante un certificado adecuado. La legislación pertinente reside en el artículo 55-*septies* del Decreto Legislativo n.º 165/2001. Dicho artículo ha sido modificado en varias ocasiones, principalmente para favorecer la telematización de la gestión documental de las bajas por enfermedad: en este sentido, el empleo público ha preparado el terreno para normas posteriormente extendidas al empleo privado³.

Con el fin de garantizar la organización del servicio público, el trabajador debe notificar la imposibilidad de llevar a cabo su trabajo: esta notificación debe hacerse «con prontitud y, en cualquier caso, al comienzo del horario de trabajo del día en que se produzca, incluso en caso de que la baja continúe»⁴.

Una regla peculiar del empleo público es la siguiente: las bajas por enfermedad de duración superior a diez días (incluso si esta duración se alcanza con un certificado que prolonga la baja), y en todo caso las que se produzcan a partir del segundo episodio de enfermedad en el año natural, deben justificarse exclusivamente mediante certificación médica expedida por un centro sanitario público o por un médico adscrito al Sistema Sanitario Nacional (Ssn)⁵.

Una vez cumplimentado el certificado, el médico debe, conforme al art. 55-*septies* transmitirlo por vía telemática al Inps. Sigue siendo responsabilidad del trabajador

² D. CASALE, *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bup, Bologna, 2013, 4 y siguientes, acceso abierto en <https://buponline.com/prodotto/lidoneita-psicofisica-del-lavoratore-pubblico>.

³ Véase el art. 25 de la Ley n.º 183/2010.

⁴ P. ej. Art. 41, apartado 12, Convenio Colectivo Nacional sobre el Trabajo (ccnl) área ejecutiva de Sanidad 2016-2018; art. 56, apartado 13, ccnl sector Sanidad 2019-2021.

⁵ Artículo 55-*septies*, apartado 1, Decreto Legislativo n.º 165/2001.

enviar la certificación a su empleador en un plazo de dos días⁶ si el médico informa al trabajador de que el equipo informático presenta problemas de funcionamiento. El sistema telemático, que se puso en marcha hace unos quince años, ha aportado importantes ventajas: desde la contención de costes en la gestión de documentos hasta una mayor eficacia en el seguimiento de cualquier anomalía estadística en los índices de absentismo de cada trabajador, así como en el comportamiento de cada médico.

La informatización de los certificados médicos no ha modificado el equilibrio jurídico en relación con la gestión de los certificados: incluso antes de que se introdujera la legislación general sobre *privacidad*, estaban sujetos a confidencialidad porque contenían datos sensibles acerca del estado de salud. Dado que la prognosis se indica tanto en el “certificado” destinado al empleador como en la certificación enviada al organismo de Previsión Social, mientras el diagnóstico solo lo conoce el organismo de Previsión social, salvo en el caso de los datos necesarios para disponer de retribuciones laborales subvencionadas (p. ej. en el caso de los enfermos de cáncer).

El certificado médico también debe especificar si la causa de la enfermedad es responsabilidad de un tercero⁷, con el fin de facilitar, sobre todo a los organismos de previsión social, el cobro de importes a dicho tercero. Habida cuenta de que, en el caso de los empleados públicos, el subsidio por enfermedad no corre a cargo del Inps, sino del empleador, el empleado público está obligado a ofrecer toda la información y cooperación para que su empleador pueda recuperar dichos importes. Debe, por ejemplo, mantenerle informado con antelación de los posibles acuerdos entre el responsable del daño y el damnificado, ya que, en su caso, la cuota de indemnización que corresponda a la retribución debe ser devuelta por el empleado a la Administración⁸. En caso de que el accidente haya generado consecuencias para la salud que den lugar al pago de subsidios (por ejemplo, de invalidez) por parte del Inps⁹, también este último organismo tiene derecho a recurrir contra el tercero responsable.

IV. Disponibilidad para reconocimientos médicos domiciliarios

Al recibir la notificación de la imposibilidad de desempeñar el trabajo por enfermedad, el empleador puede llevar a cabo investigaciones para cerciorarse de la fiabilidad¹⁰, pero respetando el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores: este artículo

⁶ El envío al empleador por parte del trabajador había sido dispuesto en la negociación colectiva y en el apartado 2 del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 663/1979, modificado con el apartado 149 del art. 1 de la Ley n.º 311/2004. Véanse las Circulares Inps n.º 119/2010 y n.º 60/2010. El Tribunal Constitucional, n.º 1143, 29 de diciembre de 1988, en *Mass. giur. lav.*, 1988, 796, declaró la ilegitimidad constitucional del art. 2 del decreto legislativo n.º 663/1979, en el texto sustituido por el art. 15 de la ley n.º 155/1981, en la parte en que no permitía al trabajador alegar y probar la existencia de una causa justificada para el retraso en el envío del certificado médico.

⁷ Artículo 42 de la Ley n.º 183/2010.

⁸ La prohibición de doble percepción, en concepto de salario e indemnización, no solo es inherente a los principios generales del derecho civil, sino que está explícitamente recogida en la negociación colectiva, por ejemplo, art. 56, apdo. 17, ccnl sector de Sanidad 2019-2021.

⁹ Consúltase la Circular Inps n.º 152/2014.

¹⁰ Véase R. DEL PUNTA, *Sub art. 2110 c.c.*, en R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cargo de), *Codice commentato del lavoro*, Wki, Milán, 2020, espec. 515; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, en SCHLESINGER (dirigido por), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milán, 1992, 156.

prohíbe al empresario llevar a cabo controles personales efectuados por personal sanitario de su elección, pero permite la realización de visitas médicas, las denominadas “inspecciones”, de control domiciliario a través de médicos del Inps.

La inspección de control también puede activarse de oficio (siempre en función de criterios estadístico-informáticos específicos¹¹). En relación con ello, la normativa establece y fija franjas horarias diarias en que el trabajador debe estar localizable en su domicilio: los empleados ausentes del trabajo por enfermedad, aunque estén autorizados por su médico a abandonar su domicilio, están obligados a permanecer en casa para un posible control, consistente en un reconocimiento médico sin previo aviso. En el caso del empleo dependiente de las administraciones públicas, se aplica una norma adicional: el control debe disponerse desde el primer día si la baja se produce en los días que preceden o siguen a jornadas no laborables, como domingos o días libres.

Esta disciplina, que se remonta a los años ochenta, ha sufrido numerosas adaptaciones, sobre todo a nivel de reglamentación de detalle¹², hasta llegar a la configuración establecida para el empleo público con el Decreto Ministerial n.º 206 de 17 de octubre de 2017, que estipulaba la obligación de estar localizable de las 9 a las 13 horas y de las 15 a las 18 horas de cada día de enfermedad, incluidos los domingos. Sin embargo, por falta de conformidad con la ley de bases de 2017, el Tribunal Administrativo Regional del Lacio¹³ anuló las franjas horarias especiales para el empleo público, al que se aplican, por tanto, las mismas franjas horarias que para el sector privado: de 9:00 a 12:00 horas y de 17:00 a 19:00 horas. Durante esas franjas horarias, el trabajador solo podrá ausentarse del domicilio notificándolo previamente al empleador, por motivos de salud u otras razones importantes documentables¹⁴. Están exentos quienes padecen enfermedades graves que requieran tratamiento vital o condiciones patológicas relacionadas con una discapacidad de al menos el 67 %.

En caso de estar ausente del domicilio en el momento de la inspección, el trabajador deberá acudir a la cita de revisión ambulatoria en el Inps, según las instrucciones que el médico del Inps deje a un familiar o en el buzón del domicilio del ausente. Salvo que las condiciones de salud lo impidan o exista otra razón objetiva¹⁵, el incumplimiento de la obligación de acudir a dicha visita constituye una circunstancia agravante del incumplimiento injustificado de las franjas horarias, o es fuente de

¹¹ Casac. 1 de marzo de 2023, n.º 6177.

¹² La regulación de las inspecciones domiciliarias de bajas por enfermedad fue establecida por el artículo 5 del Decreto-Ley 463/1983, con extensión expresa a la función pública. Tras la contractualización de los años noventa siguen, por tanto, aplicándose al empleo público los reglamentos de aplicación pertinentes, dictados de conformidad con el apartado 13 del citado artículo 5: en particular, el Decreto Ministerial de 15 de julio de 1986, el Decreto Ministerial de 18 de abril de 1996, el Decreto Ministerial de 12 de octubre de 2000.

¹³ Tar Lazio, n.º 16305, 3 de noviembre de 2023.

¹⁴ Para una revisión de la casuística, véase R. VIANELLO, *La sospensione della prestazione di lavoro e la tutela della salute*, en M. MARTONE (a cargo de), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV. IV, t. 1, del *Trattato Persiani-Carinci*, Cedam, Padua, 2012, 1176 y siguientes.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Casac. n.º 1809 de 28 de enero de 2008, *Riv. inf.*, 2008, II, 13.

responsabilidad autónoma aunque el incumplimiento de las franjas horarias estuviera justificado.

El trabajador que desee impugnar su ausencia del domicilio, o la negativa a someterse al reconocimiento que el médico encargado haya hecho constar, puede hacerlo presentando una denuncia de falsedad. En cambio, si el reconocimiento se ha realizado, la opinión médica expresada en la certificación en el momento de la inspección médica domiciliaria podrá ser impugnada en cuanto opinión, sin denuncia por falsedad¹⁶.

V. Corrección y actividades incompatibles

La suspensión de la actividad laboral por motivos de salud que conlleven la imposibilidad de cumplir con la obligación laboral tiene por objeto la protección del trabajador y la recuperación de sus capacidades psicofísicas. El trabajador, privado o público, debe evitar perjudicar la recuperación de las energías de trabajo¹⁷. Así lo imponen no sólo los principios de rectitud y buena fe, sino también los códigos disciplinarios establecidos en la negociación colectiva de los empleados públicos. El trabajador tiene la obligación de actuar con cautela: pueden considerarse prohibidas las actividades recreativas u otras actividades de la vida privada que, sobre la base de una evaluación *ex ante*, es probable que resulten perjudiciales para la curación, la retrasen o que, en cualquier caso, sean incompatibles con la convalecencia¹⁸.

Según una parte de la jurisprudencia, dicho enfoque interpretativo se extendería también a las actividades laborales realizadas durante la enfermedad, que, por tanto, no quedarían excluidas con carácter general, sino solo si afectan a la reincorporación al puesto de trabajo. Esta idea es criticable. Sin embargo, parece preferible considerar que la carga de la prueba sobre la (no) nocividad para la convalecencia corresponde al trabajador¹⁹, después de que el empleador haya probado en juicio el hecho objetivo del segundo empleo oculto.

Además, se aplican las normas especiales de la función pública, en cuyo ámbito existe la limitación adicional de las incompatibilidades y la prohibición de acumulación de cargos conforme al art. 53 del Decreto Legislativo n.º 165/2001. Este artículo implementa el principio constitucional de la exclusividad del compromiso de los empleados públicos (artículo 98 de la Constitución), que deben trabajar únicamente al servicio de la República, sin ningún conflicto de intereses, ni siquiera potencial.

¹⁶ P. ej. Casac. n.º 1044, 13 de febrero de 1990, en *Not. giur. lav.*, 1990, 228; R. DEL PUNTA, *Il controllo della malattia*, en *Dir. prat. lav.*, 2004, 37, inserto, VII, donde se encontrarán más referencias.

¹⁷ Casac. n.º 26709, 1 de octubre de 2021; Casac. n.º 17625, 5 de abril de 2014; Casac. n.º 4869, 28 de febrero de 2014; Casac. n.º 19933, 5 de julio de 2016, todas en *Italgire.it*.

¹⁸ Casac. n.º 8443, 25 de marzo de 2021, en *Foro it. on line*; Casac. n.º 11535, 15 de junio de 2020, en *DeJure.it*; C. Apel. n.º 1072, Roma 21 de mayo de 2020, C. Apel. n.º 4494, Roma, 3 de diciembre de 2019; Casac. n.º 7641, 19 de marzo de 2019; Casac. n.º 26496, 19 de octubre de 2018, todas en *DeJure.es*; Casac. n.º 6047, 13 de marzo de 2018; Casac. n.º 21667, 19 de septiembre de 2017, en *Lav. giur.*, 2018, 1, 94; Casac. 27 de abril de 2017, n.º 10416; Casac. 19 de octubre de 2018, n.º 26496; Casac. n.º 16465, 5 de agosto de 2015, todas en *Italgire.it*.

¹⁹ P. ej. Casac. 13 de abril de 2021, n.º 9647.

En una relación de empleo público, la realización indebida de otras actividades durante el período de baja por enfermedad puede ser relevante desde el punto de vista disciplinario no solo en ausencia de autorización, sino también en el caso de una relación no exclusiva cuando, por ejemplo, ante una mejoría de las condiciones de salud, no se haya ofrecido como primera opción la prestación laboral a la Administración empleadora²⁰.

Cabe recordar que es de aplicación el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores: también el empleador público tiene por tanto efectuar investigaciones sobre hechos que no sean relevantes para la evaluación de la aptitud profesional del trabajador, pudiendo en cambio realizar comprobaciones sobre la conducta fuera del trabajo del mismo, si fuera relevante. Esto puede hacerse a través de agencias de investigación²¹ o, lo que es más probable en el caso del trabajo público, mediante denuncias ante la magistratura penal para que la policial judicial efectúe investigaciones sobre posibles delitos contra la administración pública.

VI. Sanciones y desincentivos

Además de un refuerzo de los controles, las reformas Brunetta de 2009 y Madia de 2017 han reforzado el aparato sancionador aplicado a la imposibilidad de localización, la ausencia no justificada y las falsas certificaciones de enfermedad.

El artículo 55-*quater*, apartado 1, letra *a*, del Decreto Legislativo n.º 165/2001, prevé, entre las faltas disciplinarias que conllevan necesariamente la sanción de despido sin preaviso, la justificación de la baja del servicio mediante certificado médico «falso o que acredite falsamente un estado de enfermedad»²². Luego, en el mismo artículo, la letra *b*, referida a la baja «sin justificación válida durante un número de días, que pueden ser no continuados, superior a tres en un período de dos años»²³ o, en todo caso, por «más de siete días en los últimos diez años», así como la «no reincorporación al servicio, en caso de ausencia injustificada, dentro del plazo» fijado por la Administración.

Por lo que respecta a la ausencia del domicilio en el momento de la inspección de control médico, sigue aplicándose la normativa anterior, primaria y secundaria, conforme al Derecho común, es decir, la pérdida del derecho del trabajador a «cualquier remuneración durante todo el período de hasta diez días» a partir del primer día de la enfermedad²⁴. Si, por el contrario, el resultado de la posterior visita de control

²⁰ Véase, en particular, Casac. n.º 19933, 5 de julio de 2016, en *Italgire.it*.

²¹ Véase, entre muchos otros, Casac. n.º 11535, 15 de junio de 2020; Casac. n.º 11697, 17 de junio de 2020; Casac. n.º 9590, 18 de abril de 2018, y Casac. n.º 25162, 26 de noviembre de 2014, todas en *DeJure.it*.

²² El artículo fue introducido en el Decreto Legislativo n.º 165/2001 con el art. 69 del Decreto Legislativo n.º 150/2009. Para este delito, además, el artículo 55-*quinqes* dispone una figura penal especial que se aplica también al médico. Si bien fue cuestionada su constitucionalidad, el cuestionamiento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, n.º 184, 4 de octubre de 2018. Véase la Circular n.º 5/2010 del Departamento de la Función Pública. En jurisprudencia, véase, p. ej., Casac. pen. n.º 4451, 29 de enero de 2008; Casac. pen. n.º 18687, 2 de febrero de 2012, en *Foro it.*, 2012, II, 405, que confirmó la condena en apelación en un caso de prolongación de la prognosis a raíz de la descripción de la sintomatología de la paciente por teléfono; Casac. Sec. III, n.º 3705, 9 de marzo de 2012, en *Ragiusan*, 2012, fasc. 335, 146.

²³ Casac. n.º 17600 de 21 de junio de 2021.

²⁴ Véase la Circular Inps n.º 134421/1984.

ambulatorio es positivo, según las indicaciones del Inps, la sanción económica se limitará a los días anteriores a la visita domiciliaria, con el consiguiente restablecimiento del derecho del trabajador a percibir la retribución económica a partir del día de dicho control ambulatorio²⁵. La sanción no afecta, por disposición reglamentaria expresa²⁶, a los días de hospitalización ni a los días constatados en una inspección de control médico anterior.

Para reducir los porcentajes medios de absentismo, la normativa ha intervenido también en materia de remuneración. Interviene en este sentido el apartado 1 del artículo 71 del Decreto Ley n.º 112/2008²⁷, con el aval del Tribunal Constitucional²⁸, mediante una medida desincentivadora para los empleados públicos. En los períodos de baja por enfermedad, a los empleados de las administraciones públicas a que se refiere el artículo 1, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 165/2001, durante los diez primeros días de baja, se les abona el salario base, con exclusión de cualquier subsidio o emolumento, cualquiera que sea su denominación, de carácter fijo y continuado, así como de cualquier otra retribución accesorias, sin perjuicio de la cobertura de cotización²⁹.

La reducción del salario se aplica a enfermedades de cualquier duración: durante toda baja que no exceda de diez días, así como durante los diez primeros días de una baja de mayor duración³⁰. El hecho de que el periodo inicial de enfermedad prosiga, sin solución de continuidad, no puede, por supuesto, considerarse como una nueva baja, y no conlleva ningún nuevo recorte económico después del décimo día a contar desde el inicio de la ausencia. El apartado 1 del artículo 71 se refiere específicamente a la retribución económica accesorias abonada con carácter fijo y continuado³¹.

Todo ello sin perjuicio de la retribución más favorable prevista en los convenios colectivos o en la normativa sectorial específica para las bajas por enfermedad causadas por accidente de trabajo o por causas de servicio, por hospitalización u *hospital de día*, así como por las bajas relacionadas con enfermedades graves que requieran tratamientos vitales³².

²⁵ Circular Inps n.º 166/1988. Véase también Casac. n.º 1305, 24 de diciembre de 1991, en *Orient. giur. lav.*, 1992, 222.

²⁶ Véase el art. 5, apartado 14 del Decreto-Ley n.º 463/1983.

²⁷ Apartado modificado en el art. 87, apartado 3-bis, Decreto-Ley n.º 18/2020.

²⁸ Tribunal Constitucional n.º 120, 10 de mayo de 2012, declaró infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas en relación con los artículos 3, 32, 36 y 38 de la Constitución.

²⁹ Circular Inpdap n.º 13/2009. Los periodos de hospitalización en centros del Ssn para la prestación de servicios cubiertos en los Niveles Esenciales de Asistencia (Lea), siguen exentos de la desincentivación, según se especifica en el mismo artículo 1 con un retoque de la normativa en 2020.

³⁰ En este sentido, la citada Circular n.º 8/2008 del Departamento de la Función Pública y la Circular Inps. n.º 109/2008.

³¹ Por otro lado, las retribuciones accesorias por rendimiento se devengan en la medida en que se valore la contribución positiva del trabajador a los resultados, según un criterio no necesariamente proporcional al número de días de presencia: por ejemplo, art. 56, apartado 11, del convenio colectivo nacional del sector sanitario 2019-2021.

³² Por ejemplo, en el convenio colectivo nacional 2019-2021 del sector sanitario, véase el art. 56, apartado 12.

Como establece expresamente el apartado 6 del mismo artículo 71, la regulación descrita de la desincentivación económica de las bajas por enfermedad no puede ser alterada por la negociación colectiva. Con ello, el legislador ha querido evitar que este incentivo económico para estar presente en el trabajo fuera eliminado por la autonomía colectiva, como ha ocurrido en el caso de los días iniciales de carencia de subsidio por enfermedad para determinadas categorías de contratación de empleados privados.

En síntesis, de lo expuesto en estas páginas se desprende que el legislador en los últimos años ha acentuado mucho el carácter especial del empleo público en lo que se refiere a las prerrogativas que puede ejercer el empleador durante la baja por enfermedad de los trabajadores. Sin negar la base fundamental de la contractualización del empleo público, la ordenación jurídica ha tomado nota de que el marco jurídico de las administraciones públicas no puede reducirse pura y simplemente a la normativa del derecho laboral privado.



16

PROPIA IMAGEN Y OTRAS LIBERTADES

Vestimenta laboral y poder de dirección: tensiones con la dignidad, la igualdad y la autonomía personal

GLORIA P. ROJAS RIVERO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

I. Vestimenta laboral y derechos fundamentales

La vestimenta laboral no es una cuestión meramente formal o estética, sino que ha sido objeto de análisis jurídico en multitud de ocasiones. En el entorno de trabajo, la apariencia personal -que incluye la indumentaria, la expresión corporal, el arreglo físico y otros elementos alegóricos- se convierte en un punto de fricción entre el poder de dirección empresarial reconocido en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (LET) y los derechos fundamentales que configuran la esfera personal del trabajador o trabajadora. Entre estos derechos, destacan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española, CE), el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y, en determinados casos, la libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE).

La perspectiva de género, además, aporta una dimensión crítica insoslayable. Numerosas normas y prácticas empresariales en materia de vestimenta han reproducido modelos sexistas, particularmente en sectores como la hostelería, la aviación, la sanidad o el comercio. La imposición de falda, tacones, maquillaje o escotes a mujeres -sin contrapartida masculina equivalente- revela cómo el atuendo puede convertirse en una herramienta de reproducción de roles de género tradicionales y de cosificación del cuerpo femenino.

Desde este enfoque, la indumentaria laboral opera como un dispositivo simbólico que refleja y refuerza estructuras sociales de dominación, pero también puede convertirse en un campo de resistencia y expresión identitaria. Así, el atuendo

laboral se sitúa en la intersección entre la identidad individual de la persona trabajadora y las expectativas estéticas, ideológicas o comerciales de la empresa¹.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha contribuido a la construcción de este marco conceptual². Si bien no ha reconocido la libertad de vestimenta como un derecho autónomo, ha afirmado reiteradamente que las expresiones individuales de apariencia -especialmente aquellas con significación religiosa, cultural o moral- están protegidas a través del derecho a la vida privada, la libertad religiosa y la dignidad humana. Esta posición ha sido acogida por los tribunales españoles, que insisten en que el cuerpo del trabajador o la trabajadora, y su modo de representarlo, forma parte del contenido esencial de su dignidad personal (STSJ Madrid 260/2015, de 17 de marzo, AS 1317).

La consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora, impuesta en el art. 4.2, e) LET, debe impedir que se le impongan exigencias estéticas desproporcionadas, innecesarias o humillantes. Por su parte, el deber del trabajador de cumplir con sus obligaciones de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, exigido en el art. 5.a), no puede suponer una renuncia a sus derechos fundamentales, sino, en todo caso, una obligación de conciliarlos razonablemente con las exigencias organizativas de la empresa.

Esta tensión entre apariencia impuesta y autonomía personal no puede desligarse del derecho de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), especialmente cuando se proyecta sobre normas aparentemente neutras que, en la práctica, generan efectos diferenciados por razón de sexo, orientación sexual, identidad de género, origen étnico o religión. En este sentido, la indumentaria laboral es una dimensión central del debate contemporáneo sobre derechos en el trabajo, corporalidad y pluralismo³.

II. Límites constitucionales al poder empresarial: el principio de proporcionalidad y su aplicación reforzada en el ámbito laboral

En el marco de la regulación empresarial de la apariencia laboral, el juicio de proporcionalidad se ha consolidado como la herramienta hermenéutica central para valorar la licitud de medidas empresariales que limitan derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Su aplicación es especialmente relevante en el caso de los códigos de vestimenta, donde las exigencias impuestas por el empleador pueden

¹ CÁMARA BOTÍA, A., “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 6, junio 2013, pp.67-111.

² *Vid. infra*.

³ MORENO PESTAÑA, J.L. *Informe sobre discriminación corporal en el trabajo*, Granada 2020, analiza cómo el capital erótico/estético -cualidades corporales como delgadez o apariencia física- opera como criterio de selección y discriminación en el empleo. A partir de datos cuantitativos y cualitativos, el autor muestra que ciertas ocupaciones (especialmente feminizadas, precarias y orientadas al público) exigen cuerpos normativos, lo que puede vincularse a desigualdades de género, precarización laboral y problemas de salud como trastornos alimentarios. Propone una tipología de empleos según la presencia de cultura profesional y protección laboral, identificando cuatro escenarios que combinan distintos niveles de ciudadanía laboral y exigencias estéticas, con implicaciones para la acción sindical y la lucha contra la discriminación corporal, *vid. pp.12 a 19*.

colisionar con derechos constitucionales como la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad religiosa o el derecho a la propia imagen.

Este principio, de clara raigambre constitucional, ha desplazado los previos enfoques subjetivistas y contractuales -como la buena fe genérica o la lealtad debida al empleador-, para dotar al conflicto entre poder de dirección y derechos fundamentales de un análisis mucho más elaborado y garantista.

Desde mediados de los años noventa, el TC fue perfilando este juicio mediante la adopción de un triple test: adecuación de la medida al fin legítimo perseguido, indispensabilidad o necesidad de la medida (ausencia de alternativas menos lesivas), y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación razonable entre el sacrificio del derecho fundamental y el beneficio organizativo que se persigue). Este esquema encuentra su origen en la doctrina constitucional alemana y ha sido progresivamente afianzado por sentencias españolas clave como las SSTC 55/1996, 56/2008 o 79/2023.

Además, en el ámbito laboral, puede afirmarse que ha emergido un requisito previo de justificación, que exige al empleador acreditar de forma específica el motivo que fundamenta la medida restrictiva. Su doctrina -desde la STC 186/2000 hasta la STC 119/2022- ha incorporado esta exigencia como umbral de control reforzado, particularmente en contextos donde no rige la presunción de legitimidad que acompaña al actuar de los poderes públicos. La medida empresarial, por tanto, no solo debe ser adecuada, necesaria y ponderada, sino también justificada *ex ante* con base en una finalidad concreta, no genérica ni meramente preventiva⁴.

Este enfoque de proporcionalidad reforzada adquiere una relevancia particular en los códigos de vestimenta, donde las exigencias estéticas, simbólicas o ideológicas pueden entrar en conflicto con derechos como la libertad ideológica y religiosa (STSJ de Madrid 776/1997, de 27 de octubre y STSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2002), el derecho a la propia imagen (STC 99/1994) o el libre desarrollo de la personalidad (la imposición de estándares estéticos homogéneos puede tener efectos discriminatorios indirectos sobre personas pertenecientes a minorías étnicas, culturales o con corporalidades no normativas; peinados afro, turbantes, tatuajes con valor espiritual o prendas tradicionales pueden verse afectados por normas aparentemente neutras que en realidad penalizan manifestaciones culturales no hegemónicas).

El juicio de proporcionalidad estricto aplicado por el TC impide la existencia de órdenes empresariales basadas exclusivamente en criterios estéticos, de imagen corporativa o preferencias personales del empleador, que puedan encubrir sesgos ideológicos, sexistas o religiosos. Muchas normas empresariales sobre vestimenta descansan sobre presupuestos sexistas implícitos, como la sexualización del cuerpo femenino, la reproducción de roles tradicionales o la diferenciación simbólica de estatus. Exigir a las mujeres el uso obligatorio de maquillaje, tacones o faldas, mientras se permite a los varones mantener una estética informal, no solo impone cargas físicas y simbólicas desiguales, sino que también construye jerarquías de género en el espacio laboral, incompatibles, además, con los mandatos de la Ley Orgánica 3/2007, que

⁴ Vid. ampliamente MERCADER UGUINA, J. “El juicio de proporcionalidad en lo laboral: construcción, nuevas dimensiones y futuros escenarios”, *ACDCT*, vol.XIV (2022), pp.157-175.

exige a los poderes públicos y actores privados el deber de remover los obstáculos que dificulten la igualdad real (art.46.2 y 51, a). Esto implica que los tribunales deben valorar con especial rigor las restricciones que afecten desproporcionadamente a las mujeres, sobre todo cuando no existan razones funcionales o de seguridad que las justifiquen.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ilustrado con claridad este enfoque. En el caso *Eweida v. United Kingdom* (2013), el Tribunal consideró injustificada la prohibición empresarial de portar una cruz cristiana visible, al no demostrarse que afectara de forma real a la imagen corporativa de la empresa. En cambio, en *Chaplin v. United Kingdom* (2013), sí se admitió la prohibición del uso del velo a una enfermera, al encontrarse justificada por razones de seguridad clínica. La diferencia entre ambos fallos muestra que el contexto laboral concreto y la función desempeñada son elementos esenciales para determinar la validez de la restricción.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha seguido una línea similar. En los asuntos *Achbita* (C-157/15) y *Boungaoui* (C-188/15), examinó la legalidad de políticas empresariales de neutralidad ideológica que prohibían el uso visible de símbolos religiosos. El TJUE aceptó la posibilidad de imponer tales restricciones, pero condicionó su validez al cumplimiento de un test de proporcionalidad riguroso⁵.

El principio de proporcionalidad -reforzado con la exigencia de justificación- es, por tanto, el estándar constitucional clave para dirimir los límites del poder empresarial garantizando que la autonomía personal de la persona trabajadora no sea sacrificada por preferencias estéticas, imágenes corporativas o convicciones morales del empleador sin una justificación legítima, específica y razonablemente ponderada.

Antes de terminar con el breve análisis de este principio necesario, debe destacarse el papel preventivo que puede desempeñar la negociación colectiva. La inclusión en los convenios colectivos o planes de igualdad de cláusulas sobre imagen personal, uniformes y códigos de vestimenta permite establecer criterios inclusivos y legítimos *ex ante*, reduciendo el riesgo de litigiosidad y reforzando la seguridad jurídica. En ausencia de estos mecanismos negociados, el control judicial deberá suplir la falta de regulación, aunque con el coste de mayor conflictividad y menor previsibilidad.

III. La jurisprudencia ordinaria: del uso sexista del uniforme al derecho a la apariencia personal

La jurisprudencia ordinaria ha experimentado una transformación significativa en la valoración jurídica de los códigos de vestimenta en el ámbito laboral. Desde una interpretación formal y “considerada” con el poder de dirección empresarial, ha transitado hacia una lectura sustantiva que somete estas decisiones a un control constitucional reforzado en los términos más arriba expuestos, especialmente cuando se advierten diferencias de trato por razón de género.

En una fase inicial, los tribunales españoles admitieron o aceptaron la existencia de normas diferenciadas por sexo bajo el argumento de que respondían a

⁵ Vid. más ampliamente CÁMARA BOTÍA, A. “La libertad...”, *op. cit.*, pp.19 y ss.

pautas estéticas convencionales o a la imagen corporativa de la empresa. Un ejemplo paradigmático es la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de enero de 2001 (RJ 2001/2063), referida al uniforme impuesto a las azafatas del AVE. En ella se consideró no discriminatoria la exigencia de que las trabajadoras usaran falda y medias, mientras los varones podían llevar pantalón, al entender que ello respondía a “criterios razonables de estética empresarial” asumidos por el sector.

Este enfoque se fue superando a medida que la jurisprudencia incorpora la perspectiva de género en sus análisis. Así, la STS de 19 de abril de 2011 (RJ 2011/2309) representa un punto de inflexión: en este caso, el tribunal declaró discriminatoria la imposición de un uniforme tradicionalmente femenino -falda, cofia y delantal- a enfermeras y auxiliares de enfermería, sin permitirles optar por el pijama sanitario, disponible para sus colegas varones. La sentencia afirmó que no existía una justificación objetiva ni razonable, y que la medida, además de desproporcionada, reproducía estereotipos de género en el ámbito sanitario.

Este cambio refleja la transición hacia una lectura material del principio de igualdad. Ya no basta con comprobar la existencia formal de normas simétricas: es preciso evaluar su impacto real, especialmente cuando la medida impuesta genera una carga simbólica, física o funcional específica para uno de los sexos/géneros. Se impone así un escrutinio reforzado sobre cualquier directriz empresarial que pueda entrañar una diferenciación lesiva, desplazando el análisis desde las convenciones sociales hacia la exigencia de proporcionalidad y razonabilidad.

Aunque puede decirse que la jurisprudencia menor ha seguido esta evolución, se encuentran pronunciamientos que no acaban de integrar la perspectiva de género. La STSJ de Madrid 260/2015, de 17 de marzo (AS 2015/1317) declaró ilícita la exigencia de llevar tacones como parte del uniforme femenino impuesto a una guía de Patrimonio Nacional. El tribunal entendió que la medida vulneraba la dignidad personal de la trabajadora, sin que existiera justificación funcional suficiente. Sin embargo, la STSJ de Cataluña 954/2023, de 13 de febrero (AS 2023/741) analizó la obligación impuesta a trabajadoras y trabajadores de utilizar camisetas promocionales con inscripciones situadas a la altura del pecho y concluyó que no existía discriminación directa ni indirecta, ignorando absolutamente el contexto de cosificación simbólica que esta medida podía implicar para las trabajadoras⁶.

Estas resoluciones reflejan una tensión estructural todavía presente entre el poder empresarial y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, donde las normas aparentemente neutras pueden generar efectos diferenciados si no se consideran los estereotipos de género aún vigentes.

En este contexto evolutivo, la STC 67/2022 introduce un elemento discursivo relevante: reconoce por primera vez que la forma de vestir, así como otros elementos de la apariencia personal, forman parte del derecho a la propia imagen protegido por el art. 18.1 CE, en conexión con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Esta sentencia marca una ruptura con la doctrina previa del Tribunal, que, como en la

⁶ La inscripción era EVOLOGIC “Pregúntame por el carburante más avanzado del mercado” y, al decir de la sección sindical que solicitaba su retirada, propiciaba miradas hacia el pecho de las mujeres.

STC 170/1987, había excluido la apariencia física del ámbito protegido por la imagen personal, remitiéndola al derecho a la intimidad o a la sujeción a los límites del entorno profesional.

La novedad de la STC 67/2022 reside en que asume la dimensión expresiva de la apariencia externa como proyección de la identidad del individuo, y en especial, de su identidad de género. Aunque su valor como precedente ha sido debatido (al no haber sido dictada por el Pleno, lo que debilita su autoridad conforme al art. 13 LOTC), representa una reinterpretación constitucional de los derechos en juego, que obliga a reconfigurar los límites del poder de dirección en clave de autonomía personal⁷.

En suma, la evolución de la jurisprudencia española muestra una tendencia clara hacia una protección más robusta de los derechos fundamentales en el ámbito de la apariencia laboral, y especialmente cuando las decisiones empresariales imponen cargas diferenciadas por razón de género sin justificación razonable. Esta evolución impulsa una interpretación constitucional que reconoce el derecho a configurar la propia apariencia como contenido protegido y exige que las empresas legitimen sus exigencias estéticas con criterios objetivos, funcionales y respetuosos con la igualdad sustantiva.

⁷ En este sentido NARANJO DE LA CRUZ, R. “Definición de la apariencia personal y derecho a la propia imagen. Consideraciones críticas sobre la creación de un nuevo derecho”, *TRC*, nº 54, 2024, pp.257 y ss.

La discriminación interseccional como límite a las políticas de neutralidad religiosa en la empresa

MARÍA OTERO RUIZ DE ALEGRÍA

*Profesora Ayudante
Universidad Complutense de Madrid*

I. Introducción

El Derecho del Trabajo, en tanto que mecanismo reequilibrador de la relación laboral es, en esencia, un “sistema de progresiva contención del poder empresarial”¹ que, en consecuencia, se encuentra atravesado por la necesidad de armonizar las necesidades económico-productivas de la empresa y las garantías socio-jurídicas de las personas trabajadoras. En este juego de poderes y contrapoderes, el contrato de trabajo se desenvuelve en una constante tensión dialéctica entre el poder de dirección del empleador y los derechos de los trabajadores, expuestos de manera permanente a posibles vulneraciones².

Dada su permanente confrontación, el contenido de los poderes empresariales y de los derechos de las personas trabajadoras -tanto ordinarios como fundamentales- se construye simultánea y recíprocamente. Así, atendiendo a los derechos fundamentales y, dentro de estos, a los de naturaleza inespecífica, se observa que a la vez que el poder de dirección queda restringido por su existencia, estos también quedan afectados por las singularidades del vínculo laboral y el legítimo ejercicio de las facultades directivas de la empresa. Entre estos, dada la frecuencia con la que se activa frente al ejercicio

¹ MONTROYA MELGAR, A.: “El poder de dirección empresarial”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAS, F. A. (Dirs.), *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales* Aranzadi, Zizur Menor, 2011. p. 33. Ello en referencia a ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 6ª Ed, Civitas, Madrid, 2002. p. 523.

² Y ello “no por considerar tales poderes como intrínseca y ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por el hecho cierto de que la lógica empresarial (sus principios y valores) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo así su desarrollo”. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona” *Relaciones Laborales*, (8), 1990, pp. 8-9.

antijurídico del poder empresarial, destaca el derecho a la no discriminación, que viene a impedir que el ejercicio de las facultades directivas del empresario reproduzca las distintas formas de subordinación presentes en la sociedad.

Impulsada por la creciente conciencia de la sutileza con la que se manifiesta la discriminación en sentido social, la prohibición de discriminación, desde que alcanzara sustantividad propia y se desligara parcialmente del derecho general a la igualdad, ha ido adquiriendo mayor complejidad y evolucionado de manera expansiva. Este desarrollo se refleja, por un lado, tanto en la diversificación de sus manifestaciones -discriminación directa, indirecta, por asociación, por error, múltiple, interseccional, etc.- como en el reconocimiento progresivo de nuevas causas de exclusión social que fundamentan su aplicación (enfermedad, aspectismo, pobreza, etc.) e incluso en la transformación de su finalidad, ya que de ser un principio garante de la igualdad de trato en sentido formal, se ha impregnado de una idea sustantiva -e incluso transformativa- de la igualdad.

En este marco de ampliación conceptual, se vuelve esencial reflexionar sobre el modo en que dicha evolución incide en la redefinición de las fronteras jurídicas del poder de dirección empresarial pues, desde que el profesor Montoya Melgar planteara un desarrollo teórico de esta facultad en el año 1965, han acontecido innumerables cambios.

Dada la centralidad de la normativa de la Unión Europea en el desarrollo del derecho a la no discriminación, resulta necesario examinar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto los conflictos entre el poder de dirección empresarial -amparado en la libertad de empresa- y la libertad religiosa y el derecho a la igualdad de los trabajadores en aquellas situaciones donde se imponen políticas de neutralidad religiosa. Aunque el TJUE ha elaborado una amplia jurisprudencia al respecto³, el análisis se centrará en el caso *LF vs SCRL*⁴, al ser esta la decisión más reciente en el ámbito privado e introducir matices respecto a pronunciamientos previos. Sobre esta base, se abordará cómo la perspectiva interseccional de la discriminación redefine los límites de las facultades empresariales para prohibir la manifestación externa de símbolos religiosos.

No obstante, ello exige primeramente revisar la noción misma de poder de dirección empresarial y su vinculación con esta problemática.

II. El concepto de poder de dirección empresarial según el profesor Montoya Melgar y su vinculación con la prohibición del velo islámico en el entorno empresarial

En su obra del año 1965, el profesor Montoya Melgar define el poder de dirección del empresario como una noción unificadora del *“conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la*

³ En referencia a las SSTJUE *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV*, (C-157/15), de 14 Marzo de 2017; *Asma Bougnaoui v. Micropole SA*, (C-188/15), de 14 de marzo de 2017 y *IX v. WABE eV and MH Müller Handels GmbH v. MJ*, (C-804/18 y C-341/19), de 15 julio 2021.

⁴ STJUE *L.F. v SCRL*, (C-344/20), de 13 octubre 2022.

empresa”⁵. Desde esta perspectiva, el poder de dirección es, en esencia, un “instrumento de especificación de la prestación laboral”⁶.

De acuerdo con Montoya Melgar, este poder se fundamenta materialmente tanto en la naturaleza de la relación laboral como en la necesidad de organizar la empresa. Desde la perspectiva del segundo de los fundamentos, el poder de dirección resulta un elemento imprescindible de la organización empresarial, dado que aspira ordenar la ejecución de la pluralidad de contratos de trabajo en aras de la consecución de la finalidad productiva de la empresa.

Bajo el prisma de la organización empresarial, la prohibición de exhibir simbología religiosa en el ámbito laboral se configura como una manifestación del poder de dirección, vinculada a decisiones de carácter organizativo y comercial que buscan proyectar una determinada imagen empresarial. Ciertamente, sin perjuicio de que puedan figurar en el contrato de trabajo, este tipo de prohibiciones suelen caracterizarse por su unilateralidad⁷, manifestándose mediante cláusulas de adhesión, políticas generales de neutralidad o a través de órdenes específicas dirigidas a situaciones concretas.

En cuanto a su fundamento jurídico, el poder de dirección del empresario se encuentra amparado en primera instancia por la libertad de empresa que, a nivel comunitario, queda consagrada en el artículo 16 de la CDFUE. De acuerdo con el profesor Montoya, la libertad de empresa otorga al empresario un “espacio irreducible de autonomía en la organización empresarial”⁸ que, entre otras funciones, puede utilizarse para establecer normas internas de funcionamiento de la empresa. En cualquier caso, esta autonomía empresarial derivada de la libertad de empresa, está limitada por los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que exige una actividad de ponderación en caso de conflicto, tal y como se aprecia en el caso que se expone seguidamente.

III. Análisis del asunto LF vs SCRL

1. Supuesto de hecho

El caso se refiere a una estudiante musulmana que, tras haber recibido una respuesta positiva, fue excluida del acceso a unas prácticas no remuneradas en la cooperativa belga SCRL como consecuencia de haberse negado a retirar el velo islámico, contraviniendo con ello las exigencias del reglamento interno de neutralidad de la empresa, que prohibía toda manifestación religiosa, filosófica o política. Ante la

⁵ MONTOTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1995. p. 44.

⁶ *Op. cit.* p. 17.

⁷ Cuestión esta que no es baladí, ya que como se afirma “En estos casos la exigencia de límites, de justificación, racionalidad y proporcionalidad del uso unilateral de los poderes empresariales debe ser singularmente estricta.” MONEREO PÉREZ, J.L.: “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a “convicciones religiosas, filosóficas o espirituales”: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta”, *Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.

⁸ MONTOTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección empresarial”, *op. cit.* p. 31.

negativa empresarial de aceptar la alternativa propuesta de hacer uso de una cobertura más discreta, la estudiante interpuso una demanda ante los tribunales belgas aduciendo una situación de discriminación en virtud de la Directiva 2000/78/CE.

2. Cuestiones que se plantean ante el TJUE

A la luz de los hechos descritos, el tribunal remitente planteó tres cuestiones principales:

- a) Si las palabras “religión o convicciones” del artículo 1 de la Directiva 2000/78 constituyen una única causa de discriminación o si, por el contrario, deben entenderse como causas separadas, dado que de esta distinción depende el término de comparación del trato desfavorable.
- b) En caso de considerarse un único motivo, si el artículo 8.1 permite a los Estados diferenciar entre “creencias religiosas” y “convicciones políticas”, al poder interpretarse esta separación como una “disposición más favorable” que ampliaría la protección antidiscriminatoria.
- c) Si un reglamento empresarial interno que prohíbe toda manifestación externa de convicciones religiosas, filosóficas o políticas configura una discriminación directa respecto de quienes desean portar signos con connotación religiosa. Para abordar este último aspecto, el órgano judicial propone diversos términos comparativos frente al perjuicio sufrido por la estudiante musulmana: a) trabajadores sin convicciones religiosas, filosóficas o políticas que, por consiguiente, no encuentran necesidad de exteriorizarlas mediante signos; b) trabajadores con convicciones filosóficas o políticas cuya necesidad de expresarlas públicamente mediante signos es menor o nula; c) trabajadores que profesan una religión -sea distinta o la misma- pero con escasa o nula necesidad de expresarla públicamente mediante signo; d) trabajadores que usan una misma vestimenta a la prohibida por motivos ajenos a la religión; e) trabajadores que, teniendo las mismas convicciones, optan por manifestarlas mediante la barba, que no está prohibida por la norma interna.

3. Fallo y fundamentación jurídica

En respuesta a la primera de las cuestiones, atendiendo a la literalidad del art. 19 TFUE y art. 1 de la Directiva 2000/78 y en línea con la posición establecida en los casos *Wabe* y *Müller*, el TJUE interpreta que “religión” y “convicciones” constituyen un único motivo de discriminación (párr. 26), aunque diferenciado de la “opinión política” regulada en el artículo 21 de la CDFUE. Por tanto, el ámbito de la Directiva 2000/78 se limita a convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, quedando fuera otras creencias políticas, sindicales o artísticas. En cualquier caso, en la contestación al segundo de los puntos planteados, se precisa que esta concepción unitaria no impide utilizar como término de comparación a trabajadores con convicciones espirituales de naturaleza distinta a la religiosa e incluso a trabajadores con las mismas u otras convicciones religiosas (párr. 59). Por tanto, el TJUE abre la puerta a la utilización de términos comparativos intragrupales, mostrando “una mayor sensibilidad hacia

las desventajas menos visibles” y extendiendo la protección antidiscriminatoria a “*las personas menos privilegiadas dentro de un grupo determinado*”⁹.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE sostiene que el artículo 1 de la Directiva impide que los Estados separen “creencia religiosa”, “convicción filosófica” y “convicción política” como motivos distintos, ya que ello desvirtuaría el texto, el contexto y la finalidad de la norma, debilitando su efecto útil en materia de igualdad de trato en el empleo y generando subgrupos con diferentes niveles de protección (párrs. 54-55).

En cuanto a la tercera cuestión, el Tribunal reitera que una prohibición empresarial de manifestar convicciones no constituye discriminación directa siempre que se aplique de manera general, indiferenciada y uniforme a todos los trabajadores de la empresa (párr. 33) y no se dirija a símbolos concretos (caso *Müller*). De este modo, rechaza que la prohibición empresarial suponga una diferencia de trato fundamentada en la religión, pues afecta a cualquier persona que posea convicciones religiosas, filosóficas o espirituales (párr. 34).

No obstante, reconoce que tales prohibiciones pueden dar lugar a discriminación indirecta cuando generan una desventaja particular en determinados grupos religiosos o que sostengan determinadas convicciones. En estos casos, en línea con el estándar de justificación que permite la discriminación indirecta [art. 2.2 b)], la prohibición empresarial sería lícita únicamente si responde a una finalidad legítima y se articula a través de medios adecuados y necesarios (párrs. 37 y 38).

Sin perjuicio de que estos extremos deban ser valorados por los órganos nacionales, el TJUE establece, no obstante, pautas generales para reconocer la justificación objetiva de la diferencia de trato. Recogiendo la matización que hizo en el caso *WABE y Müller*, señala que la mera voluntad de garantizar la neutralidad en la empresa no basta para constituir una finalidad legítima, debiendo acreditarse una necesidad empresarial real (párr. 40). En cuanto al cumplimiento de la proporcionalidad, mantiene lo señalado en *Achbita y Bougnoui*: la medida solo será adecuada si prohíbe todos los signos visibles; se aplica de forma coherente y sistemática; se limita a trabajadores con contacto con clientes y no existen alternativas menos restrictivas que permitan compatibilizar las creencias religiosas con la imagen neutral de la empresa, en línea con el principio de acomodación razonable.

IV. Una perspectiva interseccional frente a las políticas empresariales de neutralidad religiosa

Frente al criterio marcadamente formalista que el TJUE adopta al aplicar las categorías de discriminación directa e indirecta, resulta conveniente plantear una aproximación sustantiva que atienda a la incidencia de los ejes de género y raza o etnia en el supuesto analizado, dado que las políticas de neutralidad religiosa no afectan de manera homogénea a todos los grupos sociales, siendo especialmente perjudiciales para las mujeres musulmanas.

⁹ ABOGADA GENERAL MEDINA, L.: *Conclusiones en el caso L.F. v SCRL* (Asunto C-344/20, ECLI:EU:C:2022:328), 2022. Párr. 39.

Como categoría que articula la interseccionalidad en el ámbito jurídico¹⁰, la noción de “discriminación interseccional”, se entiende como aquel trato desfavorable -directo o indirecto- que tiene lugar como consecuencia del vínculo sinérgico entre las distintas causas de discriminación, generándose un supuesto de discriminación cualitativamente distinto, irreducible a la consideración aislada de cada una de las causas¹¹. En la medida en que el TJUE no reconoce esta figura¹², resulta necesario examinar cómo su integración podría haber incidido en la delimitación de los supuestos de discriminación directa o indirecta.

1. Discriminación directa

A pesar de la posición que mantiene el TJUE, existen sólidos argumentos para considerar que el trato desfavorable trae su causa directamente en la interconexión entre la religión-género- raza que enfrentan las mujeres musulmanas, pudiendo entenderse que se trata de una discriminación directa encubierta de naturaleza interseccional¹³. Ello, en último término, contribuiría a aumentar el estándar de protección, pues la discriminación directa, a diferencia de la indirecta, no admite ponderaciones. De acuerdo con la doctrina, se está frente a un caso de discriminación directa oculta “*cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida solo pueden ser cubiertos por personas de un grupo determinado*”¹⁴. A partir de este concepto, debe analizarse en qué medida estas políticas implican en realidad la exclusión de las mujeres musulmanas.

Al respecto, cabría plantearse si estas políticas, presentadas como neutras, responden en realidad a una construcción socio-cultural¹⁵ de raíz cristiana que naturaliza la distinción entre el ámbito interno y externo de la fe y que no tiene lugar en otras confesiones. Desde esta perspectiva, la neutralidad empresarial podría operar como un criterio que, lejos de ser equidistante, reproduce un modelo cultural mayoritario y que perjudica a quienes practican religiones cuyo dogma exige la manifestación visible

¹⁰ ATHREY. S.: *Intersectional discrimination*. Oxford, 2019. p.2.

¹¹ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN GENDER EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION & FREDMAN, S. *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Publications Office, 2016, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/241520>. pp. 27 y ss.

¹² STJUE *Parris vs David L. Parris v Trinity College Dublin and Others* (C-443/15), 24 de Noviembre 2016, párrs. 80 y 81. Y ello aún cuando, en el caso que se referencia, no acontecían ninguna de las limitaciones que presenta el Derecho antidiscriminatorio de la UE para el reconocimiento de este tipo de discriminación (i.e fragmentación de la normativa, niveles de protección distintos), ya que confluían causas de discriminación reconocidas en la misma Directiva, para un mismo ámbito y no entraban en juego ninguna de las justificaciones. ATREY S.: “Illuminating the CJEU’s Blindspot of Intersectional Discrimination” *Industrial Law Journal*, núm. 278, 2018.

¹³ CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: “El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 577-613. p. 591.

¹⁴ CAAMAÑO ROJO, E. “La discriminación laboral indirecta”, *Revista de Derecho*, núm. 12, 2001, p. 71.

¹⁵ TOURKOCORITI, I.: “Is Neutrality Possible? A Critique of the CJEU on Headscarves in the Workplace from a Comparative Perspective” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 71, Núm. 2, 2023, pp. 444-485, p. 467.

de símbolos¹⁶, colocando a estas personas en una situación de desventaja en la cual deben enfrentarse a la disyuntiva de mantener su fe o conservar el empleo. En última instancia, la religión, al igual que el género y la raza, no es un atributo del que los individuos pueden despojarse por propia voluntad en tanto que parte integral de la identidad del ser humano.

Además, el análisis interseccional revela que, dentro de determinados grupos religiosos minoritarios, las mujeres son las que padecen principalmente las consecuencias de estas políticas empresariales, pues son muchas las sociedades que hacen recaer sobre este *la mayor parte de la responsabilidad en la expresión de la identidad grupal y de la tradición compartida*¹⁷. A ello se suma que la simbología religiosa, en particular el velo islámico, opera como un “poderoso significante de cultural de la alteridad”¹⁸, intensificando así los prejuicios y estereotipos que motivan o refuerzan estas prohibiciones en función de la raza o etnia. En la misma línea incidiría la trayectoria migratoria que suelen tener gran parte de las mujeres afectadas¹⁹. En cuanto a la incidencia del componente étnico en estos casos, cabría cuestionarse si la conducta empresarial sería la misma si la cobertura tuviera fines meramente estéticos y no denotara la práctica una religión minoritaria²⁰, siendo evidentes en consecuencia los estereotipos de religión-género y etnia que subyacen al presente caso.

A mayor abundamiento, la reiterada afectación de las mujeres musulmanas en los casos planteados ante el TJUE en los que se alega el carácter discriminatorio de las políticas de neutralidad empresarial, evidencia la estrecha vinculación entre estas y la exclusión de este colectivo²¹.

En definitiva, la aplicación de esta perspectiva sugiere que, en última instancia, las políticas de neutralidad religiosa, aunque formuladas de manera general e

¹⁶ MARÍN AÍF, J.R.: “Freedom of Religion in the Workplace v. Freedom to Conduct a Business, the Islamic Veil Before the Court of Justice Ms. Samira Achbita Case”, *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 3, Núm. 1, 2018, pp. 409-417. p. 416.

¹⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “El género como categoría y las categorías del género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2016, pp. 79-112, p. 109. Se ha llegado a afirmar así que “Lo que siempre es inequívocamente un signo del patriarcado es que a las mujeres, por ley, se las obligue a vestirse (o a no hacerlo) de determinada manera y sean multadas o encarceladas si no lo hacen”. RAMÍREZ, A.: “El burkini: totalitarismo, patriarcado y xenofobia en la Europa de las libertades” Coordinadora Feminista, accesible en: <https://www.feministas.org/el-burkini-totalitarismo.html>.

¹⁸ BILGE, S: “Beyond Subordination vs. Resistance: An Intersectional Approach to the Agency of Veiled Muslim Women.”, *Journal of Intercultural Studies* Vol. 31, 2010, pp. 9-28. p.9. SCHIEK, D. (2018). “On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)”. *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol.8, núms. 2-3, 2018, pp. 82-103. p. 97.

¹⁹ XENIDIS, R: “Intersectionality from Critique to Practice: Towards An Intersectional Discrimination Test in the Context of ‘Neutral Dress Codes”” *European Equality Law Review*, Num. 2, 2022. p. 8.

²⁰ En este sentido, se sugiere que estas prácticas empresariales revelan estereotipos y prejuicios construidos en la intersección entre religión, género y raza, lo cual resulta especialmente relevante, pues el TJUE en el asunto CHEZ subrayó que, para aplicar la categoría de discriminación directa, debe considerarse el papel que desempeñan dichos estereotipos y prejuicios. DUBE, N.: “OP v. Commune d’Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol 31, Núm.3, 2024. p.7.

²¹ *Op.cit.* p. 443.

indiferenciada resultan similares a aquellas que, como en el caso *Müller*, prohíben símbolos conspicuos y de gran tamaño²², funcionando ambas como “proxies” o criterios de sustitución de los motivos religión-género-raza y justificando en ese sentido la aplicación de la categoría de discriminación directa. Asimismo, la consideración del eje género y raza, llevarían a la aplicación de estándares de protección más elevados, como los que ofrecen las Directivas 2006/54 y 2000/43.

2. Discriminación indirecta

Bien podría sostenerse que el vínculo entre las políticas de neutralidad y la exclusión de mujeres musulmanas es de naturaleza estadística y no causal, lo que situaría el análisis en la categoría de discriminación indirecta. Desde esta perspectiva, la apreciación del carácter interseccional de la discriminación, permitiría no solo identificar con mayor precisión al grupo afectado, sino también exigir un estándar más riguroso a la hora de apreciar la justificación objetiva del impacto adverso. Así, junto con el resto de argumentos que sustentan la excesiva laxitud con la que el TJUE ha apreciado la existencia de una justificación objetiva señalados por la doctrina²³, la interseccionalidad - e incluso el enfoque múltiple- vendría a exigir un estándar de ponderación más riguroso en los casos en que las políticas de neutralidad religiosa excluyen a grupos sociales que enfrentan diversas barreras en tanto que afectados por varios factores de discriminación²⁴. En este caso, cabría preguntarse si el impacto y dificultades específicas que imponen sobre el grupo de mujeres religiosas y que pertenecen a una minoría étnica resultan o no desproporcionadas en relación con el interés empresarial de proyectar una determinada imagen hacia su clientela.

V. Conclusiones

De acuerdo con la doctrina del TJUE, la imposición de políticas de neutralidad ideológica religiosa en la empresa resulta legítima siempre y cuando: se formulen de manera genérica y sin establecer prohibiciones específicas hacia determinada simbología; se apliquen de forma uniforme y sistemática a toda la plantilla; respondan a una necesidad genuina del empleador y sean establecidas por medios necesarios y adecuados, lo que exige limitar su aplicación a personas trabajadoras en contacto con el público y procurar con carácter previo un acomodo razonable del puesto de trabajo.

Frente a la posición adoptada hasta ahora por el TJUE, la interseccionalidad como herramienta de análisis de la discriminación propicia una redefinición del modo en que debe resolverse la tensión entre el poder de dirección empresarial, amparado por la libertad de empresa, y los derechos de los trabajadores a la libertad religiosa y a la igualdad y no discriminación. En los términos expuestos, la incorporación de distintos ejes de discriminación en la valoración jurídica, visibiliza nuevas circunstancias

²² HOWARD, E. (2020). Headscarves return to the CJEU: Unfinished business. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27, Núm. 1, 2020, 10-28.

²³ Ver HOWARD, E.: *Headscarves and the Court of Justice of the European Union: an analysis of the case law*. Routledge, 2024, pp. 90 y ss.

²⁴ FRANTZIOU, E.: “Joined Cases C-804/18 and C-341/19, IX v Wabe eV and MH Muller Handels GMBH v MJ: Religious Neutrality in a Private Workplace? Employer Friendly and Far from Neutral”. *European Law Review*, Vol. 46, Núm. 2021, 674-684, p. 681.

que podrían incidir en la calificación del carácter discriminatorio de la conducta empresarial. No obstante, dada la complejidad de la herramienta analítica aquí introducida, esta redefinición debe garantizar que la normativa antidiscriminatoria mantenga su función preventiva y ofrezca criterios claros, evitando ambigüedades sobre las conductas prohibidas.

A modo de corolario, resulta particularmente esclarecedora la reflexión del profesor Montoya Melgar, quien ya en el año 2000, si bien no en referencia específica al fenómeno religioso, avizoraba la tensión entre las políticas empresariales que pretenden la integración de los trabajadores en la “cultura organizativa de la empresa” y la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Siguiendo las palabras del profesor, a la vista de la creciente heterogeneidad y pluralidad del mercado de trabajo, cabría concluir que *“el análisis de estos y otros aspectos del nuevo trabajo, y su valoración desde el punto de vista del Derecho, requerirá uno de los esfuerzos prioritarios que esperan a los juristas del emergente siglo XXI”*²⁵

²⁵ MONTOKA MELGAR, A. “El poder de dirección del empresario (art. 20)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 100, 2000, 575-596, pág. 585.



17

IMPOSICIÓN DE SANCIONES

El poder disciplinario y sus límites: análisis de la STS 2827/2025, de 11 de junio

FRANCISCO VILA TIERNO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
Consejero (experto) del Consejo Económico y Social de Andalucía*

No tienes que ser grande para empezar, pero tienes que empezar para ser grande
Zig Ziglar

I. Introducción

El poder disciplinario del empresario constituye una de las manifestaciones más relevantes del poder de dirección en el ámbito de las relaciones laborales. Su ejercicio, sin embargo, no se encuentra exento de límites, tanto legales como jurisprudenciales. Límites que buscan garantizar el respeto a los derechos fundamentales del trabajador y preservar el equilibrio en la relación laboral.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2827/2025, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2827), dictada por la Sala de lo Social, ofrece una oportunidad singular para reflexionar sobre los requisitos formales que deben observarse en la imposición de sanciones disciplinarias, así como sobre las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. En este caso, lo que se plantea es la relajación de determinadas condiciones que sitúan a la persona trabajadora en una situación de incertidumbre e inseguridad frente a un reforzamiento ilimitado del poder empresarial.

La sentencia objeto de análisis resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Consorci Sanitari Integral, en calidad de empleador, en relación con una sanción de suspensión de empleo y sueldo por sesenta días impuesta a un trabajador, cuya fecha de cumplimiento se dejaba a la libre determinación de la dirección empresarial (citando como sentencia de contraste la STSJ Andalucía 871/2012, de 14 de marzo (rec. 1669/2010). El Tribunal Supremo, confirmando la

resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -STSJ Cataluña 1875/2023, de 20 de marzo (rec. 5709/2022)-, declara la nulidad de la sanción por inobservancia de los requisitos formales exigidos por el artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 115.1 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)¹.

Este pronunciamiento se inscribe en una línea jurisprudencial que, desde la STS de 15 de septiembre de 1988 (expresamente citada en la anterior), ha venido delimitando los contornos del poder disciplinario, especialmente en lo que respecta a la exigencia de certeza en la fecha de efectos de la sanción.

La doctrina del Maestro Montoya Melgar, cuya obra sobre el poder de dirección del empresario ha sido referencia obligada desde su publicación en 1965, resulta particularmente pertinente para enmarcar el análisis de esta resolución judicial como, en general, cualquier otra materia relacionada o vinculada con el poder de dirección o sus manifestaciones². Siguiendo esta doctrina, se puede afirmar que el poder disciplinario, aunque legítimo, debe ejercerse con pleno respeto a los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, y que cualquier desviación de estos principios podía comprometer la validez de la sanción impuesta.

La relevancia de la STS 2827/2025, de 11 de junio, no se limita al caso concreto que resuelve, sino que proyecta sus efectos sobre la interpretación de los requisitos formales de las sanciones disciplinarias con referencia al respeto de los derechos básicos del trabajador. En particular, la sentencia establece que no es conforme a derecho dejar el cumplimiento de una sanción a la mera voluntad del empleador, sin fijar un criterio objetivo que permita al trabajador conocer con certeza cuándo comenzará a cumplir la sanción. Esta exigencia de certeza se vincula directamente con el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, y con el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 CE.

Desde una perspectiva sistemática, el poder disciplinario debe entenderse como una manifestación del poder de dirección, pero también como una facultad que se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico y por los derechos fundamentales del trabajador. La jurisprudencia ha insistido en que el ejercicio de este poder no puede realizarse de forma arbitraria ni desproporcionada, y que cualquier sanción debe estar debidamente motivada, comunicada por escrito y con indicación clara de los hechos que la justifican y de la fecha en que surtirá efectos.

En este sentido se pretende, en primer lugar, delimitar, brevemente, el concepto y fundamento del poder disciplinario como manifestación del poder de dirección empresarial, con especial atención a su vinculación con la doctrina del Profesor

¹ La sentencia también rechaza la pretensión de la empresa de introducir un nuevo hecho probado en el recurso de suplicación, en el que se indicaba que la sanción se haría efectiva cuando la resolución del procedimiento adquiriera firmeza. El Tribunal considera que esta alegación no se corresponde con el documento aportado, y que, en todo caso, no fue incluida en la comunicación inicial de la sanción. Esta circunstancia refuerza la idea de que los requisitos formales deben cumplirse en el momento de la imposición de la sanción, y que no pueden subsanarse posteriormente mediante alegaciones o documentos que no fueron comunicados al trabajador en su momento.

² MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Tecnos, Madrid, 1965.

Montoya. En segundo lugar, se analizarán los límites al ejercicio de dicho poder, tanto desde la perspectiva legal como desde la óptica constitucional, y se examinará la forma en que la STS 2827/2025, de 11 de junio, contribuye a precisar dichos límites.

El objeto último es ofrecer una reflexión crítica sobre el papel de la jurisprudencia en la configuración de un modelo de relaciones laborales equilibrado, en el que el poder del empresario se ejerza con responsabilidad y respeto a los derechos del trabajador.

La elección de este tema para el homenaje al profesor Montoya Melgar no es casual. Su obra ha sido decisiva en la construcción de una dogmática laboral que reconoce la legitimidad del poder empresarial, pero que también exige su ejercicio conforme a los principios del Estado de Derecho.

En tiempos de transformación del trabajo, de nuevas formas de organización empresarial y de creciente complejidad en las relaciones laborales, resulta más necesario que nunca reivindicar una interpretación garantista del poder disciplinario, que preserve la dignidad del trabajador y asegure la justicia en el ámbito laboral.

II. El poder disciplinario como manifestación del poder de dirección

El poder disciplinario del empresario se configura como una expresión concreta del más amplio poder de dirección que le reconoce el ordenamiento jurídico laboral³. Este poder de dirección, consagrado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, habilita al empleador para organizar, controlar y sancionar la prestación laboral, siempre dentro de los límites legales, convencionales y contractuales. En este marco, el poder disciplinario, vinculado al art. 58 ET⁴, permite al empresario corregir conductas que se apartan del cumplimiento debido de las obligaciones laborales, mediante la imposición de sanciones proporcionales a la gravedad de los hechos.

Desde una perspectiva doctrinal, ha sido objeto de un tratamiento sistemático por parte de la doctrina laboralista, de manera que se ha definido que “El poder disciplinario que permite al empresario imponer al trabajador determinadas sanciones por las faltas cometidas durante la realización de su prestación laboral es una facultad empresarial inherente a su poder de dirección necesario para mantener el orden y el ritmo de trabajo en la empresa”⁵. En cualquier caso, el profesor Montoya Melgar ha sido reconocido como uno de sus principales exponentes, y aporta una visión más concreta de aspectos determinantes de esta institución. Afirma, en este sentido, que el poder disciplinario no puede entenderse como una prerrogativa arbitraria, sino como una facultad jurídica que debe ejercerse conforme a los principios del Estado de Derecho. En este sentido, el poder disciplinario se encuentra sujeto a los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, culpabilidad y garantía procedimental, todos

³ Vid. v. gr. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

⁴ Precepto que en su apartado primero dispone que “Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”.

⁵ MORENO DE TORO, C., “Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones”, *Temas Laborales* núm. 101/2009. Pág. 255.

ellos orientados a preservar la dignidad del trabajador y a evitar abusos por parte del empleador⁶. Y se corresponde con la facultad empresarial que “le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad” -STC de 21 de diciembre de 1995 (RTC 1987/206)-.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido consolidando esta visión garantista del poder disciplinario, estableciendo que su ejercicio debe respetar escrupulosamente los requisitos formales y materiales exigidos por la normativa laboral. En particular, el artículo 58.2 ET exige que la sanción de faltas graves y muy graves se comunique por escrito al trabajador, haciendo constar los hechos que la motivan y la fecha en que surtirá efectos. Esta exigencia no es meramente formal, sino que responde a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica del trabajador y su derecho a la defensa. Téngase en cuenta que se trata de un poder sometido a la revisión judicial y a la posible impugnación, habiendo asumido los diferentes caracteres del derecho sancionador y los requisitos formales que arrojan las garantías necesarias⁷.

La STS 2827/2025, de 11 de junio, como hemos adelantado, constituye un ejemplo paradigmático de cómo el Tribunal Supremo interpreta y aplica estos principios. En el caso analizado, el empleador impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo por sesenta días, pero dejó su cumplimiento a la libre determinación de la dirección, sin fijar una fecha concreta ni vincularla a un evento cierto. El Tribunal considera que esta fórmula vulnera el artículo 58.2 ET, al no permitir al trabajador conocer con certeza cuándo comenzará a cumplir la sanción, lo que impide el ejercicio efectivo de su derecho a la impugnación.

La sentencia se apoya en una consolidada doctrina jurisprudencial, iniciada, como ya hemos señalado, con la STS de 15 de septiembre de 1988, que admite la posibilidad de posponer el cumplimiento de la sanción a la firmeza de la resolución o al transcurso del plazo de impugnación, pero siempre que se indique un criterio objetivo y verificable. En cambio, dejar el cumplimiento a la mera voluntad empresarial supone una vulneración del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE. Precisamente la inmediatez que le reconoce el Tribunal Constitucional no casa con la posibilidad de retraso indefinido.

Desde el punto de vista de la dogmática laboral, el poder disciplinario debe ser entendido como una facultad reglada, no discrecional. Esto implica que su ejercicio debe estar sometido a controles tanto internos (por parte de los órganos de representación de los trabajadores) como externos (por parte de la jurisdicción social). La existencia de convenios colectivos que regulan el régimen disciplinario, estableciendo una

⁶ MONTOTOY MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Loc. cit.

⁷ Un ejemplo de la aplicación práctica en MONEREO PÉREZ, J. L., “Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 10/2023.

tipificación de faltas y sanciones, refuerza esta idea de que el poder disciplinario no puede ejercerse de forma arbitraria⁸.

De este modo, aunque quepa una sanción, que puede estar perfectamente razonada por quedar acreditada una infracción laboral -tipificada en su caso, por el convenio colectivo aplicable *v. gr.* por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza-no se justifica su indeterminación absoluta, aun cuando no venga expresamente señalado el plazo para el cumplimiento de aquella sanción. Y así, podemos afirmar que, aunque el contenido material de la sanción pueda estar justificado, su forma de imposición debe respetar los requisitos legales, ya que, la ausencia de ellos puede implicar el reconocimiento de nulidad. Esta distinción entre contenido y forma es esencial para comprender la lógica del control judicial del poder disciplinario.

La doctrina del Tribunal Supremo, por su parte, también ha insistido en la necesidad de motivar adecuadamente las sanciones, indicando con precisión los hechos que las justifican y su calificación jurídica. La falta de motivación o la ambigüedad en la descripción de los hechos puede dar lugar a la nulidad de la sanción, por vulneración del derecho de defensa del trabajador. En este sentido, la STS 2827/2025, de 11 de junio, reafirma que la comunicación de la sanción debe ser clara, precisa y completa, incluyendo todos los elementos necesarios para que el trabajador pueda impugnarla con conocimiento de causa. Ello supone, como nos dice el fallo, que “no hay obstáculo para posponer el cumplimiento de la sanción a que haya transcurrido su plazo de impugnación o a su firmeza, lo que no resulta razonable, sino patentemente desproporcionado y desequilibrado”.

Otro aspecto relevante del poder disciplinario es su relación con los derechos fundamentales del trabajador. Y es que las sanciones no pueden fundarse en hechos que impliquen una vulneración de derechos como la intimidad, la libertad de expresión o la libertad sindical. En el caso analizado, aunque no se plantea directamente una cuestión de derechos fundamentales, pero ello no evita que el Tribunal Supremo siga defendiendo que el ejercicio del poder disciplinario debe realizarse con respeto a la dignidad del trabajador y a los principios constitucionales que rigen la relación laboral, evitando fórmulas que generen incertidumbre o inseguridad sobre su situación laboral. Todo ello, como se desprende de una sentencia que evita que se desconozcan plenamente derechos básicos del trabajador.

III. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO Y LA SUJECCIÓN DEL EMPLEADOR A LOS MISMOS

El poder disciplinario, ya hemos visto que se reconoce como manifestación del poder de dirección empresarial, pero no se configura como una facultad ilimitada ni discrecional. Por el contrario, su ejercicio está sujeto, como decíamos, a una serie de límites legales, jurisprudenciales y constitucionales que buscan garantizar el respeto a los derechos del trabajador y evitar situaciones de abuso o arbitrariedad. Estos límites operan como contrapesos necesarios en el marco de una relación laboral caracterizada

⁸ Vid. *v. gr.* de manera ya clásica: CASTRO ARGUELLES, M. A., *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

por la desigualdad estructural entre las partes, y su observancia constituye una exigencia ineludible para la validez de cualquier sanción disciplinaria.

Uno de los principales límites al poder disciplinario lo constituye el principio de legalidad. Conforme al artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario solo puede sancionar a los trabajadores por incumplimientos contractuales que estén tipificados como faltas en la normativa legal, convencional o contractual aplicable. Esta exigencia de tipicidad implica que no pueden imponerse sanciones por conductas que no estén previamente definidas como infracciones, lo que garantiza la previsibilidad y la seguridad jurídica en el ámbito laboral. En este sentido, el poder disciplinario no puede convertirse en un instrumento de represión arbitraria, sino que debe ejercerse dentro de los márgenes establecidos por el ordenamiento jurídico⁹.

Otro límite relevante es el principio de proporcionalidad. La sanción impuesta debe guardar una adecuada relación con la gravedad de la conducta infractora, evitando respuestas desmedidas que puedan vulnerar la dignidad del trabajador. La jurisprudencia ha reiterado que la proporcionalidad no solo se refiere a la adecuación entre falta y sanción, sino también a la necesidad de considerar las circunstancias personales y profesionales del trabajador, así como su historial laboral. En el caso analizado por la STS 2827/2025, de 11 de junio, aunque la conducta del trabajador -trabajar en otra empresa mientras estaba de baja médica- podría justificar una sanción, el problema no radica en la proporcionalidad de la medida, sino en la forma en que se comunicó su cumplimiento.

Por su parte, el límite que ocupa el centro del análisis en la STS 2827/2025, de 11 de junio es el respeto a los requisitos formales establecidos por la ley. El artículo 58.2 ET exige que la sanción de faltas graves y muy graves se comunique por escrito al trabajador, indicando los hechos que la motivan y la fecha en que surtirá efectos. Esta exigencia no es meramente formalista, sino que responde a la necesidad de garantizar el derecho de defensa del trabajador, permitiéndole conocer con precisión los motivos de la sanción y el momento en que comenzará a cumplirla. La falta de indicación de la fecha de efectos, o su supeditación a la voluntad unilateral del empleador, constituye una vulneración de este derecho y puede dar lugar a la nulidad de la sanción.

La STS 2827/2025, de 11 de junio reafirma esta interpretación, señalando que no es conforme a derecho dejar el cumplimiento de la sanción a la libre determinación de la dirección empresarial por desproporcionado. En el caso concreto, la empresa comunicó al trabajador que la sanción de suspensión de empleo y sueldo se cumpliría “cuando le fuera indicado por la dirección”, sin establecer ningún criterio objetivo que delimitara ese momento. El Tribunal Supremo considera que esta fórmula vulnera el artículo 58.2 ET y el artículo 115.1 d) LRJS, que establece la nulidad de las sanciones impuestas sin observar los requisitos formales legalmente establecidos o cuando estos presenten defectos de tal gravedad que impidan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos.

⁹ *Vid.v. gr.* POQUET CATALÁ, R., *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Este pronunciamiento se inscribe en una línea jurisprudencial que ha venido consolidándose en los últimos años. La STS 737/2024, de 28 de mayo (rcud 4088/2024), citada en la sentencia objeto de análisis, establece que el “*dies a quo*” para el ejercicio de la acción de impugnación de la sanción comienza en el momento en que esta es comunicada al trabajador, incluso si su cumplimiento se pospone a que la sanción alcance firmeza. Esta doctrina permite cierta flexibilidad en la fijación de la fecha de efectos, pero exige que dicha fecha esté vinculada a un evento cierto y verificable, como el transcurso del plazo de impugnación o la firmeza de la resolución. En cambio, dejar el cumplimiento a la voluntad empresarial, sin ningún criterio objetivo, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica.

Ello enlaza con la referencia a los derechos fundamentales. Desde una perspectiva constitucional, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) constituyen límites infranqueables al ejercicio del poder disciplinario. La imposición de sanciones sin indicar la fecha de efectos, o dejando su cumplimiento a la voluntad del empleador, vulnera estos principios y compromete la validez de la medida. La STS 2827/2025, de 11 de junio, aunque no evalúa la vulneración de derechos fundamentales, reafirma esta interpretación, señalando que el momento en que un trabajador estará dos meses sin trabajar ni percibir salario no puede quedar a la libre determinación de la empresa, sin ningún criterio objetivo que delimite esa decisión.

En conclusión, el poder disciplinario es una manifestación legítima del poder de dirección empresarial, pero su ejercicio está sujeto a estrictos límites legales y jurisprudenciales que exige, entre otros, el cumplimiento de los más estrictos requisitos formales. La STS 2827/2025, de 11 de junio, contribuye a precisar estos límites, reafirmando la exigencia de certeza en la fecha de efectos de la sanción y rechazando fórmulas que supediten su cumplimiento a la voluntad unilateral del empleador. De este modo, la fecha de efectos de la sanción debe estar determinada o ser determinable en función de hechos objetivos, sin que puede quedar al libre arbitrio del empleador. Esta interpretación refuerza el carácter garantista del Derecho del Trabajo y se inscribe en la tradición doctrinal iniciada por el profesor Montoya Melgar, que ha defendido siempre una concepción equilibrada del poder empresarial, compatible con el respeto a los derechos del trabajador.

Los límites temporales al poder disciplinario

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

El Derecho del Trabajo trata alcanzar un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes integrantes de la relación laboral, concediendo así una serie de amplias prerrogativas al operario (derecho al trabajo, a la libre sindicación, a la negociación colectiva, de huelga, a la participación en la empresa, a la ocupación efectiva, a la no discriminación, a la promoción profesional...), al tiempo que le impone el respeto a una serie de deberes (cumplir con las tareas propias de su puesto con diligencia y buena fe, observar las medidas de seguridad e higiene, no concurrir con la actividad de la empresa, acatar las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas...), cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanción por parte del empresario¹ en virtud y de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que hayan sido establecidas, bien por las disposiciones legales, bien por el convenio colectivo² aplicable al supuesto concreto, tal y como establece artículo 58.1 ET.

Partiendo de lo anteriormente expresado, en el origen del contrato y durante su desarrollo y prestación de servicios cabe apreciar la aparición de una evidente desigualdad genética entre las partes. El Estatuto de los Trabajadores dispone, en su artículo 20.1, la obligación del trabajador de “realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”. El reparto de poder en la relación laboral aparece, en consecuencia, indefectiblemente marcado por el diferente

¹ En general, sobre la materia, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1980.

² Supuesto este “cada vez más frecuente habida cuenta de la tendencia a sustituir aquella regulación heteronómica por la resultante de la negociación colectiva”, GÁRATE CASTRO, J.: “Sobre las facultades judiciales de reforma de las sanciones impuestas por el empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1985, pág. 47.

equilibrio de fuerzas entre empresario y trabajador como reflejo de la particular naturaleza del contrato³, en el cual las situaciones de uno y otro son marcadamente desiguales en virtud de la distinta posición económica de ambas partes y de la respectiva ubicación de estas en el propio y peculiar orden jurídico que las vincula⁴: la dependencia y subordinación de uno frente al otro⁵. Provoca, de tal forma, y “a diferencia de lo que ocurre en otras relaciones jurídicas privadas, una desigualdad jurídica y una situación de jerarquía del empresario sobre el trabajador”⁶.

Dentro de la situación general de subordinación propia del trabajador que surge de la especial relación laboral, “uno de sus elementos más significativos es precisamente la existencia de las facultades disciplinarias del empresario, evidenciadoras de su posición de supremacía”⁷. Las facultades directivas quedarían “indiscutiblemente mermadas si no se contara con el instrumento ágil y contundente del poder disciplinario”⁸, en tanto en cuanto todos los poderes empresariales carecerían de eficacia “si el empresario no tuviese la oportunidad de actuarlos coactivamente”⁹. De tal forma, la existencia del poder disciplinario resulta necesaria para que el de dirección “sea un verdadero poder jurídico”¹⁰.

El poder disciplinario¹¹ introduce un instrumento en la dinámica de la relación laboral en virtud del cual el titular de la unidad productiva puede asegurar jurídicamente su autoridad y el cumplimiento de sus órdenes y mandatos, con objeto de alcanzar el interés colectivo de la institución¹². Forma, pues, parte integrante de las prerrogativas de las cuales dispone aquel para defender la disciplina en la empresa¹³.

³ “La celebración de un contrato de trabajo... hace presentes unos poderes y facultades del empresario, situando al trabajador en posición dependiente respecto de aquél”, PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales: estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 22.

⁴ “En el cambio institucionalizado por el contrato de trabajo se da por esencia un desequilibrio entre las prestaciones respectivas de los sujetos”, CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid (Akal), 1982, pág. 102.

⁵ Entre otras, SSTCo 109 y 114/1983, de 29 de noviembre y 6 de diciembre o 99/1994, de 11 de abril.

⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: “La prestación debida”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Coord.): *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1994, pág. 609.

⁷ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1996, pág. 117.

⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: “Perfiles del poder disciplinario”, *Tribuna social*, núm. 63, 1996, pág. 10.

⁹ DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Derecho y trabajo*, Madrid (Rialp), 1979, pág. 107.

¹⁰ STS 25 mayo 1987 (RJ 3872).

¹¹ El poder disciplinario ha sido definido como “la facultad reconocida al empresario acreedor del trabajo, en virtud de la cual este puede, dentro de los límites legales y contractualmente señalados y con las garantías formalmente establecidas, imponer determinadas sanciones a los trabajadores ligados a él por un contrato laboral, cuando se den los supuestos determinantes de aquéllas”, ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo*, T. II, Barcelona (Bosch), 1960, pág. 511.

¹² DE MESQUITA, L.J.: “El poder disciplinario laboral”, *Revista de Política Social*, núm. 9, 1951, pág. 10.

¹³ STS 22 septiembre 1988 (RJ 7096).

El mantenimiento y garantía del orden¹⁴ en las relaciones laborales¹⁵, por tanto, ha llevado al legislador a dejar en manos del empresario la posibilidad de imponer sanciones de “eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad”¹⁶; evitando, así, la obligación de tener que proponerlas a una instancia externa¹⁷, en tanto en cuanto un incumplimiento laboral proveniente de un trabajador requerirá de una respuesta inmediata y no resultaría conveniente que debiera esperar los trámites -que sin duda se dilatarían en el tiempo- de un pronunciamiento sobre la cuestión del orden jurisdiccional competente en la materia¹⁸.

En cualquier caso, y como extensión del poder de dirección, la capacidad sancionadora del empleador estará sometida a sus mismos límites. Además de las restricciones que puedan establecer las disposiciones legales o la negociación colectiva, el empresario se encuentra condicionado por unas estrictas reglas de antijuridicidad, punibilidad, proporcionalidad y flexible tipicidad y, en todo caso, la calificación de faltas y el establecimiento de sanciones pueden ser revisadas ante la jurisdicción laboral¹⁹.

La unidad productiva se encuentra sujeta también a la existencia de límites temporales en el ejercicio de su poder disciplinario, por lo que la sanción debe ser impuesta dentro de un período concreto, pues a partir de un determinado momento, tendrá lugar la prescripción de las faltas, no pudiendo establecerse ya castigo alguno.

La necesidad de fijar tal plazo es indiscutible “si se tienen en cuenta, por un lado, las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, conectadas con el principio de seguridad jurídica, que imponen el ejercicio de cualquier derecho en un plazo razonable, consolidándose las situaciones e impidiendo la inestabilidad -y la litigiosidad- propia de la pendencia. Pero también la prescripción viene impuesta de un modo positivo por la propia naturaleza y función del poder disciplinario”²⁰.

¹⁴ Por cuanto “la finalidad inmediata del ejercicio del poder disciplinario es efectivamente mantener la disciplina en la empresa, sin perjuicio de que la intención mediata sea la de asegurar su buen funcionamiento, para realizar sus fines, gracias al mantenimiento interno de la disciplina”, LLUIS Y NAVAS, J.: *El régimen jurídico de facultades y deberes laborales del director de empresa*, Barcelona (CEAHE), 1979, pág. 94.

¹⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 121.

¹⁶ STCo 206/1987, de 21 de diciembre. Sobre la cuestión, también, SSTCo 81/1988 de 22 de abril o 125/1995, de 24 de julio.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, *Tribuna Social*, núm. 63, 1996, pág. 68.

¹⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao (Deusto), 1990, pág. 18.

¹⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La impugnación de sanciones en la nueva Ley de Procedimiento Laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, pág. 101.

²⁰ Habida cuenta de que el poder disciplinario, “como mecanismo de reacción punitiva, requiere, por su propia esencia, una estrecha y manifiesta conexión entre la sanción y el hecho que la motiva, que sólo así permitirá a la sanción cumplir su función disuasoria de incumplimientos futuros, individuales o colectivos”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 280-281.

De tal forma, el artículo 60.2 ET establece un plazo de prescripción de las faltas, regulando, así, el período con el cual cuenta el empresario a la hora de ejercitar el derecho que posee para determinar si una concreta conducta del trabajador resulta constitutiva de infracción de carácter laboral y, por tanto, para decidir la imposición -o no- de la correspondiente sanción disciplinaria.

La norma establece tal término en diez días para las faltas leves, para las graves en veinte y para aquellas consideradas muy graves sesenta días a partir del momento en el cual la empresa tuvo conocimiento de su comisión²¹, debiendo ser este pleno y cabal²², sin que por tal motivo puedan tener lugar prolongaciones injustificadas de los plazos mencionados²³.

En cualquier caso, prescribirán a los seis meses de haber sido cometidas²⁴, previsión establecida, evidentemente, para aquellos supuestos en los cuales el empleador no llegue a tener conocimiento de la consumación de las mismas. Se constituye así un doble sistema, a distinguir en virtud del *dies a quo* a tomar en consideración para la prescripción de la sanción.

Para el supuesto de tratarse de un incumplimiento continuado, el plazo de prescripción se iniciará desde la comisión de la última falta “a partir del momento en que cesa la intervención voluntaria en el mantenimiento de la situación”²⁵.

Por otra parte, no parece existir inconveniente alguno para que, una vez haya sido cometida la falta, el empresario notifique el hecho, posponiendo la sanción a un momento posterior²⁶.

La prescripción deberá ser formalmente invocada, temporánea y oportunamente, sin que sea posible su apreciación de oficio²⁷. Suponiendo que el hecho sancionado sea ya jurídicamente inexistente, esta circunstancia impedirá cualquier castigo basado en aquel o, en todo caso, su declaración de nulidad, en tanto “la materia disciplinaria constituye la rama penal del Derecho Laboral y si penalmente no puede imponerse sanción alguna a quién cometió un delito o falta que se encuentra prescrito, tampoco

²¹ Por conocer cabe entender que la empresa dispone de algo más que de indicios, STS 27 marzo 1984 (RJ 1616). Sobre la cuestión, también, SSTs 3 noviembre 1993 (RJ 8536), 26 diciembre 1995 (RJ 9845) o 20 marzo 1996 (RJ 2304).

²² Entre otras, SSTs 15 julio 2003 (RJ 5410/2004), 11 octubre 2005 (RJ 8007) y 8 mayo 2018. Sirva como ejemplo también un supuesto en el cual la empresa analiza el despido de un trabajador de quien se sospecha que había cometido una serie de irregularidades, pero que no tiene un conocimiento exacto hasta que no se realiza una auditoria, considerando el plazo de 60 días para sancionar por falta muy grave desde la realización de la auditoria, eso sí, siempre y cuando no hubieran transcurrido los seis meses de prescripción larga. STS 27 noviembre 2019 (RJ 5427).

²³ STS 20 marzo 1997 (RJ 2605).

²⁴ Plazo que comenzará a computar desde el momento en el cual desaparece la conducta maliciosa de ocultación, STS 12 febrero 1992 (RJ 970).

²⁵ STS 4 febrero 1991 (RJ 795).

²⁶ AA.VV. (SALA FRANCO, T., Dir.): *Relaciones Laborales (La contratación laboral, la relación laboral, la extinción del contrato, la negociación colectiva*, Valencia (Tirant lo Blanch), pág. 693.

²⁷ Entre otras, SSTSJ Cantabria 22 febrero 1991 (AS 1198), Madrid 7 mayo 1991 (AS 2925) o Cataluña 16 marzo 1995 (AS 1133).

puede derivarse en contra del trabajador efecto perjudicial alguno proveniente de una conducta laboralmente prescrita”²⁸.

La cuestión que presenta mayores problemas en este aspecto surge a raíz de la omisión de referencia alguna en el artículo 60.2 ET a la prescripción de las sanciones, habida cuenta de que la norma regula el plazo en el cual la infracción ya no podrá ser tomada en consideración, pero no se hace referencia a la existencia de un límite temporal para hacer efectiva una sanción una vez ésta ha sido determinada.

Los pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, además de escasos, han adoptado soluciones diversas²⁹, circunstancia que ayuda más aún a la falta de una respuesta clara al respecto. Al carecer de un sistema prescriptorio respecto a las sanciones impuestas parece que nada impide a la empresa optar, antes de hacerlas cumplir, por esperar a conocer el criterio de los órganos jurisdiccionales sobre la cuestión o a que finalice una situación suspensiva del contrato³⁰.

Los Tribunales han adoptado dos tesis interpretativas al respecto³¹, entendiendo la primera de ellas que el plazo del cual dispone el empresario para hacer efectiva la sanción impuesta es el mismo que el recogido en el artículo 60.2 ET para las faltas³². Este razonamiento encuentra en las sentencias que lo defienden dos presupuestos distintos. En primer término, y reconociendo la existencia de una laguna legal, se opta por una aplicación analógica del plazo fijado en el artículo 60.2 ET de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 CC (“procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”)³³; en segundo lugar, otros pronunciamientos sostienen cómo el precepto regula el período dentro del cual resulta posible hacer efectivo el derecho sancionador, el cual comprende dos facultades distintas, aun cuando íntimamente

²⁸ STSJ País Vasco 3 junio 1993 (AS 2856).

²⁹ Sobre la cuestión, y haciendo referencia a la falta de un pronunciamiento unificador de doctrina por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, GARCÍA BARCALA, C.: “Prescripción de las sanciones acordadas por la empresa (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 22 de febrero de 2001)”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2002, págs. 59 y ss.

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, cit., pág. 73.

Al respecto, SSTSJ Comunidad Valenciana 20 octubre 1993 (AS 4619) o Andalucía/Granada 23 noviembre 1993 (AS 4852).

³¹ Un análisis de los pronunciamientos en ambas direcciones en GARCÍA BARCALA, C.: “Prescripción de las sanciones acordadas por la empresa (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 22 de febrero de 2001)”, cit., págs. 62 y ss.

³² SSTSJ Asturias 15 marzo 1996 (AS 592) o Andalucía/Granada 19 junio 1996 (AS 1754).

En la doctrina científica, en contra, MARÍN CORREA, J. M.: “Prescripción de las sanciones acordadas por la empresa”, *Actualidad Laboral*, T. II, 1996, págs. 2281-2282 y “La facultad disciplinaria y la prescripción (nota a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 19 de junio de 1996)”, *Actualidad Laboral*, T. III, 1996, págs. 3537-3538 o GARCÍA BARCALA, C.: “Prescripción de las sanciones acordadas por la empresa (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 22 de febrero de 2001)”, cit., pág. 65.

³³ STSJ Asturias 15 marzo 1996 (AS 592).

ligadas entre sí. Son, por tanto, dos prerrogativas distintas, pero con ejercicio sucesivo imprescindible para plasmar en la práctica este derecho empresarial³⁴.

A diferencia de esta construcción, un segundo posicionamiento se inclina por determinar que el plazo será el establecido con carácter general por el artículo 59.1 ET, es decir, un año, tomando como ejemplo el sistema regulado por el Código Penal, en el cual quedan establecidos plazos de prescripción distintos para delitos y faltas³⁵.

La primera tesis reseñada no parece la más apropiada, pues el Estatuto de los Trabajadores señala claramente su plazo de prescripción únicamente para las infracciones laborales, sin hacer referencia alguna a las sanciones, a las cuales hubiera efectuado oportuna mención en caso de haber querido establecer idéntico plazo prescriptivo.

Así, podría parecer que, en principio, el plazo que con carácter general fija el artículo 59.1 ET debería ser el tenido en cuenta para realizar tal cómputo temporal. Sin embargo, no parece tener mucho sentido, “ni casa bien con el principio de seguridad jurídica, que una infracción cometida por un trabajador pueda ser sancionada hasta un año después de su comisión e imposición, cuando durante ese tiempo las circunstancias pueden haber variado tanto que realmente la sanción haya perdido su sentido e, incluso, que la efectividad de la misma pueda producir un efecto negativo o contraproducente, contrario al que originalmente se perseguía”³⁶.

Aun cuando el empresario pueda utilizar la ya mencionada posibilidad de posponer en el tiempo la efectividad de una sanción, resulta excesivo que un trabajador pueda ser castigado por un falta cometida un año antes y que hasta ese momento había permanecido “en suspenso”, más aún teniendo en cuenta que la empresa dispone de los medios y la capacidad, en virtud del ejercicio de su poder disciplinario, de hacer cumplir la sanción con total inmediatez, sin necesidad de la previa intervención de los tribunales.

Sin embargo, resulta patente también que obligar al empleador a imponer la sanción en los plazos que establece el artículo 60.2 ET no constituye la respuesta más adecuada, dado que el trabajador disfruta del derecho a impugnar su castigo ante la jurisdicción social, que podrá alterar sus términos, reduciéndola o, incluso, anulándola.

En consecuencia, cabe presentar como una solución “más práctica y equitativa subordinar la ejecución o efectividad de dichas sanciones a su confirmación por el

³⁴ STSJ Andalucía/Granada 19 junio 1996 (AS 1754).

³⁵ SSTSJ Madrid 6 octubre 1993 (AS 4641) o Cataluña 22 febrero 2001 (AS 1585). Construcción en la cual incluso se hace oportuna referencia a la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por la que se regula el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y al RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, normas en las que aparecen señalados diferentes períodos de prescripción de faltas y sanciones.

³⁶ GARCÍA BARCALA, C.: “Prescripción de las sanciones acordadas por la empresa (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 22 de febrero de 2001)”, cit., pág. 67.

Orden Jurisdiccional Social cuando estas son recurridas por los trabajadores”³⁷, momento a partir del cual podría imponerse -sin riesgo ya de adelantarse o retrasarse en exceso- el castigo consecuencia del incumplimiento laboral del trabajador.

La laguna legal en este aspecto es evidente, y las posibilidades para subsanarla que las normas ofrecen constituyen una vía poco satisfactoria, ya que pueden dar lugar a un plazo demasiado breve o demasiado amplio. Resulta menester, por tanto, exigir al legislador social el establecimiento de un plazo legal de prescripción suficientemente equilibrado para los distintos grados de sanciones; sin olvidar, por supuesto, su posible fijación a través de la negociación colectiva en los distintos sectores de actividad, fórmula que se presenta actualmente como la más adecuada ante la presente situación de incertidumbre -sin perspectiva de una solución cercana- creada por la carencia de la ley en este sentido.

³⁷ STSJ Andalucía 23 noviembre 1993 (AS 4619). En similar pronunciamiento, STSJ Comunidad Valenciana 20 octubre 1993 (AS 4619).

A propósito del poder sancionador de la Administración pública en la relación funcional (STC 12/2018, de 8 de febrero)

BERNARDO GARCÍA RODRÍGUEZ

*Abogado - Coordinador Confederal Servicios Jurídicos UGT
Profesor asociado URJC*

I. Breve justificación

Con toda modestia he querido sumarme al recuerdo y homenaje al profesor Montoya, maestro de laboralistas, con una aportación vinculada a su última etapa profesional en el Tribunal Constitucional (2017-2022), tras una intensa y fructífera senda académica. Se trata de una sentencia de la que fue ponente, en un asunto peculiar y curioso, en el ámbito de la enseñanza pública, protagonizado por un profesor de matemáticas, en un contexto de conflicto y convocatoria de una huelga como protesta contra la autoridad educativa de Castilla-La Mancha. Estoy convencido de que para el profesor Montoya fue un asunto de señalado interés por su singularidad, que fue resuelto amparando al docente ante la medida disciplinaria que le fue impuesta. Se vincula este pronunciamiento al poder disciplinario en el ámbito de la función pública, indirectamente ligado al poder de dirección empresarial, al que dedicó el profesor Montoya su tesis doctoral (1962).

II. Supuesto de hecho planteado

Un maestro de matemáticas y tutor de 5º A, del colegio público de educación infantil y primaria de la localidad de Cabanillas del Campo (Guadalajara), dedica diez minutos de su clase a explicar su adhesión a la huelga convocada para el día siguiente, con indicación a sus alumnos de que entregaran una nota a sus progenitoras sobre las razones de la huelga, con hasta ocho motivos, en la que terminaba con el anuncio de la entonces Presidenta de Castilla-La Mancha de favorecer los conciertos educativos y las palabras del Consejero de Educación que había afirmado que “*el elevado fracaso escolar*

en nuestra región es debido a que hay más enseñanza pública que privada”, debiendo el alumnado reflejar en su agenda la entrega a sus padres de la nota referida.

Resulta llamativo que fuera la Concejala de Educación del Ayuntamiento de Cabanillas del Campo la que presentara denuncia ante los servicios provinciales de la Consejería de Educación, que dieron lugar a informe del servicio de inspección educativa, que tras las oportunas entrevistas con la directora del colegio, con el actor, y con varios padres y alumnos del centro, elevó informe solicitando el archivo de las actuaciones, al no apreciarse la existencia de infracción disciplinaria.

Sorprendentemente, a pesar del informe del servicio de inspección educativa, la Consejería procede a imponer sanción por dos faltas leves, utilización de recursos y bienes públicos de escasa entidad para usos particulares del artículo 136 g), e incumplimiento leve de funciones del artículo 136 i) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, con suspensión firme de funciones y retribuciones de treinta días. En concreto, la resolución sancionadora consideró, en su fundamento de derecho quinto, que los actos del recurrente tenían como finalidad, si no adoctrinar a los menores, sí influir en los mismos y utilizar sus funciones docentes como vía de expresión de pareceres personales que son absolutamente irrelevantes en el ejercicio de sus funciones, en lugar de limitarse a comunicarles que al día siguiente no iría a clase por la huelga y que se lo dijeran a sus padres. Con apoyo en una reproducción parcial de las obligaciones que imponen los artículos 91 de la Ley Orgánica de educación y 52 a 54 de la Ley del estatuto básico del empleado público (LEEP), la resolución sancionadora subraya que la falta que debe imputarse al sancionado es el incumplimiento de los deberes y obligaciones del personal funcionario, *“porque el tiempo lectivo de trabajo debe ser destinado al trabajo, y porque las horas lectivas ... constituyen un tiempo que, para el alumnado, deben ser destinadas a docencia, adopción de medidas de refuerzo, atención de recreo o atención de grupos con profesorado ausente; además, el interesado ha obviado conscientemente la objetividad que debe regir su actividad como docente en su relación con alumnos y padres y madres, al margen del equipo directivo, poniendo en compromiso la imagen del centro ... utilizando la imagen y actividad normal del centro (uso de la agenda escolar y redacción de la nota de aviso como ‘circular del tutor sobre la huelga’) con fines exclusivamente particulares”*; y concluye afirmando que *“su actividad no ha tendido, por tanto, a satisfacer los intereses generales, no ha estado al margen de apreciaciones personales y no se ha regido por la buena fe ni con la administración ni con los ciudadanos ... ha comprometido la apariencia de neutralidad que deben dar los servicios públicos en el ejercicio de los mismos por parte de sus empleados y representantes, y por último, y no menos importante, ha hecho partícipes de su particular análisis de la política educativa regional a menores de edad que no asisten a los centros educativos para recibir consignas políticas de ningún profesor”* (fundamento de derecho octavo).

Instado proceso judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara dicta sentencia que confirma la sanción impuesta y considera en primer lugar que no se da por acreditado que al recurrente se le haya sancionado por ejercer su derecho de huelga, sino por sus actos anteriores o coetáneos al ejercicio de su derecho. No parece un argumento sólido para desvincular categóricamente la sanción disciplinaria del ejercicio de un derecho fundamental. En segundo término, se considera que la

actuación del recurrente no puede enmarcarse en el ámbito de su libertad de expresión, y ello porque, como afirma en su fundamento de derecho quinto, *“ha olvidado quien era su foro, quienes eran sus oyentes y a quienes iban dirigidas sus expresiones e incuestionablemente, además como profesor de matemáticas, su libertad de expresión no puede primar sobre el derecho a la educación de esos menores. No podemos dejar en un colegio ‘público’ a los alumnos en manos de las tendencias y reivindicaciones políticas, sean de la tendencia ideológica que sea, no debiendo permitirse manifestaciones políticas, ideológicas y de opinión que quedan inexcusablemente o deben quedar inexcusablemente al margen de la docencia”*. En tercer lugar, niega la vulneración del artículo 25 CE, al considerar que la conducta del actor es típica y sancionable de conformidad con el artículo 136 i) de la Ley 4/2011 en relación con los deberes derivados de los artículos 52 y 53 LEEP. En cuarto y último lugar, rechaza la vulneración del artículo 24 CE, al considerar que no se lesiona la presunción de inocencia, que no se ha acreditado falta de motivación en la resolución recurrida y que tampoco se ha lesionado el principio de proporcionalidad, por lo que la sanción resultaba ajustada a derecho.

Sorprenden nuevamente las consideraciones vertidas en dicha sentencia, además del tono en el que están proferidas, debiendo haber sido especialmente hirientes para el profesor que fue buscando la tutela judicial efectiva y se encontró con una descalificación que podría considerarse impropia y que no pondera los principios de libertad y pluralismo político de una sociedad democrática; que finalmente resultará anulada por el Tribunal Constitucional.

III. La doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la legalidad sancionadora

1. Relevancia y trascendencia constitucional

Resulta reseñable que la demanda de amparo haya sido resuelta por el pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n/ LOTC, por propuesta de la presidencia o de tres de sus componentes, lo que deja en evidencia la relevancia que el Tribunal reconoce al asunto planteado, considerando que el recurso de amparo plantea un problema o faceta de un derecho fundamental, sobre el que no había doctrina del Tribunal Constitucional.

2. Derechos fundamentales invocados y determinación prioritaria del derecho a la legalidad sancionadora

El demandante de amparo invoca la vulneración de varios derechos fundamentales, la libertad de expresión (artículo 20.1.a/ CE), el derecho de huelga (artículo 28.2 CE), el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), así como la falta de tipicidad de la conducta sancionada, que habría vulnerado el derecho fundamental a no resultar condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (artículo 25.1 CE). El Ministerio Fiscal, que interesó la estimación del recurso de amparo, añadió la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

El Tribunal hace valer en primer lugar su criterio de determinar el orden a seguir en el análisis y resolución de las diferentes quejas planteadas en la demanda de amparo, a la vista de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto sometido a su consideración, además de considerar si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales denunciadas, en el caso de que se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas (STC 115/2002, de 20 de mayo, fJ 3); y así teniendo presente que no resulta discutido el amparo que asiste al demandante para ejercer la libertad de expresión y el derecho de huelga, la controversia en este caso surge para el Tribunal respecto a si su actuación, atendidos el tiempo, lugar y modo en que se llevó cabo, supuso el incumplimiento de sus deberes funcionariales y merecedora de la sanción disciplinaria, se considera que procede el examen en primer lugar la vulneración del artículo 25.1 CE, que será sobre la que se centre su doctrina constitucional en esta sentencia, de manera que concedido el amparo no va a resultar preciso analizar el resto de las quejas de vulneración alegadas por el demandante.

3. Doctrina constitucional sobre el principio de tipicidad (artículo 25.1 CE)

La doctrina constitucional sobre el alcance del principio de tipicidad que deriva del artículo 25.1 CE es recogida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Comienza recordando el Tribunal Constitucional su reiterada doctrina que establece que resulta función de los órganos judiciales la interpretación del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.3 CE (por todas, STC 199/2013, de 5 de diciembre, fJ 13); de manera que al Tribunal Constitucional en ese marco le corresponde en su caso verificar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo de la norma sancionadora), dependiendo tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan la Constitución y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Por tanto considera el Tribunal Constitucional, de conformidad con su doctrina relativa al artículo 25.1 CE, que no solo vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas, SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5).

En definitiva, el derecho a la legalidad penal y sancionadora supone que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente, en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo que resulta aplicado (por todas, SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5)» (STC 150/2015, de 16 de julio, FJ 2).

En un párrafo que resume la doctrina referida, con exquisita precisión jurídica y de estilo, en el que se advierte la pluma excelente del profesor Montoya, y que a continuación reproducimos textualmente:

“Así pues, desde la perspectiva del artículo 25.1 CE, la razonabilidad de la subsunción de los hechos en la norma sancionadora, en primer lugar, debe ser compatible con el respeto al tenor literal del precepto, con la consiguiente prohibición de analogía in malam partem; en segundo término, no debe incurrir en quiebras lógicas y debe seguir un modelo de argumentación aceptado por la propia comunidad jurídica (razonabilidad metodológica); y, en tercer lugar, el resultado de esa operación jurídica debe ser acorde con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (razonabilidad axiológica) (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3)”.

IV. Resolución del caso

Se descarta en primer lugar la imputación de utilización de recursos y bienes públicos para usos particulares, ya que el comportamiento del profesor no tiene encaje en el tipo sancionador, dada la índole de la información transmitida y el escaso tiempo de clase dedicado a facilitarla. Sobre el deber de neutralidad funcional no cabe concluir para el Tribunal Constitucional que la carta remitida a los padres posea un contenido vulnerador de tal deber, teniendo en cuenta además que no eran los alumnos los destinatarios de la nota, como tampoco que la explicación a sus alumnos de 5º de primaria sobre las razones de la huelga, tuviera propósito de adoctrinamiento o de influencia tendenciosa en el alumnado, recogiendo referencia del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha reconocido que los profesores, como los poderes públicos, deben difundir las informaciones y conocimientos que figuran en los planes de estudios escolares de forma objetiva, crítica y plural, absteniéndose de cualquier tipo de adoctrinamiento (STEDH de 10 de enero de 2017, caso *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*).

Se resuelve finalmente que al haber sido sancionado el profesor por una conducta, que según los hechos acreditados, no constituye un incumplimiento de sus deberes como funcionario, debe estimarse la vulneración del artículo 25.1 CE, evitándose así el «efecto desaliento» en el ejercicio de los derechos fundamentales; lo que conlleva a otorgarse el amparo y a la declaración de nulidad de las resoluciones sancionadoras recurridas y, como lógica consecuencia, de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara que, al desestimar el recurso contencioso-administrativo deducido por el demandante contra la sanción impuesta, dejó de reparar la vulneración producida por la Administración.

La proyección del poder de dirección sobre el poder sancionador: el “principio de benevolencia”

YOLANDA CANO GALÁN

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. Introducción

El fallecimiento del Maestro Montoya Melgar nos ha sumido a todos los que hemos sido sus discípulos en una profunda tristeza. No sólo porque ya no podremos consultarle y discutir sobre cuestiones jurídico-laborales, sino, sobre todo, porque ya no podremos compartir con él esas charlas personales en las que se entremezclaba humor y consejos. Pero nadie se va del todo mientras le recordemos. Y cómo no recordar a quien tanto aportó al laboralismo español y a quien, generosamente, ayudó a tantos y tantas a alcanzar las metas académicas y personales soñadas.

No hay mejor recuerdo de un Maestro que releer sus aportaciones jurídicas, reflexionar sobre ellas y proyectarlas sobre las investigaciones jurídicas propias, por lo que sirvan estas páginas como recuerdo.

D. Alfredo Montoya Melgar es, sin lugar a duda, el padre de la inveterada doctrina sobre el poder de dirección. Su Tesis Doctoral, con el título *El poder de dirección del empresario*, defendida allá por 1962 en la Universidad de Sevilla, y publicada por el Instituto de Estudios Políticos, fijó unos parámetros que todavía hoy, 60 años después, siguen teniendo una indiscutible validez en el marco de las relaciones laborales. Y ello a pesar de los profundos cambios que se han producido en la forma de prestación de servicios, la incorporación de nuevos derechos y obligaciones laborales y la existencia de una cultura sociolaboral que nada tiene que ver con la de entonces.

Si el poder de dirección es uno de los poderes -si no el principal-, que ostenta el empresario, en la otra cara de la moneda se despliega el otro gran poder empresarial: el poder sancionador. En un pequeñísimo homenaje al Maestro -a mi Maestro-, se

ha optado¹ por reflexionar sobre el poder de dirección desde la perspectiva del poder disciplinario, y ello al hilo del comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), 559/2025, de 10 de junio (Rec. 3011/2023), en que se discute sobre la íntima relación entre ambos poderes, recordando sus enseñanzas sobre el alcance del poder dirección empresarial y vinculándolas con su ejercicio en el ámbito del poder sancionador.

II. La sentencia comentada

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) 559/2025 de 10 de junio (Rec. 3011/2023), aborda una novedosísima cuestión al hilo de la relación de los poderes de dirección y sancionador empresariales. La particularidad de la sentencia es que proyecta las vertientes que configuran la doctrina sobre el poder de dirección, sobre el alcance del poder sancionador, modulando éste en el sentido de primar la decisión empresarial sobre la sanción a imponer por incumplimientos laborales de las personas trabajadoras, sobre la tipificada en la normativa convencional. Pero para abordar en profundidad el tema, parece conveniente, cuanto menos, contextualizar el supuesto y reflexionar sobre la solución alcanzada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

1. El supuesto de hecho

La sentencia comentada trae causa de una demanda de impugnación de sanción interpuesta por quien prestando servicios para Ilunion Lavanderías SA como profesional de oficial de primera conductora, y estando afiliada al sindicato Comisiones Obreras (CCOO) -aunque la empresa no conociera de dicha afiliación-, recibió notificación de imposición de una falta muy grave en aplicación del art. 35 del Convenio colectivo de tintorerías y lavanderías de la Comunidad Autónoma de Madrid, consistente en suspensión de empleo y sueldo por dos días.

Los hechos que constan en la carta de sanción y acreditados, son la manifestación de expresiones como “hijo de la gran puta” o la imputación de acusaciones como “asesino” dirigidas al responsable de distribución del centro que no estaba presente, -aunque sí lo estaban otros empleados-, y sin discusión o provocación previa.

Conforme al art. 36.5 del Convenio colectivo de tintorerías y lavanderías de la Comunidad Autónoma de Madrid, es falta muy grave “los malos tratos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración a los jefes, compañeros o subordinados”. Y el art. 37 de la norma convencional contempla como sanción más baja por infracciones muy graves “suspensión de empleo y sueldo de once días a dos meses”.

2. Las sentencias recaídas en el procedimiento

Impugnada la sanción por infracción muy grave de suspensión de empleo y sueldo de dos días por la trabajadora, la sentencia del Juzgado de lo Social núm.

¹ Es tan amplia la producción científica de mi Maestro el profesor D. Alfredo Montoya Melgar, que bien podría haberse seleccionado reflexionar sobre cualquier otra de las cuestiones que sistemáticamente se contienen en su manual *Derecho del Trabajo*, que publicado por la editorial Tecnos, alcanza en este año 2025 la 46ª edición (las dos últimas actualizadas por el también Maestro D. Antonio V. Sempere Navarro), o en cualquiera de sus más de 300 publicaciones sobre las más diversas instituciones del Derecho individual del trabajo, el Derecho colectivo del trabajo, el Derecho procesal laboral, la prevención de riesgos laborales, la Seguridad Social, etc., etc., etc.

23 de Madrid de 30 de junio de 2022 (autos 279/2022), desestimó íntegramente la demanda confirmando la sanción impuesta, entendiendo que si bien la infracción está correctamente tipificada, puesto que se trataría de una infracción muy grave, es posible que la empresa imponga un sanción “a la baja”, esto es, menor a la que se contempla en la norma convencional, sin que la falta de adecuación de la infracción y la sanción suponga una transgresión del principio de legalidad.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 404/2023, de 3 de mayo (Rec. 1116/2022) -con voto particular discrepante que suscribe un Magistrado-, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y confirmó la sentencia de instancia. Tras recordar que “el poder sancionador (...) [deriva] a su vez del de organización y dirección a que está sometido el trabajador (...) [y] está atribuido al empresario”, aclara que el empresario “dispondrá la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones”. Y teniendo ello en cuenta, el empresario puede imponer las sanciones disciplinarias que estime pertinentes siempre y cuando estén incluidas en el elenco de sanciones vinculado al tipo, e incluso sanciones menores -nunca mayores-. ¿La razón? que “en nada contraviene la legalidad, tipicidad, congruencia y proporcionalidad en el ejercicio de su poder sancionador”, el que se reduzca la sanción -no así cuando se imponga un sanción mayor-.

El Voto particular, sin embargo, abogó por la declaración de nulidad de la sanción², considerando “incongruente” calificar a una falta como muy grave e imponer una sanción como si de una falta grave se tratara.

3. La cuestión casacional

Interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la trabajadora, planteando como cuestión si es posible imponer la sanción prevista convencionalmente para las faltas graves, cuando la infracción se incardina en las faltas muy graves, y si ello implica la nulidad de la sanción por vulneración del principio de tipicidad y proporcionalidad entre calificación de la infracción y sanción.

En definitiva, la cuestión que se plantea guarda relación con el vínculo entre poder de dirección -entendido como el poder de adoptar decisiones afectantes a las relaciones laborales constituidas con las personas trabajadoras-, y el poder sancionador -consistente en decidir si ante incumplimientos laborales se opta por sancionar o no y con qué sanción-, y en particular, si éste podría modularse por el ejercicio del poder de dirección empresarial. Dicho de otro modo, si puesto que el empresario además de dar órdenes e instrucciones acerca de cómo desempeñar el trabajo puede sancionar, además, y en una suerte de poder de dirección proyectado sobre el poder sancionador, podría escoger la sanción que estimara pertinente aunque no apareciera en el elenco de sanciones vinculadas a la falta concreta cometida y tipificada como falta muy grave.

² Déjese constancia de que en el antecedente de hecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) 559/2025 de 10 de junio (Rec. 3011/2023), se transcribe lo que conforme al Voto particular hubiera debido ser el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 404/2023, de 3 de mayo (Rec. 1116/2022), en un error meramente tipográfico que no tiene ningún reflejo en la fundamentación jurídica dada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo o en el fallo de la sentencia.

4. La fundamentación jurídica

Comienza recordando la Sala 4ª del Tribunal Supremo que es el art. 58 ET el que regula el poder disciplinario empresarial, limitándolo a la existencia de “incumplimientos laborales”, y sancionándolos “de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”. Y configura el poder sancionador como la otra cara de la moneda del poder de dirección, ya que “su fundamento se encuentra en la facultad de dirección y control del empresario”.

En atención a lo preceptuado en dicho art. 58 ET, es claro que, como afirma la sentencia, “El derecho sancionador laboral se rige, inevitablemente, por el principio de legalidad y tipicidad, emparentados con el art. 25.1 CE”, lo que implica la identificación de las faltas y la concreción de las sanciones, que deberán graduarse en atención a la gravedad de la falta cometida.

Es esta, precisamente, la manifestación del principio de tipicidad, que exige “una concordancia necesaria, clara y exacta entre la falta tipificada y la sanción aplicada”. Ahora bien, dicho principio se manifiesta para evitar que se pueda sancionar un determinado incumplimiento con una sanción más grave de la prevista legal o convencionalmente. Pero ¿y a la inversa? ¿podría imponerse una sanción menor a la que correspondería conforme a la infracción cometida? Y la respuesta se articula en la sentencia en torno al principio gradualista y de proporcionalidad, que permite, en una suerte de proyección del poder de dirección sobre el poder disciplinario, seleccionar la sanción a imponer “valorando la empresa todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes”. Y conforme a ello, recordando una antiquísima jurisprudencia³ -actualmente reiterada⁴- que niega la posibilidad de rectificación judicial de la sanción impuesta por un empresario ante una falta correctamente tipificada y sancionada adecuadamente conforme al elenco de sanciones previsto legal o convencionalmente, extiende la misma para concluir que tampoco se puede rectificar judicialmente -en el supuesto declarar nula- una sanción impuesta, aunque no coincida con la prevista conforme a la graduación de la falta cometida. Eso sí, siempre y cuando la misma sea menor. ¿La razón? Que no se rompe con el principio de congruencia infracción/sanción “cuando es a la baja, esto es para sancionar más levemente la conducta del trabajador con una prevista para infracción de menor entidad según el convenio”.

La respuesta genera una suerte de nuevo “principio de benevolencia”⁵ vinculado a la teoría gradualista del poder sancionador, permitiendo beneficiar al trabajador por una decisión empresarial que bien podría encuadrarse en la vertiente de adopción de decisiones que constituye el poder de dirección. El mismo se correspondería con una excepción al principio de correspondencia entre infracción y sanción: “que la elección recaiga sobre una sanción inferior”, lo que incluso podría suponer no sancionar en

³ Sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 11 de octubre de 1993 (Rec. 380571992), 27 de abril de 2004 (Rec. 2830/2003).

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), 178/2021, de 10 de febrero (Rec. 1329/2018).

⁵ Que bien podría vincularse con la “potestad premial” a que alude MONTÓYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed. Tecnos, Madrid, 2025, pág. 392.

absoluto a pesar de que la falta fuera muy grave -renuncia al poder sancionador-. Ahora bien, como rotundamente se permite aclarar la sentencia, “esa sanción más leve elegida también debe estar prevista y tipificada en el convenio colectivo, no pudiendo crear una sanción “*ex novo*””.

5. El fallo y las aclaraciones del mismo

Partiendo de que es posible la renuncia al ejercicio del poder sancionador, concluye la Sala 4ª del Tribunal Supremo que el empresario puede decidir sancionar con una sanción menor o más leve a la prevista convencionalmente para el tipo infractor -incumplimiento laboral tipificado en el convenio colectivo-, cuando la sanción escogida también esté prevista y tipificada en el convenio colectivo. Y como así se concluyó en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 404/2023, de 3 de mayo (Rec. 1116/2022), confirma la misma y declara su firmeza.

Ahora bien, para fijar claramente la jurisprudencia, sin que quede resquicio a la duda, aclara que el fallo no perjudica a la persona trabajadora. Los argumentos esgrimidos en la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina y rechazados por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, serían los siguientes:

1. En el primero, en que se sostenía que de aceptarse la posibilidad de imposición de una sanción menor a la prevista en atención al incumplimiento cometido, se estaría jugando con los plazos de prescripción, convirtiendo a estos plazos en elásticos para alargar el tiempo durante el cual se podría sancionar, que aunque los plazos de prescripción en supuestos de infracciones muy graves son más largos, éstos “son los concordantes con la gravedad de la falta o conducta, no con la de la sanción”, por lo que no se perjudica a la persona trabajadora por el hecho de que el plazo prescriptivo sea largo, cuando la sanción es menor a la que se podría imponer.
2. En el segundo, en que se reflejaba la preocupación de que al sancionarse más levemente de lo que correspondería conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad, se podría desincentivar la impugnación de la sanción, con los posibles efectos adversos que acarrearía dicha decisión puesto que, en caso de reiteración, podría incluso procederse al despido disciplinario, que dicha preocupación no tiene por qué tener una proyección práctica desfavorable para la persona trabajadora, ya que en caso de que el empresario hubiera rebajado el poder sancionador para asegurarse un posible futuro despido, se estaría en presencia de un fraude que afectaría a la calificación del despido, sin que “tampoco en el ámbito procesal se observa perjuicio alguno”.

III. De la proyección del poder de dirección sobre el poder sancionador

En un intento de aportar algo nuevo -si ello es posible- a la doctrina sobre el poder de dirección magistralmente configurada por el Maestro Montoya Melgar, y al hilo de la sentencia comentada⁶, podría afirmarse que el poder de dirección expande

⁶ Cuyo Ponente, el Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva, tuvo la fortuna, como él mismo reconoce, de aprender y discutir jurídicamente con D. Alfredo Montoya Melgar durante el tiempo en que

sus contornos para proyectarse sobre el otro gran poder empresarial, el sancionador, configurando ambos no sólo como dos caras de una misma moneda en la que como consecuencia del incumplimiento de las órdenes e instrucciones dadas por el empresario, éste podría sancionar dichos incumplimientos conforme a la tipificación de la falta y la imposición de la sanción anudada, sino en el mismo plano, al permitirse que en el ámbito de adopción de decisiones que caracteriza al poder de dirección, se pueda escoger la sanción a imponer.

Ello supondría la configuración de un nuevo principio, el “principio de benevolencia”, que no supondría en la práctica más que la proyección del poder de dirección sobre el poder sancionador, y que se definiría como la potestad empresarial de imponer una sanción menor a la prevista legal o convencionalmente -nunca mayor-.

Puede sorprender que una cuestión como la examinada no hubiera sido abordada hasta ahora, pero el Derecho del Trabajo es un Derecho vivo, no sólo porque está en continuo proceso de transformación como consecuencia de los cambios normativos, sino sobre todo porque situaciones que parecían ser pacíficas, de repente toman protagonismo a raíz de la adopción de decisiones empresariales vinculadas a ese poder de dirección tan exhaustivamente configurado por el Maestro Montoya Melgar

Que el poder disciplinario laboral debe tener límites es incuestionable. De ahí los problemas vinculados a la tipificación de las faltas y la graduación de las sanciones que configuran los contornos dentro de los cuales se pueden adoptar decisiones sancionadoras. Pero dicho poder se vincula naturalmente con el poder de dirección, que permite al empresario dar órdenes e instrucciones sobre cómo desempeñar el trabajo, y tras la sentencia comentada, también para elegir qué sanción imponer. De este modo, a la variable principal del poder de dirección que se configura, como afirmó el Maestro Montoya Melgar⁷, en torno a la facultad de dar órdenes e instrucciones sobre cómo desempeñar el trabajo, se añade, en una suerte de efecto expansivo, a la facultad de dar órdenes sobre cómo tiene que proyectarse el poder sancionador cuando exista un incumplimiento de las órdenes e instrucciones empresariales⁸. A la baja, eso sí, configurando una nueva variable vinculada a la definición del poder de dirección, que bien podría conectarse con el ejercicio de un poder sancionador “benevolente”.

No puede terminarse este comentario que pretende revisitar la obra de un Maestro del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sin recordar por quien lo realiza, momentos vitales compartidos con su Maestro el Profesor Montoya Melgar.

Mi primer conocimiento de quien posteriormente sería mi Maestro, tuvo lugar de la mano del tristemente fallecido Catedrático de Derecho Mercantil D. Rafael García Villaverde, quien tras ofrecerme realizar con él la Tesis Doctoral, me presentó al

fue profesor en la prestigiosa Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

⁷ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed. Tecnos, Madrid, 2025, pág. 385, que refiere a que “Mediante el ejercicio del poder de dirección, el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”

⁸ El propio MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, 46ª ed. Tecnos, Madrid, 2025, pág. 385, al referir a los poderes empresariales, afirma que la Ley “ha querido poner en las manos del empresario -y no en otras- la organización y disciplina del trabajo en la empresa”.

Profesor Montoya Melgar tras la sorpresa provocada por una jovenzuela de 22 años que rechazó el ofrecimiento por su mayor interés en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. No sé si por la energía desplegada el día en que tuvimos una reunión conjunta los profesores García Villaverde, Montoya Melgar y yo misma, si por el entusiasmo que la juventud otorga en la exposición de las razones por las que, si tenía que investigar, no sería sobre el Derecho Mercantil sino sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, si por el aval que seguro me otorgó el profesor García Villaverde, o por la generosidad del profesor Montoya Melgar, la realidad es que aceptó dirigirme la Tesis Doctoral.

A él, y a su Maestro, el profesor D. Manuel Alonso Olea, les debo realizar la Tesis Doctoral en los Estados Unidos⁹ en una época en que Internet estaba en pañales, prácticamente nadie tenía correo electrónico, los móviles no existían y la comunicación se realizaba a través del correo postal que nos remitíamos y cuyas cartas atesoro como el mayor de los regalos, y a través de unas breves (y carísimas) llamadas de teléfono en que sólo buscaba su apoyo moral para seguir para adelante. En las visitas presenciales (pocas porque no existían compañías low-cost y los viajes en avión eran casi un lujo), mi Maestro, D. Alfredo Montoya Melgar, me manifestaba su entusiasmo por el trabajo realizado, me animaba a seguir adelante, a cumplir con los plazos, a esforzarme, a ser crítica, a aportar al laboralismo español en una época en la que se discutía ruidosamente sobre una reforma legislativa afectante al despido que posteriormente vería la luz. Recuerdo el día en que me anunció, recién llegada de los Estados Unidos, es el momento de depositar la Tesis Doctoral. Recuerdo esa larguísima conversación que comenzó en su despacho de la Universidad Complutense de Madrid y continuó en su domicilio particular, en que, como un padre, me habló del comienzo que suponía el fin de la Tesis Doctoral, del esfuerzo que suponía una vida académica, de las dificultades por conseguir una plaza estable, pero también me hablaba de cómo investigar no implica competir sino colaborar, de cómo se podía aprender de las investigaciones de otros, fueran quienes fueran y provinieran de donde provinieran, de cómo el trabajo necesitaba del equilibrio de la vida personal para ser feliz.

A mi Maestro, D. Alfredo Montoya Melgar, le debo mi primer trabajo universitario -durante la carrera ya había trabajado en las más variadas profesiones-. A él le debo solicitar y ocupar la plaza de Ayudante de Cátedra del por entonces Centro de Estudios Ramón Carande adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. A él le debo -le acompañaba en su docencia para aprender a impartir esas clases que daba con sólo un papel en la mano-, el aprender a explicar conceptos complejos de esa forma tan simple como sólo él podía hacer. Y a él le debo seleccionar qué publicar y desechar esas publicaciones en masa que ahora se exigen para cumplir con requisitos a veces sin sentido para la estabilización en las universidades.

Son tantos los momentos personales compartidos con mi Maestro que me gustaría plasmar a modo de permanente recuerdo personal, que excedería del espacio de este recordatorio a su figura como Maestro del Derecho del Trabajo y la Seguridad

⁹ CANO GALÁN, Y., *El despido libre y sus límites en el Derecho norteamericano*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

Social. Aunque éstos no queden plasmados por escrito, aparecen indeleblemente grabados en mi memoria y en mi corazón. En mi trayectoria académica y vital siempre me ha acompañado y me acompañará la persona del Maestro -mi Maestro- D. Alfredo Montoya Melgar, quien, haciendo honor a la doctrina del poder de dirección que él configuró, tantas y tan buenas instrucciones me dio a modo de consejos.

Gracias Maestro.

El poder disciplinario como manifestación del poder de dirección del empresario: análisis a la luz de la STS de 10 de junio de 2025

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

<https://orcid.org/0000-0003-2491-4993>

I. Concepto y fundamento del poder disciplinario empresarial

Como señalaba el profesor Montoya, el empresario ostenta un «haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las singulares prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario)»¹.

El poder disciplinario aparece como una manifestación inherente del poder de dirección del empleador que surge *ex contractu* (del contrato de trabajo) y que está reconocida *ex lege*, por el propio ordenamiento jurídico-laboral. La celebración del contrato de trabajo atribuye al empresario la potestad de organizar y disciplinar su personal², en la medida necesaria para satisfacer las exigencias de la producción y garantizar el cumplimiento de los deberes laborales. Esta potestad, si bien es de naturaleza privada y deriva del vínculo de subordinación aceptado por las partes, se encuentra delimitada por normas imperativas que evitan su ejercicio arbitrario

¹ MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 45ª ed. (rev. por A.V. Sempere Navarro), Tecnos, Madrid 2025, p. 401. Sobre las facultades disciplinarias en materia laboral, de conformidad con lo previsto en el ET, véase, también, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid 2010, págs. 595-598; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (*et alteri*), *Curso de Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 519-521.

² GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas», *VLex*, núm. 93, 2011, PP. 343-359, disponible en <https://vlex.es/vid/responsabilidad-disciplinaria-laboral-334009838>.

o abusivo. La formulación actual del poder disciplinario concibe al empleador no como un «juez» absoluto en su empresa, sino como la persona titular de una facultad reglada cuya legítima función es corregir incumplimientos contractuales, siempre bajo la observancia de garantías sustantivas y formales establecidas por el ordenamiento jurídico.

La recepción del sistema sancionador en el ámbito laboral se debe a la insuficiencia de los mecanismos previstos en el ámbito civil: la resolución por incumplimiento es una solución irreversible; y la indemnización de daños y perjuicios constituye un remedio inadecuado, tanto por la posición económica de las personas trabajadoras como por la dificultad de prueba. Esta circunstancia condujo a que el legislador acudiera a construcciones de carácter penal y administrativo, donde se establece un sistema basado en la graduación de las faltas y sanciones.

II. Régimen jurídico: marco normativo y límites al poder disciplinario

El poder disciplinario del empresario se encuentra positivizado principalmente en el artículo 58 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), donde se autoriza expresamente a la dirección de la empresa a sancionar las infracciones laborales de sus trabajadores conforme a la graduación de faltas y sanciones prevista «en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable». En este precepto se sientan las bases del *ius puniendi* privado del empleador, a la vez que se remite a la negociación colectiva la tipificación concreta de los incumplimientos (clasificados usualmente como faltas leves, graves o muy graves) y la determinación de las sanciones aplicables en cada caso. Asimismo, se imponen límites cualitativos al poder sancionador: se prohíbe, por ejemplo, «sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos de descanso del trabajador o multa de haber», proscribiendo así medidas disciplinarias lesivas de derechos indisponibles del trabajador.

En los convenios colectivos suele establecerse un catálogo de faltas y sanciones, definiéndose las conductas constitutivas de infracción y asignándose a cada categoría la calificación (leve, grave, muy grave) y las sanciones correspondientes. De esta forma, la potestad disciplinaria del empresario se ejerce «de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones» preestablecida, lo que dota de certidumbre y publicidad a las eventuales consecuencias del incumplimiento laboral. Cabe señalar que, a falta de regulación convencional, la propia legislación supletoria o los usos comunes suplen esas tipificaciones, evitando vacíos que pudieran conducir a la arbitrariedad.

Entre los principios rectores del poder disciplinario -así reconocidos por la jurisprudencia y la negociación colectiva- de carácter sustantivo se incluyen: 1) el principio de legalidad y tipicidad, que implica que solo pueden sancionarse acciones u omisiones previamente definidas como faltas laborales, aplicando las sanciones previstas en la norma o convenio correspondiente; 2) el principio de proporcionalidad, que exige adecuar la gravedad de la sanción a la entidad de la falta cometida, guardando un equilibrio razonable entre infracción y la medida; 3) la regla *non bis in idem*, que impide sancionar dos veces un mismo hecho o acumular varias sanciones por un solo

ilícito; y 4) el principio de igualdad de trato y no discriminación, para evitar diferencias de trato injustificadas en la aplicación de medidas disciplinarias. Junto a los anteriores, desde una perspectiva formal cabe mencionar la exigencia de inmediatez (prescripción de las sanciones) y el cumplimiento del procedimiento disciplinario.

Las sanciones que imponen las empresas son revisables ante la jurisdicción social. El control judicial se ejerce a través del «proceso de impugnación de sanciones» (arts. 114-115 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, LRJS). Dicha revisión jurisdiccional está constreñida al examen de la legalidad de la actuación empresarial, verificando el juez si concurren los presupuestos materiales y formales de una sanción válida. La sentencia puede confirmar la sanción, declararla nula o incluso revocarla total o parcialmente (art. 115.1 LRJS). En particular, la revocación parcial procede cuando la sanción impuesta por el empresario no se corresponde en su severidad con la gravedad de la falta -caso típico de sanción desproporcionadamente elevada-, permitiendo al juez reducirla dentro de los límites convencionales o legales previstos para la infracción correctamente calificada. La situación inversa (sanciones inferiores a las que corresponderían) no plantea demasiados problemas de legalidad, al entenderse que se trata de una manifestación de la potestad discrecional del empleador en beneficio del trabajador.

III. Tipificación de faltas y gradación de sanciones: el principio de correspondencia

Los convenios colectivos suelen distinguir entre infracciones leves, graves y muy graves, en función de la importancia del deber incumplido o del perjuicio causado. Cada grupo de infracciones da lugar, a su vez, distintas sanciones, que normalmente están graduadas en función de su intensidad. Por ejemplo, para las faltas leves se suele establecer una amonestación verbal o escrita; para las faltas graves, suspensiones de empleo y sueldo de varios días; y para las faltas muy graves, sanciones de mayor entidad que pueden ir desde suspensiones prolongadas hasta el despido disciplinario. Esta tipificación dual -entre infracción y sanción- busca predeterminar la correspondencia entre la naturaleza de la falta y la sanción.

La correspondencia entre la calificación de la infracción y la sanción no es lineal. A través de la negociación colectiva, se suele establecer una cierta flexibilidad, incorporando rangos sancionadores para cada tipo de falta. Además, el derecho disciplinario laboral español rige la llamada «teoría gradualista» -avalada por la jurisprudencia- según la cual debe realizarse un examen individualizado de cada incumplimiento a fin de aplicar la medida proporcional más adecuada. Por lo que cabe modular la sanción atendiendo a criterios de equidad y proporcionalidad, imponiendo eventualmente una sanción de menor entidad dentro del marco legal o convencionalmente previsto.

En ese sentido, conviene resaltar que el empresario no está legalmente obligado a imponer la sanción máxima posible ni siquiera cuando concurre una falta calificada de muy grave. Por el contrario, siendo la potestad disciplinaria un derecho del empleador, éste conserva la libertad de graduar la sanción de forma favorable a los intereses de la persona trabajadora e incluso de perdonar o no sancionar un incumplimiento, si así lo estima oportuno dentro de su ámbito de dirección. La única exigencia es que la sanción

exista en el catálogo normativo aplicable. El poder disciplinario empresarial incluye un margen de discrecionalidad en favor del trabajador: el empleador puede modular la consecuencia de la falta a la baja, escogiendo una medida menor a la teóricamente correspondiente, siempre y cuando dicha medida figure entre las sanciones legal o convencionalmente establecidas (por ejemplo, optar por una suspensión de empleo de pocos días -propia de falta grave- para castigar una conducta tipificada como muy grave). En ningún caso podría, eso sí, imponerse una sanción no contemplada en el régimen disciplinario vigente, pues ello vulneraría el principio de tipicidad. Pero respetando ese marco, nada impide al empresario aplicar un criterio de oportunidad y clemencia, ajustando la reacción disciplinaria a las circunstancias. Esta práctica no lesiona el principio de tipicidad ni el de proporcionalidad, sino que más bien los confirma en sentido favorable al trabajador, evitando sanciones desmedidas y observando el espíritu de graduación equitativa de las faltas.

IV. La STS de 10 de junio de 2025 (rec. 3011/2023): flexibilidad sancionadora y validez de la sanción atenuada

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 559/2025, de 10 de junio de 2025 (rec. 3011/2023) nuestro más Alto Tribunal se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de imponer una sanción inferior a la prevista convencionalmente para una falta muy grave.

El caso concreto trata sobre una trabajadora cuya conducta fue calificada por la empresa como falta muy grave conforme al convenio colectivo aplicable. La cuestión estaba en que, en lugar de aplicar la sanción asociada a tal infracción (al menos once días de suspensión de empleo y sueldo), la empresa decidió imponer una sanción de menor gravedad (suspensión de empleo y sueldo por dos días), equivalente a la prevista para una falta grave. La trabajadora impugnó dicha sanción ante la jurisdicción social argumentando una supuesta incongruencia entre la infracción y la sanción; sostenía que, si la falta se calificó como «muy grave», la sanción debía ser congruente con esa graduación, de modo que la elección de una medida propia de infracción grave implicaría la vulneración de los principios de tipicidad y proporcionalidad, y por ende su nulidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid avaló la actuación empresarial; y el asunto llegó al Tribunal Supremo mediante recurso de casación para la unificación de doctrina. Este último - previo análisis de la sentencia de contraste³ - confirmó la validez de la sanción atenuada y rechazó que procediera su anulación por no corresponderse con la calificación de la infracción (como muy grave). El Alto Tribunal razonó que el empleador puede sancionar con menor severidad de la que pueda responder conforme a la calificación de la infracción, sin que con ello se vulnere principio alguno.

En la sentencia se razona que, si el empresario tiene, en términos absolutos, la facultad de no sancionar una conducta infractora (por razón de oportunidad, política disciplinaria, ánimo de clemencia, etc.), con mayor razón ha de tener también la opción

³ La trabajadora sancionada invocó de contraste la STSJ (País Vasco) de 9 de julio de 2019, (rec. 1188/2019), que declaró nula la sanción impuesta a una trabajadora por considerar que la tipificación de la sanción había sido incorrecta y que se había ejercido de forma incongruente el poder sancionador empresarial.

de imponer una sanción menor de la que se pueda recoger en la norma. Este criterio, lejos de lesionar los derechos de la persona trabajadora, le reportaba un beneficio. Además, la decisión de la empresa salvaguardaba el principio de tipicidad porque la conducta de la trabajadora estaba subsumida correctamente en un tipo disciplinario (falta muy grave) y la sanción impuesta estaba prevista en el convenio (aunque para faltas de grado inferior), sin que se aplicase una sanción *ex novo*, (el empleador operó dentro de los márgenes de la normativa disciplinaria). Por otro lado, el principio de proporcionalidad tampoco se veía comprometido al tratarse de una sanción inferior a la que habría correspondido.

La decisión del empleador se inscribió, por tanto, dentro del margen de discrecionalidad técnica que le reconoce el artículo 58 del ET; y se ejerció en beneficio del trabajador, sin vulnerar ni el principio de legalidad ni el de tipicidad. La sala destacó, en particular, la especificidad de la potestad disciplinaria en el contrato de trabajo e indicó que esta no constituye un *ius puniendi* autónomo, sino una manifestación del poder de dirección, ejercido por quien es, a la vez, parte interesada. De ahí que, a diferencia del ámbito administrativo o penal, en el derecho del trabajo se reconozca al empresario una cierta elasticidad para ponderar y atemperar las sanciones, incluso acudiendo a sanciones previstas para niveles de gravedad inferiores, siempre que no medie fraude, abuso de derecho o vulneración de derechos fundamentales.

En suma, la sentencia que es objeto de este comentario consolida la idea de que no existe una obligación de correspondencia entre la calificación de la infracción y el grado de la sanción, siempre que esta se sitúe por debajo del máximo previsto para aquella infracción y encuentre cobertura en el convenio colectivo aplicable. El Tribunal Supremo declara lícita la modulación a la baja de la respuesta disciplinaria, despejando cualquier incertidumbre: imponer una sanción inferior a la tipificada para la falta cometida no conlleva por sí solo la nulidad de la sanción. Esta doctrina unificada viene respaldada, además, por la práctica judicial mayoritaria previa⁴.

Conviene señalar, por último, algunas implicaciones prácticas de esta decisión. En primer lugar, se refuerza la autonomía empresarial para graduar la sanción: el empresario, en uso razonable de su poder de dirección, puede optar por sancionar una falta muy grave con una medida más moderada sin temor a que tal decisión sea declarada nula por incongruencia. En segundo lugar, se confirma la interpretación teleológica del principio de proporcionalidad, buscando una adecuación equitativa caso por caso, incluso si ello supone sancionar por debajo de lo típico. En tercer lugar, la sentencia puntualiza que las garantías formales deben respetarse según la calificación de la falta originalmente atribuida, aunque la sanción sea menor. Es decir, si se califica como muy grave (por sus hechos), habrá que cumplir las formalidades propias de faltas muy graves -como la comunicación escrita detallada, notificación a la representación de los trabajadores si así lo prevé el convenio, etc.- aunque la sanción impuesta sea leve. Esto evita que la atenuación de la sanción pueda servir de pretexto para relajar indebidamente los procedimientos disciplinarios establecidos. Igualmente, en caso de reincidencia futura del trabajador, la calificación previa de muy grave conservará

⁴ Entre otras, la STSJ (Madrid) de 13 de febrero de 2012 (rec. 136/2012).

relevancia (a efectos de considerar la reiteración de faltas), independientemente de que la sanción aplicada hubiera sido inferior.

V. Conclusión

En este homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar -quien en vida destacó la importancia de encauzar jurídicamente los poderes empresariales para garantizar un justo equilibrio en la relación laboral-, resulta oportuno resaltar cómo el Tribunal Supremo reafirma dicho equilibrio: la disciplina laboral debe ser un instrumento dirigido por la razón jurídica y la equidad, donde la última palabra, aun siendo del empresario, debe pronunciarse con mesura, dentro del marco normativo, procurando el buen orden laboral más que del castigo en sí mismo.

Tipicidad y legalidad vs proporcionalidad: sanción disciplinaria “a la baja”

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

I. Introducción

Es para mí un gran honor poder sumarme a este más que merecido reconocimiento a nuestro Maestro común, el Profesor Montoya Melgar, a quien tuve el placer de conocer personalmente en 1992 con ocasión de la defensa de la Tesis Doctoral de María Antonia Castro Argüelles dirigida por mi Maestro el Profesor Sempere Navarro. Fue en el Aula Magna de la Universidad de Navarra, institución académica a la que acababa de incorporarme como Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de su Facultad de Derecho.

Pues bien, a la hora de elegir un tema con el que poder honrarle siquiera sea de una forma sumamente modesta me ha parecido una extraordinaria coincidencia la curiosa conexión existente entre el título de la presente obra colectiva (“El poder de dirección del empresario: problemas y manifestaciones actuales”) con el de aquella tesis doctoral (“La potestad disciplinaria del empresario: su reconstrucción conceptual y funcional a partir de las normas sectoriales y de la jurisprudencia”) cuyo Tribunal fue presidido por D. Alfredo. Y es que, la potestad disciplinaria de la empresa como particular manifestación de su poder de dirección se encuentra en permanente reconstrucción conceptual y funcional.

De hecho, claro ejemplo de ello es efectivamente así lo constituye la reciente sentencia número 559/2025, de 10 de junio de 2025 (rec. 3011/2023) de la Sala IV del Tribunal Supremo. No habiendo tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad sobre una problemática similar, la Sala valida la imposición empresarial “a la baja” de una sanción disciplinaria de menor entidad (grave) que la que en principio

correspondería a la calificación jurídica de la infracción (muy grave) cometida. De este modo, los principios de legalidad y tipicidad que deben presidir cualquier actuación en materia de infracciones y sanciones en el ámbito laboral, aparecen modulados en virtud del principio de proporcionalidad. A buen seguro, la solución jurisprudencialmente alcanzada al respecto sería del agrado del Profesor Montoya. Veamos por qué.

II. Sanción disciplinaria “a la baja”

1. Las circunstancias fácticas concurrentes

En síntesis muy resumida, la resolución judicial objeto del presente comentario tiene como presupuesto fáctico la comisión por parte de una trabajadora de una infracción muy grave de ofensas verbales a superiores, compañeros y subordinados. Sucede, sin embargo, que, pese a no discutirse la cualidad jurídica de semejante infracción, la empresa optó por imponer a la trabajadora una sanción de suspensión de empleo y sueldo de dos días correspondiente, según el convenio colectivo de aplicación (Tintorerías y Lavanderías de la Comunidad de Madrid), a las infracciones graves (que no a las muy graves).

Impugnada judicialmente dicha sanción, el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid en sentencia de fecha 30 de junio de 2022 entendió a los efectos que ahora importan que la falta de adecuación entre la sanción impuesta y la calificación de la infracción no suponía transgresión del principio de legalidad, pudiendo imponerse una sanción inferior a la prevista convencionalmente. Recurrida la resolución judicial de instancia en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia núm. 404/2023, de 3 de mayo (rec. 1116/2022) consideró que el principio gradualista y de proporcionalidad permiten a la empresa moderar o atemperar la sanción, incluso acudiendo a las correspondientes a otras infracciones de menor gravedad.

2. La cuestión debatida

Recurrida dicha sentencia en casación para la unificación de doctrina, la cuestión debatida se centra en determinar si la sanción disciplinaria impuesta a una persona trabajadora debe ser declarada nula por no existir correspondencia entre la calificación de la infracción (muy grave) y la sanción que finalmente se le impone (correspondiente a faltas graves). Esto es, si la empresa puede calificar como muy grave una sanción y luego sancionarla “a la baja” como si fuera grave.

Más específicamente, se trata de dilucidar las dos siguientes cuestiones a propósito del contenido y alcance de la potestad disciplinaria empresarial:

- 1ª) Si la facultad disciplinaria de la empresa debe someterse estrictamente o no al principio de tipicidad y proporcionalidad entre calificación y sanción.
- 2ª) Si cuando la sanción finalmente impuesta es la correspondiente a una infracción de menor gravedad a la calificada, ello implica o no la nulidad de la sanción impuesta.

Si bien se mira, la dificultad de la presente controversia reside en la ruptura de la congruencia que, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, debiera

existir entre infracción y sanción. Y es que habiéndose calificado correctamente una determinada actuación como falta muy grave a la vista de los tipos infractores que convencionalmente se incluyen en dicho rango, la misma es posteriormente sancionada de manera más leve con una sanción que, aunque también recogida en el convenio colectivo de aplicación, corresponde al nivel más bajo de las sanciones graves.

En definitiva, lo que cabe preguntarse es si la empresa (que tiene la facultad de elegir dentro de la horquilla de sanciones legal o convencionalmente previstas para una concreta infracción, la que considere más conveniente) puede romper el principio de congruencia infracción/sanción, cuando es "a la baja"; esto es, para sancionar más levemente la conducta de la persona trabajadora con una sanción prevista para una infracción de menor entidad según el convenio que en cada caso resulte de aplicación.

3. La doctrina jurisprudencial

Planteada la cuestión debatida en los términos expuestos, en su sentencia número 559/2025, de 10 de junio de 2025 (rec. 3011/2023) la Sala IV del Tribunal Supremo acaba entendiendo que, cuando la empresa decide sancionar a una persona trabajadora, puede hacerlo imponiendo una sanción de menor gravedad que la prevista en el convenio colectivo de aplicación para el tipo infractor de que se trate.

3.1. A propósito del poder disciplinario de la empresa

Con carácter previo a la solución de la cuestión debatida, la Sala aprovecha para recordar su doctrina general en materia de potestad disciplinaria empresarial sobre la base de los siguientes presupuestos (fundamentos de derecho tercero y cuarto):

1º) Origen y fundamento de la potestad disciplinaria.

"el ejercicio del poder disciplinario del empresario deriva de la previsión contenida en el art 58. ET Su fundamento se encuentra en la facultad de dirección y control del empresario (art. 20 ET) en el desarrollo de la actividad laboral, permitiendo la ley que pueda adoptar medidas de carácter disciplinario para corregir los comportamientos de sus trabajadores que perjudiquen a la empresa, o supongan una vulneración de sus obligaciones para con aquella, sus compañeros o sus superiores".

2º) Límites al ejercicio de la potestad disciplinaria.

"Como establece el ET (art. 58) el ejercicio de ese poder sancionador habrá de ejercerse de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable, siendo siempre revisables ante la jurisdicción social (por la vía de los arts. 114 y ss. LRJS) y con unos límites infranqueables: nunca las sanciones podrían alcanzar a afectar a la duración de las vacaciones o suponer minoración de derecho al descanso del trabajador o consistir en multa de haber (art. 58.3 ET)".

3º) Caracterización de la potestad disciplinaria como un poder punitivo.

"En palabras del Tribunal Constitucional (TC) esa potestad disciplinaria del empresario «se trata de un poder punitivo -la potestad de imponer "penas privadas"- que le otorga una superioridad palmaria y que, en el caso de las infracciones muy

graves puede tener serias consecuencias sobre la situación del trabajador, tanto porque puede afectar gravemente a su modo de vida, cuanto porque puede tener, repercusiones indeseables sobre su estatuto jurídico, incluso desde una perspectiva que discurre paralelamente a algunos de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24 y 25 de la Constitución, por más que no pueda identificarse con ellos. El carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario”.

4º) Aplicación de los principios de legalidad y tipicidad.

“El derecho sancionador laboral se rige, inevitablemente, por el principio de legalidad y tipicidad, ... Estos principios exigen que las conductas constitutivas de infracción disciplinaria así como las sanciones correlativas previstas para cada tipo de infracción estén predeterminadas normativamente, de ordinario en la ley o convenio colectivo aplicable. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (por todas la STC 160/2019, de 12 de diciembre, en un caso de sanción administrativa) la norma ha de permitir al destinatario “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa. No cabe, por ello, constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador». En consecuencia, la “tipificación” de las infracciones y sanciones abarca no solo la descripción de la falta, sino también la concreta graduación de las sanciones imponibles, de modo que se delimitan rangos sancionatorios para cada clase de falta (leve, grave o muy grave) y la norma o el convenio colectivo deben determinar la correspondencia exacta entre unas y otras”.

5º) Correspondencia entre falta tipificada y sanción aplicada.

“El principio de tipicidad impone, por tanto, una concordancia necesaria, clara y exacta entre la falta tipificada y la sanción aplicada. Cada falta debe sancionarse con las medidas previstas para su gravedad y no otras. Dicho de otro modo, no cabe desvirtuar la calificación jurídica de la conducta ilícita imponiendo una sanción prevista para una falta de distinta gravedad. Este principio garantiza la seguridad jurídica y el derecho de defensa del sujeto responsable de la conducta ilícita, quien conoce de antemano a qué atenerse si incurre en una infracción determinada”.

6º) Límites a las facultades judiciales de revisión de la sanción impuesta.

“la doctrina de esta Sala niega que el juez, una vez comprobada la corrección de la calificación de la falta efectuada por el empresario, pueda rectificar la sanción impuesta e imponer otra distinta, y ello porque la facultad del empleador se ha ajustado al «margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones, encuadrando la conducta en alguno de los supuestos en aquella y calificando la conducta como falta leve, grave o muy grave», y porque si el juzgador «no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador». Así pues, el órgano jurisdiccional no puede romper el marco de

tipificación normado en el convenio colectivo, y debe mantener la congruencia o correspondencia entre la calificación y la sanción impuesta por el empresario”.

3.2. A propósito de la cuestión debatida

Pues bien, a la pregunta de si la empresa puede o no romper el principio de congruencia entre infracción y sanción cuando es “a la baja” la Sala IV del Tribunal Supremo acaba respondiendo de forma afirmativa. Y ello en atención a las siguientes consideraciones:

- 1ª) El sancionar con ponderación y mayor levedad una infracción de más entidad constituye sin duda una aplicación exquisita de los principios inspiradores de la llamada teoría gradualista al ejercerse el *ius puniendi* (derecho sancionador) con mayor benevolencia cuando lo pudo hacer más gravemente. Todo lo cual, en principio, beneficiaría a la persona trabajadora pues la desproporción favorable la situaría ante una sanción mucho más leve.
- 2ª) En el ámbito disciplinario laboral los incumplimientos que constituyen los tipos infractores son de carácter contractual. Por tanto, es el propio perjudicado por tal comportamiento (la empresa) el que ejerce esa disciplina. Y si bien los principios inspiradores del derecho sancionador impiden, en general, que ni el juez, ni tampoco el titular de ese derecho (la empresa) puedan saltarse la correspondencia entre infracciones y sanciones y elegir éstas a capricho, cabría admitir una excepción: que la elección recaiga sobre una sanción inferior.
- 3ª) En el caso, los hechos objetivamente eran muy graves y la sanción elegida por la empresa no siguió la tipicidad contemplada en el convenio de aplicación imponiendo una sanción correspondiente a infracción menos grave. Ahora bien, semejante elección se llevó a cabo en el pleno ejercicio de la potestad disciplinaria: es la empresa quien tiene la facultad de sancionar o no la infracción o incluso condonar la sanción impuesta cualquiera que fuera, lo que nos lleva a aceptar tal posibilidad consistente en elegir una sanción inferior.
- 4ª) Quien en el caso sanciona es el propio sujeto perjudicado (directa o indirectamente) por la falta cometida. De ahí que resulte lógico y admisible por ello que puedan tener lugar condonaciones totales o parciales del castigo o, incluso, la propia renuncia a ejercer el poder de sancionar, salvo que mediare abuso de derecho o fraude. En definitiva, “hemos de concluir que no podemos extrapolar miméticamente las estructuras sancionadoras administrativas al campo del Derecho Laboral”.
- 5ª) De la actuación empresarial combatida no surge ninguna desventaja o consecuencia desfavorable desde la perspectiva de las garantías aplicables en materia de sanciones (la empresa ha de cumplir con las correspondientes al nivel de gravedad que posea la falta), como tampoco en el ámbito procesal se observa perjuicio alguno (art. 115.3 LRJS y concordantes).

En definitiva, “el empresario, que tiene el poder de dejar sin sanción un determinado comportamiento de uno de sus empleados que pudiera ser constitutivo de infracción disciplinaria, cuando decide sancionarlo, puede hacerlo acudiendo a una sanción de menos gravedad que la convencionalmente prevista para el tipo infractor; naturalmente, esa sanción más leve elegida también debe estar prevista y tipificada en el convenio colectivo, no pudiendo crear una sanción “*ex novo*””.

III. Breve comentario

Si bien es verdad que la Sala IV del Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias sobre la potestad disciplinaria de la empresa y las facultades de esta última en orden a su ejercicio¹, lo cierto es que no se había pronunciado hasta ahora sobre la cuestión de fondo suscitada². De ahí la importancia de la sentencia comentada. Básicamente, porque con ella se zanja el debate suscitado sobre si la ausencia de congruencia “a la baja” entre la calificación jurídica de la falta (en el caso, muy grave) y la sanción impuesta (en el caso, la convencionalmente correspondiente a una falta grave) afecta, incluso, a la propia naturaleza de la sanción impuesta; esto es, si la graduación y desglose de las faltas legal o convencionalmente preestablecidas, vincula también a la graduación y desglose de las sanciones cuando éstas son impuestas por la empresa “a la baja”³. Cuestión que, como ha quedado dicho, es rechazada por la Sala bien que, única y exclusivamente, cuando es “a la baja”.

Si bien se mira, nos hallamos aquí ante un uso ponderado de la facultad disciplinaria. Y es que, una vez que la empresa (única titular de dicha facultad) ha incardinado la conducta de la persona trabajadora de forma acorde al principio de tipicidad de las faltas y sanciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación, la sanción finalmente impuesta es más benigna que la que convencionalmente correspondía a la falta cometida. Todo lo cual entra, perfectamente, dentro de la potestad para modular “a la baja” la facultad disciplinaria que tiene la empresa⁴.

No en vano, “la potestad sancionadora se rige por los principios de tipicidad y de legalidad, que impiden que se impongan sanciones diferentes a las fijadas en las disposiciones legales o convencionales. Ahora bien, si la sanción impuesta está prevista en el convenio colectivo para una falta de inferior gravedad, ..., ninguna infracción hay de los referidos principios de tipicidad y de legalidad. A tal efecto, es necesario tener en cuenta que dentro del régimen sancionador empresarial cobra singular relevancia otro principio, que es el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción y que está claramente conectado con el hecho que se imputa, su valoración jurídica y la graduación de la falta y la imposición de la sanción correspondiente. Además, existe una clara facultad de elección del empresario dentro de las sanciones previstas, que debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad y que no excluye la

¹ Entre otras SSTs 11 de octubre de 2023 (rec. 3805/1992), 27 de abril de 2004 (rec. 2830/2003) y 10 de febrero de 2021 (rec. 1329/2018).

² No admitiendo la existencia de contradicción en un supuesto similar *vid.* el ATS 23 de junio de 2021 (rec. 1567/2020).

³ Entendiéndolo así se mostró la STSJ País Vasco 19 de octubre de 2010 (rec. 1870/2010).

⁴ En este sentido STSJ País Vasco 24 de noviembre de 2011 (rec. 18701027/2011).

posibilidad de elegir una sanción, ..., inferior a la que hubiera correspondido en caso de optar por las previstas para las faltas de mayor entidad que se imputa y prueba, ya que este margen de elección debe entenderse amparado por el referido principio de proporcionalidad, lo que no ocurriría en el caso opuesto, esto es, en el supuesto de opción por una sanción prevista para una conducta de mayor gravedad que la que se sanciona"⁵. Si así fuera, claro queda que habría entonces que revocarla parcialmente imponiendo una sanción adecuada a la gravedad de la falta.

⁵ STSJ Cantabria 1 de julio de 2016 (rec. 389/2016). En este mismo sentido se mostraría también la STSJ Comunidad Valenciana 30 de marzo de 2015 (rec. 396/2015).

El ejercicio del poder disciplinario ante actitudes violentas del trabajador en el marco de la relación laboral

FRANCISCO A. GONZÁLEZ DÍAZ

*Catedrático de Universidad
Universidad de Murcia*

I. Introducción

Una de las principales derivadas del poder de dirección del empresario, reconocido en el art. 20 que dispone que “trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”, se extiende a la necesidad de que la persona trabajadora asuma la obligación de trabajar con la diligencia debida y, en cualquier caso, trabajador y empresario “se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe” (art. 20.2 ET)¹.

En caso contrario, una ruptura de la buena fe contractual por parte del trabajador abre la posibilidad de que el empresario, precisamente en el ejercicio de su poder de dirección y control, despida al trabajador disciplinariamente con base al art. 54.2-d ET: transgresión de la buena fe contractual.

Por tanto, la conexión entre el poder de dirección y la buena fe en el desarrollo de la prestación laboral es evidente, como sobradamente conocido la dedicación que el prof. Montoya Melgar ha dedicado a ambos temas. Concretamente, estas páginas se quieren dedicar a las consecuencias de la ruptura del principio la buena fe que debe presidir la ejecución de la prestación laboral y que desemboca en la extinción de la

¹ Este trabajo de investigación se enmarca dentro de la actividades realizadas en el Proyecto PID2022-137171OB-I00, “La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FEDER, UE e incluido en la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

relación laboral, a través del despido disciplinario y vinculado a hacia violentas del trabajador.

Como nos recuerda el prof. Montoya Melgar en su discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, entre los denominados criterios éticos de validez jurídica que imponen la sujeción de la norma positiva a principios superiores a ella, se encuentra sin duda el principio general de la buena fe, a cuya luz el Derecho deja de interpretarse y aplicarse rígidamente para hacerse más flexible y, en definitiva, más justo y progresivo. Así, a través de este principio general se impone un modelo de conducta social basado en la rectitud y honradez².

Ahora bien, este breve estudio de la trasgresión de la buena fe contractual como motivo de despido disciplinario no se encuentra exento de problemas, puesto que la tarea de subsunción del hecho real al supuesto hipotético previsto en la norma está representado a través de un concepto jurídico indeterminado, como es la buena fe³.

En este contexto adquiere mayor relevancia la jurisprudencia que argumenta que junto al incumplimiento en sí mismo, como dato objetivo, deben valorarse circunstancias como el ámbito de la transgresión, el modo, el medio, la categoría, el puesto o la propia cualificación del trabajador. Todo ello en aras a la búsqueda de la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción impuesta⁴.

II. Violencia hacia otros compañeros

La sentencia del TSJ de Galicia de 11 de diciembre 2024 a la que vamos a referirnos entra en el análisis de la transgresión de la buena fe contractual, y motivo de despido disciplinario, ante situaciones agresivas de un trabajador hacia otros compañeros.

Concretamente, el trabajador, empleado de una entidad pública empresarial, tras el correspondiente expediente informativo es despedido conforme a infracciones del ET y del convenio colectivo aplicable. El despido se acuerda tras quedar probado una discusión entre el trabajador y una trabajadora en donde aquél, reconoce que perdió el control, dio una patada a una silla hacia zona distinta de donde estaba la trabajadora, se dirigió hacia ella aproximándose con su cara y su pecho quedando casi pegados y alzando cada vez más el tono de voz con expresiones como “te voy a arrancar la cabeza”, mientras que la trabajadora quedaba paralizada por el miedo. Con independencia del episodio, al día siguiente el trabajador trató de ponerse en contacto con la trabajadora para pedirle disculpas

El Juzgado de lo Social entendió que se trataba de un despido improcedente al que, en caso de readmisión, podría ser sancionado por infracción de menor gravedad.

² MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Discurso acto de recepción como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pág.10.

³ AYALA SÁNCHEZ, A.: “Breve estudio jurisprudencial sobre la transgresión de la buena fe contractual como causa del despido disciplinario”, *El derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la disciplina laboral*, editorial Laborum, 2015, pág. 353.

⁴ CAVAS MARTINEZ, F.: “La apropiación indebida de cupones de descuento destinados a los clientes es causa de despido disciplinario, sin importar el valor económico de lo apropiado”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 10, 2024, pág. 7.

Frente a esta sentencia se interpone el correspondiente recurso por parte de la Abogacía del Estado.

Y corresponde al Tribunal Superior de Justicia analizar el caso, revocando la sentencia de instancia y declarando procedente el despido. Y para ello, parte de que efectivamente no nos encontramos ante expresiones injuriosas o calumniosas ni tampoco ante ofensas verbales (insultos), pero sí ante una agresión que justifica la extinción del contrato por transgresión de la buena fe.

Mantiene el tribunal que por ser no física o no existir contacto físico no deja de considerarse agresión o es menos grave. Atiende el tribunal a la agresividad del trabajador al alzar la voz y levantar la mano indicando una amenaza, que no llegó a consumarse al ser sacado de las dependencias por un compañero⁵. En cualquier caso, la sentencia aplica el principio gradualista que impide sancionar de forma desproporcionada a su gravedad las falta que puedan cometer las personas trabajadoras y, en caso de despido disciplinario, debe, además, incurrir en conducta de especial gravedad y transcendencia.

Y es precisamente en este punto, en el que se discrepa de la decisión judicial puesto que el hecho se produce en un momento de acaloramiento, la silla no se lanza contra la trabajadora, trata de pedir disculpas a la mañana siguiente, no transcurriendo más de doce horas.

Por ello, resulta aconsejable valorar elementos flexibilizadores para no adoptar posturas excesivamente rígidas sobre todo cuando podemos acudir a otras sanciones disciplinarias menos drásticas, medios de resolución de conflictos internos, incluso aplicando medidas preventivas como cambio de turnos entre los trabajadores incompatibles o solicitando intervención psicosocial. Todo ello bajo la consideración de que el despido es la máxima sanción y este “debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso”⁶.

III. Violencia hacia usuarios o clientes

En el caso de la STSJ de Cataluña de 18 de abril de 2018, esa violencia se dirige hacia lo que podemos llamar clientes. En esta ocasión, la trabajadora de un centro de asistencia a personas con discapacidad intelectual propina un fuerte empujón a un interno del centro afectado de autismo que al encontrarse en el comedor merendando decidió levantarse y dirigirse a un armario a coger un bollito, cuando según las normas deben permanecer sentados. Además, le dio un fuerte golpe contra la espalda para obligarle a sentarse, le ordenó que bebiera un vaso de agua y cuando el residente quiso devolver el vaso a otra trabajadora, le volvió a golpear al interno, quien cayó al suelo y trato de huir gateando. Para impedir la marcha le cogió de forma agresiva de la parte

⁵ STSJ Galicia 5779/2024 de 11 diciembre (rec. 4811/2024). No es posible aceptar que en el lugar de trabajo se tolere ningún tipo de violencia, menos aún, cuando la violencia ejercida no puede ser atemperada por una conducta previa de la víctima o alguna otra circunstancia personal o profesional de su autor que sirvan de atenuante para graduar la sanción impuesta.

⁶ STS 27 enero 2004 (rec. 2233/2003).

trasera del cuello del jersey causándole un hematoma. En esta situación el residente entró en crisis golpeándose la cabeza con una cuchara, momento en que la trabajadora le arrastró por los pies por el pasillo.

El tribunal consideró que concurre el supuesto de transgresión de la buena fe desde el momento en que la trabajadora actuó con violencia física hacia usuarios del centro, teniendo en cuenta que en ningún momento tal actitud estuviera precedida por un gesto de ataque o agresión del interno hacia ella. En este contexto, carece de valor lo alegado por la trabajadora relativo a la falta de formación proporcionada por la empresa a sus trabajadores para saber cómo responder ante situaciones críticas⁷.

Como ha determinado el TS en numerosas sentencias hay un reconocimiento de la capacidad de la autonomía colectiva para tipificar incumplimientos contractuales que devengan en un despido disciplinario por transgresión de la buena fe, siempre sometidos a una adecuada proporcionalidad como exige el derecho sancionador. Especialmente, cuando la transgresión de la buena fe contractual es un motivo rodeado de absoluta vaguedad y que constituye un cajón desastre para amparar comportamientos graves y culpables no contemplados en los otros apartados del art. 54.2 ET⁸.

Lo anterior no opta, como el caso al que hacemos referencia, a que la inexistencia de una previsión convencional referida a la infracción cometida por la persona trabajadora, devenga en un comportamiento transgresor de la buena fe contractual, puesto que precisamente lo que debe valorarse es el quebrantamiento de la lealtad y diligencia exigibles y de la confianza depositada en el trabajador. *A sensu contrario*, si no es claro es quebrantamiento o diligencia, la conducta de la persona trabajadora no podría ser objeto de sanción grave con despido⁹. En este caso no hay duda de la gravedad y de la pérdida de confianza absoluta a pesar de no existir la previsión de maltrato en la norma convencional como justificación para el despido por transgresión de la buena fe contractual.

Con nulo margen de dudas, cabe la justificación de la procedencia del despido cuando el convenio colectivo subsume en su totalidad la conducta de la persona trabajadora. Sobre esta cuestión, la STSJ de Islas Baleares de 20 noviembre 2023, ratifica el despido de la trabajadora tras quedar acreditado que ésta se marchó de la habitación en la que se encontraba la residente Celsa, dejando a la misma en la cama, destapada. Al regresar, la usuaria le preguntó la razón por la que siempre la bajaba tan tarde a desayunar, a lo que la trabajadora respondió abofeteando repetidamente a la residente.

Este hecho junto con la redacción del art. 60.C. 2) y 5) del Convenio colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que califica como muy graves “la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas” y “los malos tratos de palabra, obra, psíquicos o morales, infringidos a las personas residentes, usuarios/as, compañeros y compañeras de trabajo de cualquier categoría, así como a la familia

⁷ STSJ Cataluña 2296/2018 de 18 de abril (rec. 48/2018).

⁸ STS 15 octubre 2024 (rec. 4484/2024).

⁹ STSJ Cataluña 431/2003 de 22 de enero (ECLI:ES:TJCAT:2003:793).

y acompañantes, o a cualquier otra persona que se relaciona con la empresa”, aboca al despido procedente de la trabajadora por el empleo de la violencia sobre la residente como conducta suficientemente grave.



Precisamente como continuación de los anteriores pronunciamientos conectamos con la STSJ Madrid de 1 febrero 2024, en donde, en virtud del poder disciplinario del empresario éste procede al despido por transgresión de la buena fe contractual de una educadora infantil cuyos hechos violentos acreditados consistieron en que “estaba gritando a los niños durante la comida, levantando a continuación de la mesa a un niño, agarrándole del brazo, diciéndole «ya has terminado tu comida». Poco después, la demandante gritó a una niña que se había manchado durante la comida, tirándola del hombro para levantarla de la silla”.

En este caso se cuenta con convenio colectivo aplicable que distingue en su artículo 86, entre la figura del maltrato y la negligencia a la hora de realizar el trabajo encomendado, siendo así que cabe la negligencia como falta leve o como falta grave, quedando el maltrato calificado como falta muy grave.

Así, el tribunal toma en consideración dos aspectos:

- a) La doctrina de aplicar el despido disciplinario cuando la persona trabajadora haya incurrido en conductas de especial gravedad y transcendencia, pues no toda falta laboral o incumplimiento del mismo puede generar la sanción más grave que prevé el ordenamiento laboral, que debe quedar reservada a aquellos comportamientos que evidencien una especial dosis de gravedad, en aplicación de la denominada teoría gradualista que obliga a guardar una adecuada proporcionalidad entre la sanción y la conducta sancionada.
- b) La falta de acreditación de la conducta de la trabajadora consistente en que zarandeara en algún momento a los menores ni que ejerciera violencia sobre ellos y les insultara o profiriera expresiones insultantes. Por el contrario, queda acreditado que la trabajadora da voces y grita en un momento dado. De la misma forma, dar voces y gritar no es lo mismo que ofender o insultar por lo que no se puede apreciar que por los referidos gritos la actora haya menospreciado o humillado a alguien de los menores y menos aún que hayan provocado la vulneración de sus derechos fundamentales.
- c) En base a lo anterior una correcta tipificación de la conducta infractora obliga a enmarcarla dentro de la negligencia. El convenio colectivo distingue entre la figura del maltrato y la negligencia a la hora de realizar el trabajo encomendado, siendo así que cabe la negligencia como falta leve o como falta grave, pero en cuanto a la falta muy grave solo se califica como tal el maltrato.

Manteniendo el tribunal que los hechos acreditados no revelan la existencia del maltrato preciso para aplicar la falta muy grave que posibilita el despido disciplinario

sino la realización de su trabajo y de las funciones encomendadas de forma inadecuada y negligente, resuelve declarar la improcedencia del despido¹⁰.

IV. Violencia hacia bienes de la empresa

Como es sabido, el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma pero siempre respetando la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga (art. 6.4 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo) por lo que “no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines”¹¹.

Sobre esta base y partiendo de los hechos de que el trabajador, junto a otros compañeros causaron daños a un vehículo propiedad de la empresa en el curso de una huelga, daños que consistieron entre otros, en la perforación de las cuatro ruedas, rotura de cristales del vehículo, perforación de la chapa, rotura de los retrovisores y sustracción del extintor del vehículo, ocasionando que fuese declarado como siniestro total; procede determinar la procedencia o no del despido por el ejercicio de actos violentos sobre bienes de la empresa.

El tribunal considera que acreditados de forma solvente las graves conductas imputadas, no puede prosperar la pretensión de nulidad del despido basada en la condición de delegado sindical, y en que esa circunstancia fuera la determinante de la identificación del trabajador como autor de los hechos, dado que, con absoluta independencia de aquella condición, su intervención en los daños producidos justifica holgadamente la decisión disciplinaria de despido¹².

Por nuestra parte añadir que, en este caso no nos encontramos con un convenio colectivo que tipifique la actuación del trabajador, pero no cabe duda que el trabajador tiene plena consciencia de la repercusión de su conducta en sus deberes laborales, especialmente como representante sindical, por lo que dicha actuación permitiría la sanción del despido como procedente¹³, con independencia de la inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reproachable¹⁴.

¹⁰ STSJ Madrid 73/2024 de 1 febrero (rec. 639/2023). En parecido sentido, y alejado de supuestos de violencia como los tratados en este trabajo, la imposibilidad de subsumir la conducta de fumar porros entre las faltas muy graves contempladas en el convenio colectivo, puesto que no iba asociada a toxicomanía que repercutiera negativamente en el trabajo, conduce a la calificación del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual como improcedente. STSJ Cataluña 6994/2023 de 7 diciembre (rec. 4692/2023).

¹¹ STC 69/2016, de 14 de abril (fj. 2).

¹² STSJ Cataluña 98/2024 de 11 enero 2024 (rec. 5649).

¹³ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando el trabajador de baja por incapacidad temporal: transgresión de la buena fe y discriminación por razón de enfermedad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, número 480, 2024, pág. 190.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral», *Revista de Jurisprudencia Laboral* número 10, 2023, pág. 9.

V. Conclusión

No me parece más acertado que concluir estas páginas aludiendo a las palabras del profesor Montoya en su obra que señala que “la regla de la buena fe, venga expresada en una cláusula general o en un mandato concreto, o sea un término implícito del contrato, obliga a un modelo de conducta; este “deber ser”, no obstante, puede ser contrariado, sea dolosa o culposamente, por el obligado a su observancia¹⁵. En este sentido, y conectando con el tema de estas páginas, la violencia, como regla general ejercida sobre compañeros, usuarios o bienes de la empresa, constituye una ruptura del principio de buena fe contractual.

VI. Bibliografía

- AYALA SÁNCHEZ, A.: “Breve estudio jurisprudencial sobre la transgresión de la buena fe contractual como causa del despido disciplinario”, *El derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la disciplina laboral*, editorial Laborum, 2015.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: 2La apropiación indebida de cupones de descuento destinados a los clientes es causa de despido disciplinario, sin importar el valor económico de lo apropiado², *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 10, 2024.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E.: 2Despido disciplinario por tocar la guitarra en un concierto de rock estando el trabajador de baja por incapacidad temporal: transgresión de la buena fe y discriminación por razón de enfermedad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, número 480, 2024.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral², *Revista de Jurisprudencia Laboral* número 10, 2023.
- MONTOTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Discurso acto de recepción como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- MONTOTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, 2001.

¹⁵ MONTOTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, 2001, pág. 95.

Límites del poder disciplinario empresarial en el cumplimiento de sanciones disciplinarias de suspensión de empleo y sueldo: potestad empresarial «ma non troppo» (A propósito de la sentencia TS, Social 571/2025 de 15 de junio)

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Magistrado Tribunal Supremo (Sala de lo Social)

I. Planteamiento de la cuestión

En apenas dos páginas y media, el profesor Montoya Melgar, condesa, de manera magistral toda una teoría (con explicitas e implícitas derivadas prácticas) sobre el concepto y régimen jurídico del poder disciplinario¹. Nos habla del “carácter irrenunciable del poder disciplinario - su atribución forma parte del orden público laboral-“, lo que “no impide la eventual renuncia (o dejación) a su ejercicio, que operaría como una condonación de la falta del trabajador”. Ahora bien - remata el maestro señalando- que lo que no puede es, so pretexto de tener conferida esa potestad en imponer sanciones “ignore derechos del trabajador” o infrinja garantías formales esenciales.

La lectura de esas páginas resulta inspiradora para contextualizar dentro de la arquitectura del sistema sancionador laboral un problema específico de aplicación e interpretación sobre el cumplimiento de sanciones. Se trata de determinar si es o no lícito que una empresa pueda supeditar, posponiendo, el cumplimiento de una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo, a su mera voluntad unilateral.

¹ MONTTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Cuadragésimo sexta edición, 2025. Revisada y actualizada por Antonio V. Sempere Navarro, Tecnos, Madrid, págs. 390-392.

II. Garantías en el cumplimiento de sanciones

En general, la posposición de la ejecución de la sanción, en principio, es factible. Ahora bien, una cosa es que la posibilidad de que la empresa pueda “condicionar la ejecución o cumplimiento de la sanción” a la firmeza de la sanción; y otra bien distinta es que la empresa supedite el cumplimiento de la sanción a su unilateral y libérrima voluntad.

En cuanto al primer supuesto (posposición sujeta a firmeza), es clave tener puesta la mirada en la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo -Social- de 17 mayo 2010² que declara que el plazo, como en la reclamación del despido, que es de caducidad, empezará a contar el día en que se comunica la sanción al trabajador; considerando que la remisión que hace el art. 114.1 al art. 103 LRJS, se refiere únicamente al plazo para el ejercicio de la acción y no a la fijación del *dies a quo*. Esta doctrina jurisprudencial deja claro el matiz diferencial respecto a la impugnación del despido “porque son esencialmente distintos los efectos que se siguen de la ejecución de la decisión de despido -se extingue la relación laboral, cesando las recíprocas obligaciones de trabajar y remunerar, además de los efectos en la esfera de la Seguridad Social- que los que conlleva la ejecución de una sanción pues, además del diferente contenido que pueden tener las distintas sanciones, la relación laboral subsiste, con independencia de que se ejecute o no la sanción y del momento en que dicha ejecución se lleve a cabo”.

Este criterio jurisprudencial, en principio, tiene dos lecturas: 1ª- la primera consecuencia es que está admitiendo implícitamente que los efectos de la sanción -en el caso, suspensión de empleo y sueldo- puedan ser posteriores a la fecha de la notificación de la misma. Por tanto, con este criterio jurisprudencial se descarta la tesis que venía sosteniendo cierta doctrina de suplicación a favor del cómputo a partir del día siguiente al de cumplimiento o efectos de la sanción; y, en cambio deja claro que el cómputo de la caducidad comienza a partir de la comunicación de la sanción. 2ª- La segunda lectura interpretativa permite cuestionar o poner en entredicho como requisito formal esencial, la consignación de la fecha de efectos de la sanción³. Requisito esencial lo es el de la notificación escrita en las faltas graves y muy graves, que sí suponen una garantía. Con todo debe tenerse en cuenta que la doctrina constitucional ha puntualizado -STC 135/1996, de 23 julio -, que el *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción cuando en convenio colectivo se prevé una interna de reclamación contra las sanciones descartando que en tal caso tal norma convencional pueda alterar o modificar ningún plazo procesal al ser materia de orden público; resolviendo que “solo transcurridos los plazos establecidos convencionalmente para recurrir y resolver internamente la sanción, éste puede considerarse definitivamente acordada y, en consecuencia, comienzan los veinte días de caducidad para que el trabajador, en su caso, la impone en vía judicial”.

² ECLI:ES:TS:2010:3241.

³ MARTÍNEZ MOYA, J. *Revista de Jurisprudencia* Número 57, Mayo 2023 Número 57, Mayo 2023 El cumplimiento de las sanciones disciplinarias Por: D. Francisco Javier Lluçh Corell Presidente de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana.

Por otra parte, comunicada la sanción, pero pendiente de firmeza, es perfectamente posible que la empresa acuerde la suspensión de la ejecución tanto motu proprio o porque atienda la solicitud del trabajador a tal efecto. En principio, ningún inconveniente hay para que la facultad de posponer el cumplimiento de la sanción por parte de la empresa se considere ajustada al contenido de la potestad disciplinaria; poder disciplinario que aunque es irrenunciable pues forma parte del orden público laboral no impide la eventual renuncia -o dejación- a su ejercicio hasta llegar a renunciar al mismo en un caso concreto, por lo que operaría como una condonación de la falta del trabajador⁴.

Ahora bien, qué ocurre si nos encontramos en el supuesto en el que la empresa sanciona al trabajador disciplinariamente con la suspensión de empleo y sueldo, y la fecha de efectos se supedita, sin más, a la mera voluntad unilateral de la empresa.

Esta es la cuestión que aborda la sentencia sobre la que damos noticia.

III. La sentencia TS (Social) 571/2025, de 15 de junio

1. Los antecedentes procesales y los hechos

La sentencia TS (Social) 571/2025, de 15 de junio⁵, en sede de casación unificadora, afronta abiertamente la cuestión enderezada a determinar si es nula la sanción disciplinaria de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo impuesta a un trabajador por supeditar su fecha de efectos a la voluntad unilateral de la entidad empleadora.

En síntesis, el contexto litigioso viene definido por la siguientes circunstancias:

- a) El 7 de enero de 2021 se comunicó al actor la imposición de una sanción disciplinaria de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir cuando le fuera indicado por la dirección.
- b) Impugnada en vía judicial la sanción, el Juzgado de lo Social desestimó íntegramente la demanda presentada por el trabajador.
- c) Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña dicta sentencia en fecha de 20 de marzo de 2023, y revocando la de resolución de instancia declara la nulidad de la sanción por falta muy grave por no haber observado los requisitos formales legalmente establecidos.
- d) La empresa recurre la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ indicada en casación unificadora. Invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, 871/2012, de 14 de marzo (rec. 1669/2010).
- e) La Sala Cuarta, admite la contradicción y dicta sentencia 571/2025 de 15 de junio, confirma la resolución recurrida.

⁴ MONTOLYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit.

⁵ ECLI:ES:TS:2025:2827. Reiterada por otra recaída en recurso 2351/2023 que estima el recurso de la trabajadora.

2. Pasajes decisivos: normativa y precedentes de la Sala

Son pasajes decisivos de la misma, los que se refieren a estos apartados, que agrupamos de manera sistemática en apartados:

(1) La normativa sobre la fecha de efectos de las sanciones disciplinarias.

Por una parte, el artículo 58.2 ET que establece que «la sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.»

Por otro lado, el artículo 115.1 d) LRJS dispone que la sentencia que resuelva la impugnación de la sanción la declarará nula «si hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente, o cuando éstos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos.»

3. Los precedentes de la Sala

En primer término, alude a la STS 737/2024, de 28 de mayo (rcud 4088/2024), con cita de la STS 17 de mayo de 2010 (rcud 4042/2008), que determina “que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la sanción comienza en el momento en que tal acción pudo ejercitarse, lo que sucede cuando la decisión empresarial sancionadora es comunicada al trabajador, aun cuando se posponga el cumplimiento de la sanción a que esta alcance firmeza.”

Precisa que “[S]on distintas, en este sentido, las formalidades del despido disciplinario y de la sanción. Como dijera la STS 15 de septiembre de 1988, en la que se apoya la sentencia recurrida, «nada impide ... que en la fijación de (la fecha de efectos de la sanción) tal fecha se demore, con posposición a la del transcurso del plazo legalmente establecido para su impugnación.» Esta última sentencia “permite expresamente que la fecha de cumplimiento de la sanción se posponga al momento inmediatamente posterior a la finalización del plazo legal para su impugnación. Igualmente, en el supuesto examinado por la STS 737/2024, de 28 de mayo (rcud 4088/2024), el cumplimiento de la sanción se demoró «para cuando la sanción sea firme.»

4. La doctrina unificadora en general y alguna cautela

Sentado este planteamiento, la Sala Cuarta, sienta la doctrina de que “una cosa es posponer el cumplimiento de la sanción a que haya transcurrido el plazo legal para impugnarla o a que sea firme, y otra, bien distinta, que, como sucede en el presente caso, la entidad empleadora comunique al trabajador que la sanción de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo se cumplirá cuando «le sea indicado por su dirección.»

“En el primer caso, se pospone el cumplimiento de la sanción a un hecho concreto y cierto (el transcurso del plazo de impugnación o su firmeza), que no depende de la simple voluntad empresarial. Por el contrario, en el supuesto que estamos examinando, el momento temporal del cumplimiento de la sanción de suspensión de empleo y sueldo se deja, como bien señala la sentencia recurrida, a la mera voluntad empresarial.

Y así como no hay obstáculo para posponer el cumplimiento de la sanción a que haya transcurrido su plazo de impugnación o a su firmeza, lo que no resulta razonable, sino patentemente desproporcionado y desequilibrado, es dejar a la libre determinación unilateral de la empresa el momento de cumplimiento de la sanción, sin fijar ningún criterio objetivo que al menos atempere esa incondicionada y absolutamente libre voluntad empresarial.”

Ahora bien, la sentencia contiene ciertas matizaciones condicionadas en el contexto litigioso planteado. Al respecto señala que “es significativo recordar, en este sentido, que, en la impugnación del recurso de suplicación del trabajador y por la vía del artículo 197.1 LRJS, la entidad empleadora pretendió introducir un nuevo hecho en el que se hiciera constar que el 9 de junio de 2021 se comunicó al trabajador que «la sanción se haría efectiva cuando la resolución del presente procedimiento adquiriera firmeza en el caso de que se confirmara su procedencia.» Como igualmente hemos adelantado, la revisión fáctica no pudo prosperar porque lo que se quería añadir al relato fáctico no se deducía en modo alguno del documento que se esgrimía. El caso es que si lo anterior se hubiera hecho constar en la comunicación de la sanción, podríamos haber llegado a una conclusión distinta a la que hemos alcanzado.

La STS 15 de septiembre de 1988 entendió que la «fecha» a que se refiere el artículo 58.2 ET es «la fecha de efectos» de la sanción. Pero aunque la palabra «fecha» del artículo 58.2 ET no tenga el mismo alcance que la expresión «fecha en que tendrá efectos» el despido del artículo 55.1 ET, lo cierto es que no se compadece con los requisitos formales a cumplir una sanción por falta muy grave consistente en sesenta días de suspensión de empleo y sueldo cuyo cumplimiento no se supedita a ningún criterio objetivo y cierto, sino que se abandona por completo al momento en que el empleador decida libremente y sin ninguna cortapisa.

Y concluye señalando que desde “el momento en que un trabajador esté dos meses sin trabajar, y especialmente sin percibir el salario, aunque sea como consecuencia de una sanción disciplinaria, no puede dejarse en manos de la exclusiva y unilateral voluntad empresarial, sin ningún otro criterio objetivo que delimite o condicione esa voluntad. En los términos del artículo 115.1 d) LRJS lo anterior es un defecto grave de los requisitos formales de la sanción.”

IV. Apunte final

En 1962 el profesor Montoya Melgar se doctoró con la tesis “El poder de dirección del empresario”, en la que como escribió su maestro, el profesor Alonso Olea, director de aquella, aborda “sin vacilaciones” una construcción unitaria del Derecho del Trabajo.⁶

Se aludió al principio de este breve comentario, a la obra “Derecho del Trabajo” como guía y fuente inspiradora de lo que supone un conocimiento cabal de los elementos que componen el régimen jurídico del poder disciplinario, poder destinado

⁶ ITURMENDI MORALES, J.: Presentación. Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo. VV.AA. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1996, pág. VIII.

“a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa”. Junto a este poder, el de dirección, el destinado “a la organización general de la empresa y a la ordenación de las singulares prestaciones laborales”⁷.

Pues bien, el profesor Montoya, ya dejaba claro - y este es el valor añadido de su imprescindible “manual” - que el Derecho del Trabajo establece un sistema disciplinario jurídico-privado inspirado “más que en la teoría civil del incumplimiento contractual, en la construcción penal de los delitos y penas y en la administrativa de las infracciones y sanciones” (...) claramente basado en los principios de tipicidad y legalidad. Se conjura así la posibilidad de que el empresario ignore derechos del trabajador también en el cumplimiento de las sanciones. Por ello, la fecha de efectos de la sanción debe ser clara y no puede ser determinada unilateralmente por la empresa sin criterios objetivos. Estas formalidades son esenciales para garantizar la legalidad del proceso y proteger los derechos del trabajador.

⁷ MONTAYA MELGAR, A. Op. cit. 385.

Límites del poder sancionador en la empresa. A propósito de la STS de 11 de junio de 2025 (rec. 3357/2023)

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

I. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2025 (rec. 3357/2023) que ahora nos ocupa fue dictada por la Sala de lo Social en recurso de casación para la unificación de doctrina y ofrece, a mi modo de ver, una nueva oportunidad para reflexionar sobre los límites formales y materiales del poder disciplinario del empresario; y, en particular, en relación con la exigencia de fijación de la fecha de efectos en las sanciones de suspensión de empleo y sueldo.

El caso presenta una cuestión aparentemente formal pero de gran trascendencia práctica: ¿puede el empresario imponer una sanción y diferir su cumplimiento a un momento indeterminado, condicionado únicamente a su propia decisión? El Tribunal Supremo responde de forma clara en sentido negativo, reafirmando y precisando su doctrina previa sobre el art. 58.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y sobre el art. 115.1 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). De este modo, la resolución reviste significativa importancia sistemática en la delimitación de los límites del poder de dirección empresarial en materia disciplinaria, específicamente respecto a la indeterminación en el momento de ejecución de las sanciones de suspensión de empleo y sueldo, porque, más allá de resolver esta controversia concreta, sienta doctrina sobre los requisitos formales y los principios que deben regir la potestad sancionadora empresarial. Así, el Tribunal Supremo avanza hacia una interpretación garantista, anclada no solo en la literalidad del art. 58.2 ET sino, sobre todo, en su teleología y

finalidad protectora. Esta visión incide de manera directa sobre el propio concepto de poder de dirección y los controles que se imponen para evitar su ejercicio arbitrario.

II. Antecedentes de hecho

En el asunto que llega al TS en unificación de doctrina el trabajador fue objeto de una sanción disciplinaria de sesenta días de suspensión de empleo y sueldo, comunicada mediante carta de 7 de enero de 2021. Dicha comunicación incluía la descripción de los hechos -relacionados con una baja médica coincidente con la prestación de servicios en otra empresa- y la calificación jurídica de falta muy grave, pero añadía que la sanción se cumpliría “cuando le fuera indicado por la dirección”.

El trabajador impugnó la sanción alegando, entre otros motivos, la infracción del ar. 58.2 ET, que exige que la comunicación escrita haga constar “la fecha y los hechos que la motivan”. El Juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona desestimó la demanda, confirmando la medida disciplinaria. Sin embargo, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (sentencia 1875/2023, de 20 de marzo) estimó el recurso de suplicación y declaró la nulidad de la sanción por defectos formales, argumentando que la falta de concreción temporal dejaba al trabajador en situación de indefensión.

La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina, invocando una sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de marzo de 2012 (rec. 1669/2010), que admitía la validez de una sanción cuyo inicio se fijaba en momento posterior sin que la comunicación inicial precisara fecha exacta.

III. La doctrina jurisprudencial: la sanción puede posponerse pero no “para cuando quiera la empresa”

La sentencia unificadora confirma, en primer lugar, la existencia de contradicción doctrinal con la resolución invocada de contraste, pero opta por mantener la doctrina restrictiva ya consolidada. En efecto, el TS distingue con claridad dos supuestos a la hora de valorar si la sanción que se impone por la comisión de una infracción por parte del trabajador puede o no posponerse:

- Por una parte, la postergación objetiva y vinculada a un hecho cierto se admite cuando la fecha de inicio se supedita a un acontecimiento que debe ser “determinado y previsible” -como el transcurso del plazo legal de impugnación o la firmeza de la sanción-, es decir, que no depende exclusivamente de la voluntad empresarial.
- Por otra parte, la postergación de la sanción indefinida y discrecional se rechaza de plano cuando la comunicación se limita a señalar que la sanción se cumplirá “cuando lo indique la dirección”, sin referencia a ningún criterio objetivo ni plazo cierto.

En este sentido, en palabras del Tribunal, “lo que no resulta razonable, sino patentemente desproporcionado y desequilibrado, es dejar a la libre determinación unilateral de la empresa el momento de cumplimiento de la sanción, sin fijar ningún criterio objetivo que al menos atempere esa incondicionada y absolutamente libre voluntad empresarial”. Tal proceder constituye un defecto formal grave a los efectos del

artículo 115.1 d) LRJS. De este modo, la Sala recuerda que la exigencia de constancia de la fecha no es un mero formalismo accesorio, sino una garantía esencial para el trabajador, quien debe poder prever el periodo de suspensión de empleo y sueldo, organizar su vida personal y económica y, en su caso, articular una estrategia de defensa procesal adecuada.

Esta conclusión alanzada por el TS no difiere de la jurisprudencia anterior en la materia. Ni de la más lejana en el tiempo -STS de 15 de septiembre de 1988-, ni de la más actual -STS 737/2024, de 28 de mayo-. En ellas el Alto Tribunal vino a admitir que la fecha de cumplimiento de la sanción podía posponerse, por ejemplo, al momento inmediatamente posterior a la finalización del plazo de impugnación o a la firmeza de la decisión sancionadora empresarial, entendiendo que tal diferimiento no lesionaba el derecho de defensa siempre que se establezca con criterios objetivos.

En efecto, en la primera de las resoluciones mencionadas reiteraba el TS la clásica doctrina basada en el reconocimiento, de un lado, de que la potestad disciplinaria que corresponde al empleador determina la ejecutividad de las sanciones que impusiere, sin perjuicio del derecho que le asiste al trabajador afectado de su impugnación jurisdiccional; y, de otro, de la exigencia de comunicación escrita que haga constar los hechos imputados y la fecha de efectos. Ahora bien, según esta interpretación “nada impide sin embargo, que en la fijación de éstos tal fecha se demore, con posposición a la del transcurso del plazo legalmente establecido para su impugnación”.

En la segunda, mucho más reciente, vuelve la Sala a abordar la misma cuestión para admitir que ninguna quiebra de formalidades determina la expresión consistente en esperar para la imposición de la sanción a que ésta alcance de firmeza”, dado que con ello, por una parte, la decisión empresarial sancionadora está ya adoptada y comunicada al trabajador con determinación de los hechos que la motivan, y tales son las exigencias formales establecidas por el legislador; y, por otra, se garantiza, en fin, la defensa del trabajador al posibilitar su impugnación desde que acaece la comunicación sancionadora misma

Con la STS de 11 de junio de 2025 nuestro Alto Tribunal traza la línea roja: dejar el cumplimiento “cuando lo indique la dirección” no es diferir a un hecho cierto, sino trasladar el control de un elemento esencial de la sanción (su eficacia temporal) a un poder discrecional sin límites, lo que resulta “patentemente desproporcionado y desequilibrado” y constituye un “defecto grave” conforme al art. 115.1 d) LRJS. En este sentido, el Tribunal recuerda que dos meses sin trabajo y, sobre todo, sin salario, no pueden quedar a merced de la determinación unilateral del empleador, pues se comprometen la defensa procesal, la previsión personal y la propia seguridad jurídica de la relación, erosionando el equilibrio contractual.

Con esta interpretación, como decíamos, el TS depura y precisa una doctrina continuista con la fijada en 1988 y actualizada en 2024: es posible posponer, pero solo a hitos objetivos y deviene inválida toda remisión a decisiones discrecionales de la empresa. De este modo, la Sala reitera que el requisito formal de la fecha protege la defensa y la previsibilidad, especialmente allí donde la sanción incide intensamente en el salario y en la organización de la vida del trabajador, núcleo duro de las garantías del

art. 58.2 ET. En este sentido, se refuerza un patrón de razonabilidad: a mayor intensidad de la sanción, mayor rigor en el cumplimiento formal y en la exclusión de márgenes arbitrarios de ejecución.

Tal y como sostuvo el recordado profesor Montoya Melgar el poder de dirección de la empresa se define como “conjunto de facultades jurídicas (decisorias, ordenadoras y de control) a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”. Y a ese poder en el marco de la relación laboral se une el poder sancionador sin el cual “sería incongruente hablar de actividad empresarial libre”.

Sin duda ello es cierto. No obstante, el ejercicio de ese poder disciplinario que queda en manos de la empresa se condiciona, como también destacaba el profesor Montoya, mediante las exigencias previstas en el art. 58 ET, equilibrándose la ejecutividad inherente a la potestad disciplinaria con la tutela de las garantías del trabajador, sin petrificar la gestión disciplinaria, pero sí encauzándola por vías predecibles y objetivas

Concretamente, la exigencia de una “fecha” en el art. 58.2 ET cumple funciones de claridad, seguridad jurídica y tutela del derecho de defensa, evitando que la sanción, una vez comunicada, permanezca latente como amenaza indefinida que pueda activarse estratégicamente. En este sentido, en la suspensión de empleo y sueldo, la fecha delimita el perímetro temporal de la privación salarial y del alejamiento del puesto, proporcionando un horizonte cierto para la vida contractual y personal del trabajador; y, por supuesto, también para el propio control judicial. Por otra parte, desde la perspectiva de la sanción como acto administrativo privado en el contrato de trabajo, la fecha opera como elemento esencial de eficacia: define cuándo la sanción despliega sus efectos y, por ello, no puede quedar a una determinación *ex post* no reglada de la empresa, ya que con ello se podría convertir la sanción en un instrumento de presión constante sobre la persona trabajadora.

En este sentido, a mi modo de ver, la doctrina de 2025 consolida las garantías que para los trabajadores debe asumir la empresa en el ejercicio de su derecho sancionador que queda supeditado, por un lado, a límites formales que comprenden la comunicación escrita, la determinación de hechos, la calificación y, crucialmente, la fecha de efectos o, si se difiere, la referencia a un hecho cierto (plazo o firmeza), quedando proscrita la indeterminación discrecional-. Y, por otro, a límites materiales, que comprenden la proporcionalidad entre infracción y sanción, la proscripción del abuso de derecho y el respeto a derechos fundamentales.

IV. Bibliografía

- MONTAYA MELGAR, A. (1965) *El poder de dirección del empresario*, Madrid (IEP)
- MONTAYA MELGAR, A. (1979) “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *RPS*, núm. 121.

Despido disciplinario y mantenimiento de la condición de representante legal. A propósito de la STS 25-4-2023

PATRICIA NIETO ROJAS¹

*Profesora Titular Derecho Trabajo y Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia
<https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>*

I. La protección frente al poder disciplinario como garantía de la actuación representativa

El poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Magistralmente, señalaba el profesor Montoya Melgar que “el poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales²). Este poder directivo singular ordena «el trabajo convenido» (art. 20.1 ET) y permite la adopción de medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, siendo modulado este poder respecto a los trabajadores que asumen la condición de representantes legales, puesto que, entre las garantías legales para el ejercicio de la actuación representativa, el apartado c) del art. 68 ET se encuentra el derecho a “no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus

¹ El presente trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “La dimensión sociolaboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación” Proyecto PID2021-124979NB-I00 financiado por MCIN /AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE, dirigido por el profesor Mercader Uguina, y del proyecto “La eficacia de la respuesta de la negociación colectiva en la reducción de la desigualdad”, financiado por la UNED, del que la autora es investigadora principal.

² MONTAYA MELGAR, A., «El poder de dirección del empresario», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 2000, p. 576.

funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el art. 54 ET”.

Con esta previsión, el legislador estatutario, en plena coherencia con lo disciplinado por la normativa internacional, sienta un principio general de que la acción representativa tiene una inmunidad frente a la actuación empresarial que hace modular el poder de dirección del empresario³ y con la que se trata de prevenir conductas indirectas de represalia⁴. La amplitud de esta garantía engarza con lo disciplinado en el art. 1 Convenio núm. 135 OIT que tutela a los representantes legales “contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”, y con el principio general de no discriminación consagrado en los artículos 14 CE y 17 ET. Pese a la aparente claridad de la norma legal, la aplicación de esta garantía ha planteado una elevada litigiosidad, especialmente en lo que hace a sus contornos configuradores, es decir, si la misma alcanzará a cualquier función de naturaleza sindical o si, por el contrario, ha de ceñirse a la actuación representativa en los términos referidos en el ET⁵. La respuesta a esta cuestión ha sido eminentemente jurisprudencial, habiéndose establecido, a estos efectos, dos criterios interpretativos básicos, a saber:

a) Que el desempeño de labores representativas no ha de comportar para el representante un empeoramiento, una carga añadida cuando se compara con su situación anterior o con la del resto de los compañeros⁶; b) que, al tiempo, cualquier sanción a los representantes tiene una proyección evidente sobre la esfera de los representados porque afecta o lesiona el interés colectivo tutelado⁷. Corolario de lo anterior es que se haya tratado de separar los dos planos en los que se desenvuelve la actuación propia del representante, esto es, la esfera propiamente representativa y la estrictamente laboral, quedando sujeto en esta última al poder sancionador del

³ “Que pasa por la interdicción constitucional de diferencias de trato o perjuicios ligados a la afiliación o actividad sindical de los trabajadores o sus representantes, con la consiguiente nulidad de sus actuaciones”, IGARTUA MIRÓ, M. T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, CES, Madrid, 2008, p. 33. Las SSTC 14/1993, 101/2003, 111/2003, 118/2004, 326/2005, 151/2006, 183/2007 concretan, entre otras muchas, las garantías de indemnidad económica de los liberados sindicales, otorgando el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la remuneración o bien veía negado un complemento, con el consiguiente perjuicio económico por la asunción de funciones representativas.

⁴ GOERLICH PESET, J. M., «Garantías y facilidades», en Escudero Rodríguez, R., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 296., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. “Art. 12” en PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Ley orgánica de libertad sindical: comentada y con jurisprudencia* La Ley, Madrid, 2010 p. 687.

⁵ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas*, 2a, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31.

⁶ STSJ Cantabria 29.12.2001 (R° 1053/2000).

⁷ SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1992, p. 303.

empresario sin más peculiaridades que las derivadas de la exigencia de la apertura del expediente contradictorio en él que, además, del representante sancionado, sea conocido la opinión del resto de la representación legal⁸. Por el contrario, la ilicitud del comportamiento en el marco de su actividad representativa, es decir, la falta de adecuación al ordenamiento jurídico no puede ser reprobada vía disciplinaria, sino que aquí opera estrictamente la igualdad de sujetos por lo que la empresa deberá ejercitar la tutela judicial y abstenerse de utilizar la relación de supremacía implícita en la relación laboral⁹. O, dicho de otro modo, el poder disciplinario se ve limitado cuanto intenta proyectarse sobre un trabajador que ostenta la condición de representante si bien la precitada garantía no impide su ejercicio basado en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, cuya ejecución puede determinar el despido o sanción de un representante. No se trata, por supuesto, de tutelar la ilegalidad sino de reconocer la legitimidad de la actuación del representante, cuyos límites están en su propio orden y no en los ámbitos del contrato de trabajo, y este es el sentido del ET con el que debe interpretarse la previsión legal que pretende salvaguardar al delegado o al miembro del comité de empresa contra los despidos y sanciones que el empresario pudiera imponerles siempre que la decisión se base “en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación”. La inmunidad alcanza igualmente al supuesto mucho más probable en la práctica de que formalmente se aleguen motivos para la sanción que ofrecen una apariencia de desconexión con la función representativa pero que, en último término, constituyen una cobertura ficticia de ésta¹⁰. En cualesquiera otras infracciones cometidas por el representante en el orden meramente laboral, el mismo quedará sujeto al poder disciplinario del empresario como cualquier otro trabajador con las previsiones generales para que pueda reputarse ajustada a Derecho, a saber: debe acreditarse la repercusión del incumplimiento sobre las obligaciones contractuales y que exista una incidencia directa que permita incluir su conducta en alguna de las causas del art. 54.2 ET sin que se pueda efectuar de forma automática la traslación de la responsabilidad sino que es necesario acreditar el incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones¹¹. La condición representativa no puede erigirse en circunstancia propiciadora de la impunidad cuando existen otras razones poderosas para sancionar o despedir aunque, como se podrá intuir, la condición de representante introduce, en la práctica, “un correctivo en la aplicación del poder disciplinario empresarial y en la

⁸ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas*, cit., p. 72.

⁹ GUALDA ALCALÁ, F., «Las garantías de los representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones», *Fundación 1o de Mayo*, vol. 24, 2011, p. 29. SALA FRANCO, T., «La representación de los trabajadores en la empresa», *Relaciones laborales*, vol. I, 1990, p. 152.

¹⁰ ÁLVAREZ LÓPEZ, M. J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia», *Actualidad Laboral*, vol. 21, 2005, p. 2352.

¹¹ Esencialmente casuístico (de otra parte) y así se consideró procedente el despido un representante de los trabajadores que disfrutaba de turno de mañana exclusivamente (así le fue reconocido en sentencia judicial) para asistir a clases por la tarde y, sin embargo, no acudió a dicha actividad, STSJ Cantabria 27.7.1995 (Rº 782/1995). Extensamente, GOERLICH PESET, J. M., «Garantías y facilidades», cit., p. 302; PUEBLA PINILLA, A., «Responsabilidad de los órganos y miembros de la representación colectiva», en Escudero Rodríguez, R., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 761.

apreciación de las causas, exigiéndose que la falta del representante sea de una gravedad proporcional a la naturaleza de los intereses que se vean afectados por la sanción, esto es, de los intereses colectivos de los trabajadores”¹².

II. La subsistencia del mandato durante la sustanciación del proceso como tesis más garantista

La actividad representativa, al no tener existencia autónoma del contrato de trabajo, se extinguirá en el momento en que jurídicamente se considere efectiva la ruptura del vínculo contractual que une al representante con la empresa, es decir, si el contrato de trabajo es el soporte jurídico del mandato del representante legal, las incidencias en el devenir de aquél tienen un correlato directo en la vigencia del mandato representativo. Y, en este sentido, en la medida que el despido surte efectos inmediatos, esté o no viciado por ausencia de causa justa que lo motive o de los requisitos esenciales de forma impuestos por el ordenamiento, la decisión empresarial está dotada de ejecutividad, de modo que, con la relación laboral extinguida, deberían reputarse extinguidos la totalidad de derechos y obligaciones existentes entre las partes¹³, incluyendo el mandato del representante. Ahora bien, existe una doctrina judicial que considera que el mandato se mantiene en vigor hasta la firmeza del despido, esto es, durante la tramitación del proceso, el mandato se mantiene en vigor¹⁴ pues, aunque ciertamente en el orden sistemático de la LRJS no aparece una modalidad exclusivamente aplicable al despido de los representantes, a lo largo de su articulado sí que existen normas que condicionan el proceso a su singular estatuto. Y así, conforme a lo dispuesto en el art. 302 LRJS, “cuando el despido o la decisión extintiva hubiera afectado a un representante legal de los trabajadores o a un representante sindical y la sentencia declarara la nulidad o improcedencia del despido, con opción, en este último caso por la readmisión, el órgano judicial deberá adoptar, en los términos previstos en el párrafo c) del artículo 284, las medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso”. De la anterior previsión se infiere que solo los despidos firmes extinguen el mandato representativo y solo si la sentencia de instancia declara la procedencia del despido del representante, dicha calificación llevará implícita la suspensión de la actividad representativa si bien, durante la tramitación del eventual recurso, se mantendrá el derecho al ejercicio de sus funciones representativas, así como a ser computado para la determinación de la representatividad sindical. Con esta garantía no solo se protege al representante y el ejercicio por este de las funciones representativas legalmente encomendadas¹⁵ sino que evita que quede en manos del empresario la posibilidad

¹² SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, cit., p. 303.

¹³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 69.

¹⁴ SSTC 78/1982 o 83/1982 en las que se señala que los cargos electos tienen derecho a seguir ejercitando sus funciones representativas hasta tanto que no se reconozca la firmeza del fallo judicial. Sobre el alcance de esta previsión, BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2a, Trotta, Madrid, 1995, p. 625.

¹⁵ FOLGUERA CRESPO, J. Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1105.

de privar temporalmente a los representantes de todas sus prerrogativas y derechos, procediendo simplemente a despedirlos sin causa justa.

La asunción de funciones representativas en un órgano unitario o sindical podría modular el principio general de ejecutividad del despido, toda vez que el trabajador tiene derecho a la subsistencia del mandato si se dictará sentencia declarativa de la nulidad del despido o de su improcedencia -con la opción, en este último caso, por la readmisión ya referida- durante la tramitación del recurso. Obviamente esta garantía solo se aplicará si el representante despedido de manera improcedente opta por la readmisión, en cuyo caso, se tendrá que garantizar el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el art. 284.c) LRJS, es decir, el legislador encomienda al secretario judicial la adopción de cuantas medidas sean necesarias para que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando las actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que, de impedir u oponer obstáculos a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a efectos de sancionar su conducta, de conformidad con lo que dispone el art. 8.5 LISOS que considera infracción muy grave la obstaculización al representante de su “derecho de acceso al trabajo, concretamente las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores, de sus representantes y de las secciones en los términos en que legal o convencionalmente estuvieran establecidos”. De igual modo, el art. 302 LRJS, en el marco de la ejecución provisional de sentencias de despido, señala que “cuando el despido o la decisión extintiva hubiera afectado a un representante legal de los trabajadores o a un representante sindical y la sentencia declarara la nulidad o improcedencia del despido, con opción, en este último caso por la readmisión, el órgano judicial deberá adoptar, en los términos previstos en el párrafo c) del artículo 284 las medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso”.

Cabe advertir que las normas procesales no contemplan expresamente el mantenimiento de la condición de representante durante la primera fase del proceso, es decir, en el interin que transcurre desde que se instrumentaliza la decisión de despido hasta que se resuelve por la sentencia de instancia sino que ello solo acontece en fase de recurso y de ejecución definitiva, salvedad de que se hayan solicitado medidas cautelares ex art. 180.2 LJRS, pues, como es de sobra conocido, “en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”¹⁶. Comoquiera que no solo está en juego el derecho personal y privativo del representante despedido sino el prevalente del conjunto de

¹⁶ BLASCO JOVER, C., «Sobre dos (posibles) vulneraciones a convenios internacionales en el momento del despido: la defensa previa del trabajador y la pérdida de la condición de representante», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, vol. 9, 2024, p. 83.

trabajadores que lo eligieron¹⁷, con el mantenimiento del mandato durante el eventual recurso se trata de evitar un perjuicio evidente para la actuación representativa que vendría derivada de la opción empresarial del abono del salario durante la tramitación del proceso sin permitir al trabajador la presencia en la empresa y, en consecuencia, impidiéndole ejercer la función representativa¹⁸. Cobra entonces pleno sentido que el mandato se mantenga indemne hasta que exista un pronunciamiento judicial firme¹⁹ que declare la procedencia del despido, entendiendo que el mandato de un representante solo puede ser revocado por decisión de los trabajadores que le hayan elegido, en asamblea “*ad hoc*” y con los requisitos que el art. 67.3 ET impone, pero nunca por decisión unilateral del empresario.

III. La condición de representante se pierde mientras se resuelve el recurso. La estricta interpretación del TS

El TS²⁰, apartándose de la interpretación más garantista que había asumido una parte de la doctrina de suplicación, considera que no puede ejercerse la condición de representantes de los trabajadores desde que se produce el despido hasta que recaea sentencia judicial firme al tiempo que entendió que dicha actuación empresarial no puede considerarse vulneradora del art. 67.3 ET ni del derecho de libertad sindical de los representantes despedidos. Con este fallo, que confirma el pronunciamiento de instancia dictado por la STSJ Cataluña de 6 de septiembre de 2019, el Alto Tribunal entiende que “la relación laboral se extingue con el despido por sus efectos constitutivos, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda la relación laboral y las funciones anejas por la condición de representantes de los trabajadores rehabilitarse por una sentencia que declare nula o improcedente la decisión empresarial de extinguir aquella”.

La cuestión controvertida es el mantenimiento de la condición de representante de los trabajadores hasta que haya un pronunciamiento judicial firme que convalide la decisión empresarial. Es decir, si estos trabajadores despedidos han de “poder seguir realizando las funciones de representación en aras de mantener la necesaria interlocución con la empresa para defender los intereses de todos los trabajadores. La negativa podría conllevar que estos carecieran de representación y que tampoco pudiera realizarse un nuevo procedimiento de elecciones en tanto en cuanto sigue vigente el de los representantes despedidos. El TS considera que cuando todavía no se ha declarado judicialmente la improcedencia (con opción por la readmisión) o nulidad del despido, el legislador no ha previsto explícitamente la extensión de la garantía reforzada del ejercicio de las funciones representativas, advirtiendo la naturaleza constitutiva del despido y dimanante de dicha actuación, la extinción del mandato. Sin

¹⁷ STCT 12.4.1988 citada en RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.; PÉREZ BORREGO, G., *Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 96.

¹⁸ Sobre los requisitos para que opere esta garantía, el TS ha sostenido que, de un lado, es necesario que la empresa haya procedido unilateralmente a la extinción de la relación laboral y, de otro, que la sentencia recurrida haya calificado como nulo o improcedente el despido, STS 24.2.2004 (R° 74/2003). En la doctrina de suplicación, SSTSJ Canarias 4.7.1994 (R° 59/1994), Galicia 26.4.1995 (R° 1495/1995), Andalucía 14.7.1999 (R° 1866/1999) o Canarias 11.10.2007 (R° 521/2007).

¹⁹ GOERLICH PESET, J. M., «Garantías y facilidades», cit., p. 320.

²⁰ STS 25.4.2023 (R° 4371/2019).

embargo, hay argumentos muy sólidos²¹ que podrían haberse utilizado para alcanzar la tesis contraria:

De un lado, porque parece difícil admitir que el empresario pueda revocar, por decisión unilateral, el mandato de un representante, pues si así fuera, “la mera canalización de la extinción a través de un despido disciplinario (al margen de la entidad real de la causa imputada y/o de su efectiva acreditación) estaría abriendo una brecha en el marco de garantías nada despreciable. De otro lado, porque, aunque se habilite la posibilidad de solicitar medidas cautelares al tiempo de la demanda por despido, o bien se acuda a la modalidad de tutela, la solución normativa podría estar alejada de la eficacia que exige el art. 1. Convenio 135 OIT cuando señala que los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor; es más, “el art. 67.3 ET, precisamente, podría erigirse en la norma que habilita la protección para la fase procesal que precede al recurso (de modo que sí existiría una norma explícita para este estadio)”. Y aunque ciertamente si finalmente se declara el despido nulo o improcedente, la persona trabajadora tiene capacidad para volver a su puesto de trabajo, convendremos que “el tiempo transcurrido durante el procedimiento judicial es irre recuperable a los efectos sindicales y de representación. ¿Quién ejerce los derechos de representación? ¿Se deben substituir? ¿Si no hay substitutos caben nuevas elecciones? ¿Si después se declara nulo qué sucede con el nuevo procedimiento electoral?”²².

El interrogante es dónde trazar la frontera de esta garantía, esto es, si en el momento mismo del despido disciplinario o en el de la sentencia que determine si ha existido un incumplimiento laboral de los previstos en el art. 54 ET. Aunque el carácter constitutivo del acto extintivo conduce a defender la primera de las hipótesis, sin perjuicio de que la calificación de improcedencia o nulidad del despido implique que el representante pueda volver a retomar sus funciones en un momento posterior, cabe plantearse si se compadece ello con la alta función a la que está llamada a desempeñar la representación de los trabajadores. Es decir, es coherente jurídicamente que la simple decisión empresarial deje sin cobertura representativa a los trabajadores. “A mi modo de ver, no”²³. Y no lo es simple y llanamente porque, poniendo en relación los arts. 67 y 68 ET, resulta que el mandato de los representantes se extingue atendiendo a los supuestos allí citados y no se establece que lo haga por la decisión unilateral del empresario, pues con la garantía contenida en el art. 68.c) ET se busca proteger al

²¹ Véanse las sugerentes reflexiones del profesor Beltrán Heredia en: <https://ignasibeltran.com/2023/05/30/la-condicion-de-representante-de-los-trabajadores-se-pierde-en-el-despido-disciplinario-mientras-se-resuelve-la-sentencia-judicial-sts-25-4-2023/>

²² Muy crítico con el pronunciamiento judicial, el letrado de la parte actora en: <https://jonathangallego.es/716309-2/>

²³ Interpretación sostenida por BLASCO JOVER, C., «Sobre dos (posibles) vulneraciones a convenios internacionales en el momento del despido: la defensa previa del trabajador y la pérdida de la condición de representante», cit., p. 85.

trabajador representante frente a decisiones sancionadoras que pudieran perjudicarle en el ejercicio de sus funciones y plantear, como se hace, que el empresario pueda, por su voluntad, dar por finalizado el mandato en el momento en el que articula el despido supone ignorar el esencial papel que se les atribuye a estos sujetos.



18 AJUSTES RAZONABLES Y SALUD LABORAL

El poder de dirección empresarial ante el deber de ajustes razonables: hacia un paradigma proactivo de tutela antidiscriminatoria. A propósito de la STS 509/2025, de 4 de febrero, Rec. 2725/2024

GEMMA FABREGAT MONFORT

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

El poder de dirección empresarial constituye la manifestación más característica de la subordinación jurídica que define el contrato de trabajo. Su razón de ser radica en la necesidad de organizar la prestación laboral, distribuir las tareas, vigilar su cumplimiento e incluso adoptar decisiones disciplinarias o extintivas cuando concurren las causas legalmente previstas, tal y como se determina en el art. 38 Constitución Española (en adelante, CE) y en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)¹. Sin embargo, a este respecto es importante precisar que discrecionalidad empresarial no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que dicho poder empresarial no se ostenta de forma ilimitada, sino que debe ejercerse dentro del marco constitucional y legal, con respeto a los derechos fundamentales y a las garantías indisponibles de la persona trabajadora.

La experiencia reciente demuestra que estos límites no solo operan en sentido negativo, prohibiendo determinadas conductas, sino también en clave positiva, imponiendo deberes de acción al empresario. Entre esos límites, el más reciente y novedoso es el que deriva de la obligación de realizar ajustes razonables de forma previa a la extinción en caso de concurrir enfermedad incapacitante en la persona trabajadora, que ya no se concibe como un mero derecho de la persona afectada, sino como un deber jurídico de la empresa, cuya omisión puede convertir decisiones aparentemente legítimas en discriminatorias.

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia del Tribunal Supremo 509/2025, de 4 de febrero, rec. 2725/2024, ofrece un escenario paradigmático de esta tensión. Se trataba del caso de una médica del servicio de prevención de riesgos laborales de Quirón Prevención, contratada en 2019, diagnosticada en 2021 de adenocarcinoma de endometrio y posteriormente de un trastorno depresivo recurrente. Su trayectoria estuvo marcada por un prolongado periodo de incapacidad temporal, tras el cual se acordó una demora en la calificación de incapacidad permanente que, en mayo de 2023, concluyó con la declaración de inexistencia de grado alguno. Poco después la trabajadora inició una nueva baja médica. El servicio de prevención, en el marco de un reconocimiento de vigilancia de la salud, concluyó que no era apta para su puesto, al considerar que no podía conducir, realizar esfuerzos intensos ni afrontar trabajos de elevada exigencia intelectual.

Con base a este informe, la empresa comunicó a la trabajadora, el 2 de junio de 2023, la extinción de su contrato por ineptitud sobrevenida, al amparo del art. 52.a) ET. La carta de despido detallaba que aproximadamente el ochenta por ciento de las funciones esenciales del puesto resultaban inejecutables, describiendo de manera minuciosa tareas asistenciales, desplazamientos y pruebas médicas. Afirmaba que no era posible adaptar el puesto ni reubicarla en otro, pues carecía de titulación para ocupar posiciones alternativas como técnico de prevención o administrativo. Finalmente, sostenía que la ineptitud sobrevenida de la trabajadora vaciaba de contenido esencial al contrato, justificando la extinción objetiva.

El Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en sentencia de 11 de octubre de 2023, sin embargo, declaró nulo el despido, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora, abonar los salarios de tramitación y pagar una indemnización adicional de doce mil euros por daños morales.

Fallo que en suplicación confirmó el TSJ del País Vasco en sentencia de 5 de marzo de 2024, considerando que la enfermedad prolongada y crónica que sufría la trabajadora debía asimilarse a una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE y que la empresa no había acreditado suficientemente la obligación de cumplir con la adopción de medidas de adaptación o ajustes razonables. La empresa recurrió entonces en casación unificadora, alegando infracción de diversos preceptos legales y aportando como sentencia de contraste una resolución del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2023, rec. 3228/2023, que había declarado procedente un despido por ineptitud sobrevenida en un caso distinto.

El TS desestimó el recurso al considerar que no existía contradicción doctrinal entre la recurrida y la referencial por cuanto que los supuestos no eran idénticos. Es importante precisar que en el caso enjuiciado por la STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2023, rec. 3228/2023, es decir, en la referencial, la empresa había basado su decisión extintiva en el informe de los servicios de prevención acreditando la ineptitud del trabajador para el desempeño de un puesto de trabajo tan singular como es el que se desarrolla en una plataforma petrolífera en el mar y a 40 millas de la costa, sin que la empresa disponga de otro centro de trabajo. Por el contrario, según refiere el TS, en el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia que se comenta, la empresa se había limitado a invocar la no aptitud sin desplegar esfuerzo alguno en la búsqueda

de soluciones y sin acreditar las dificultades reales de adaptación o recolocación de la actora, o la realización de un estudio relativo a los ajustes razonables del puesto de trabajo. De donde deriva la confirmación por el TS de la nulidad del despido. En la sentencia se subraya que, siendo la enfermedad de larga duración de la trabajadora equiparable a discapacidad, la empresa estaba obligada a acreditar que había explorado ajustes razonables, yo diría que diligentemente, antes de acudir a la extinción. La ausencia total o el insuficiente cumplimiento de tal deber empresarial transformó el despido de la trabajadora en una decisión discriminatoria, merecedora de la sanción más intensa, a saber, la de su nulidad.

El fallo reviste especial trascendencia porque consolida el cambio de paradigma que se ha venido produciendo de un tiempo a esta parte. De hecho, la nulidad ya no se conecta únicamente con la prohibición negativa de despedir por razón de enfermedad o discapacidad, sino con la exigencia positiva de actuar para garantizar la igualdad. La empresa no incurre en discriminación únicamente cuando adopta una conducta prohibida por discriminatoria, sino también cuando omite el cumplimiento de deberes de tutela proactiva que el ordenamiento le impone. En este sentido, la sentencia representa una auténtica mutación en la consideración de la no discriminación como límite al poder de dirección empresarial, que ya su efectivo cumplimiento no se limita no incurrir en conductas o comportamientos discriminatorios, sino que también se impone lo que debe hacer desde la diligencia empresarial para no discriminar. La inactividad o incluso la falta de diligencia empresarial en el ejercicio de su deber legal, en ese caso, convierten en nula, por discriminatoria, la decisión extintiva adoptada por la empresa.

El razonamiento del TS, con todo, en la sentencia que se comenta, no se limitó a verificar si concurría ineptitud sobrevenida ni a examinar si se habían cumplido las formalidades del art. 53 ET. El núcleo de la decisión se centró en la inacción empresarial: no constaba análisis alguno sobre la viabilidad de adaptar el puesto, redistribuir funciones o recolocar a la trabajadora. La empresa se limitó a afirmar que era imposible el ajuste razonable, sin demostrarlo o acreditarlo suficientemente. En ese vacío probatorio, el Tribunal concluyó que la omisión equivalía a una actuación negligente incurriendo en discriminación. La nulidad, y no la mera improcedencia, se imponía, como hace el TS, como respuesta adecuada, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación².

² Art. 4. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

1. El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Este planteamiento enlaza con la evolución del Derecho de la Unión Europea y de la doctrina del TJUE, que ha interpretado el concepto de discapacidad en sentido amplio, incluyendo las enfermedades de larga duración, y que ha situado la obligación de ajustes razonables como elemento estructural de la igualdad de trato. La sentencia *HK Danmark*³ definió la discapacidad como una limitación duradera que, en interacción con diversas barreras, impide la participación plena en la vida profesional. La decisión *Daouidi*⁴ afirmó que incluso una enfermedad de duración incierta puede constituir discapacidad si limita de manera sustancial la vida laboral. La resolución *Ca Na Negreta*⁵ fue más allá, estableciendo que la empresa está obligada a acreditar que ha valorado ajustes razonables antes de extinguir un contrato por incapacidad permanente.

La STS 509/2025 recoge y aplica esa lógica, trasladándola al ordenamiento interno, en coherencia con el cambio normativo español, que refuerza esta lectura.

La Ley 15/2022 reconoce expresamente la enfermedad y la condición de salud como categorías autónomas de discriminación prohibida, rompiendo con la visión restrictiva que, desde la STC 62/2008, de 26 de mayo, había mantenido que la enfermedad común no era un factor protegido salvo que se asociara a circunstancias estigmatizantes⁶. Es cierto que ya de manera previa a la aprobación de la Ley 15/2022, con todo, y tras una progresiva evolución, la doctrina del TC ya había ido mutando hacía pronunciamientos como el de la STC 38/2023, de 20 de abril, más reciente, en la que el más alto interprete de la CE confirmó que la enfermedad puede, *per se*, constituir un factor de discriminación, acercando la doctrina constitucional al estándar europeo.

A su vez, este mismo año, la Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente, dando un paso más allá, ha introducido obligaciones específicas de adaptación y recolocación en casos de incapacidad permanente, consolidando y reafirmando la idea que subyace en toda la sentencia, cual es, que la pasividad empresarial a los efectos expuestos comporta la nulidad por discriminación de la extinción.

Con todo, en realidad, la resolución que se comenta no supone sino un paso más en esa evolución jurisprudencial. De hecho, cualquier comparación con la jurisprudencia española más cercana ratifica la ya señalada y paulatina transformación

³ C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013. Véase, al respecto, por todos, SEMPERE NAVARRO, V.A., *Una novedad: discriminación por enfermedad*. Gómez-Acebo&Pombo. Boletín *on-line*; y “Discriminación laboral por enfermedad” Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, N° 866, 2013.

⁴ C-395/15, de 1 de diciembre de 2016.

⁵ C-631/22, de 18 de enero de 2024.

⁶ Al respecto de esta sentencia véase el extraordinario comentario realizado por el profesor MONTAÑA MELGAR, “homenajeado en esta obra, ¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?”. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, ISSN 0212-6095, N° 143, 2009, págs.711-719.

existente respecto a la diligencia empresarial exigible desde la perspectiva de los ajustes razonables. Así, si bien en la STS de 22 de febrero de 2018, rec. 160/2016, se entendió que no cabía apreciar discriminación cuando la empresa había realizado intentos de ajuste, aunque resultaran infructuosos, en la STS de 23 de febrero de 2022, rec. 3259/2020, previa a la Ley 15/2022, el TS sostuvo que la mera referencia de un servicio de prevención a la imposibilidad de conducir no bastaba para fundamentar un despido por ineptitud, cuando existían indicios de que el trabajador podía seguir desempeñando su actividad. En aquel caso, la vigencia de su carnet de conducir mostraba, a juicio del TS, que la empresa no había explorado todas las alternativas. Aunque entonces la Sala no podía apoyarse aún en la nueva legislación, y el despido se consideró improcedente, ya se vislumbraba la exigencia de una mayor diligencia en comportamiento activo exigible al empresario. Y esta idea es precisamente la que refuerza la sentencia a que se refieren estas líneas al sancionar con nulidad un despido objetivo *ex. art. 52.a)* ejercido desde la omisión de ese deber de diligencia empresarial al ajuste razonable.

Esta evolución de la tutela de la discriminación desde la exigencia de actuar con diligencia tiene consecuencias de gran alcance desde la perspectiva del poder de dirección y sus límites. Como se avanzaba, el empresario ya no se sitúa únicamente ante la prohibición de discriminar, sino que debe cumplir con el deber jurídico de actuar para no discriminar. La igualdad, en su dimensión sustantiva, exige una conducta activa, y el incumplimiento de ese deber convierte en ilícitas decisiones que, desde una óptica tradicional, habrían podido considerarse amparadas en la potestad extintiva empresarial. De ahí que el poder de dirección empresarial, concebido históricamente como facultad de organizar y dirigir la empresa con límites claramente constitucionales y legales, en el cumplimiento de la prohibición de discriminación se redefine como un poder condicionado a la obligación de desplegar ajustes razonables, bajo *pena* de nulidad.

La trascendencia práctica de este cambio es evidente. A partir de ahora, cualquier empresa que se plantee la extinción de un contrato por ineptitud sobrevenida en aplicación del art. 52.a) ET vinculada a una enfermedad de duración incierta o prolongada deberá acreditar no solo la existencia de una limitación real, sino acreditar también la imposibilidad certera de llevar a cabo ajustes razonables no obstante haber actuado diligentemente.

El poder de dirección se ve así transformado bajo la premisa de una acción proactiva de tutela antidiscriminatoria. Ello obliga a documentar esfuerzos de adaptación, justificar con detalle la inviabilidad de recolocaciones y asumir que la mera invocación de un informe de no aptitud no bastará para legitimar un despido.

En conclusión, la STS 509/2025, de 4 de febrero, rec. 2725/2024, a la que se ha dedicado este comentario, ejemplifica con claridad la mutación del poder de dirección en la era de la igualdad sustantiva. La empresa ya no es únicamente una organización que gestiona recursos humanos bajo un marco de prohibiciones, sino un sujeto obligado a actuar para garantizar la inclusión. El ajuste razonable, lejos de ser un recurso marginal, se erige en condición de legitimidad del poder empresarial. La nulidad del despido, con su contundente efecto restitutorio, se confirma como la sanción adecuada frente a la

inacción. La doctrina de la tutela estructural se impone así como nueva clave de lectura: la igualdad real ya no se garantiza prohibiendo, sino imponiendo deberes de acción al poder empresarial, condicionándolo desde una perspectiva inimaginable en aquel reconocimiento primigenio del art. 20 del E.T., versión 1980⁷.

⁷ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

La potestad de seguridad y salud en el trabajo: el deber-derecho del empresario frente al derecho-deber del trabajador

BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO

Profa. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM

El contrato de trabajo tiene un núcleo de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, pero este se complementa de un conjunto amplio de derechos y obligaciones de carácter extrapatrimonial. Pero si reparamos en la complejidad que se produce en la relación entre las dos partes del contrato en materia de prevención de riesgos laborales, podemos comprobar que las categorías clásicas de obligación contractual y derecho subjetivo de crédito, que conforman la estructura común de los contratos privados, no son válidas en este terreno. Vamos a explicar como la situación jurídica en la que se encuentran empresario y trabajador, solo se explica a través de la figura de la potestad, lo que es un hecho absolutamente original en las relaciones contractuales entre particulares¹.

El empresario se encuentra en una situación de deber-poder, frente al trabajador. El trabajador, correlativamente, se encuentra en una situación de derecho deber (utilizamos intencionadamente el término deber -como imperativo de conducta- y no el de obligación contractual -asociado a estar unido recíprocamente a un derecho subjetivo de crédito).

Si nos fijamos sin más en que el objetivo de las normas de prevención de riesgos laborales son los del trabajador, nada extraña en la imposición a la otra parte del contrato de protegerlos, más aún cuando el empresario es el titular del poder de dirección. Pero se producen un hecho original dentro del género de los contratos de cambio, porque

¹ Este trabajo se fundamenta en mi tesis doctoral, dirigida por A. Montoya Melgar. B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: *Evereber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

éstos no incluyen “deberes en beneficio propio”. El trabajador tiene el derecho a que el empresario proteja su salud, pero el también debe velar por ella y el ordenamiento se lo impone como un deber. Es necesario abandonar la figura de la obligación que exigiría admitir un correlativo derecho subjetivo de crédito del empresario, y acudir a una categoría jurídica capaz de dar un soporte adecuado a esta peculiar exigencia del contrato de trabajo. Como decíamos, esta figura es la postestad

El deber privado del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo no es una carga, porque, a pesar de constituir ésta el comportamiento jurídico que un sujeto debe observar para proteger sus propios intereses, se trata de un vínculo de voluntad que no ha sido reforzado por la previsión de una sanción en caso de incumplimiento; por ello no constituye un auténtico mandato jurídico, sino que pertenece al género de las “reglas de conveniencia” propias del Derecho promocional. La carga, a diferencia del deber jurídico, se construye sobre la idea de libertad, en conexión con la orientación de esta figura a proteger los intereses propios, cuya tutela es dejada, así, al arbitrio de la voluntad privada.

Desde la premisa de que las normas de prevención de riesgos laborales se dirigen a proteger los intereses del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo, el deber privado del trabajador en este ámbito no puede tampoco considerarse como simple reverso de los poderes contractuales ordinarios del empresario en la relación laboral. La conexión de los poderes ordinarios de dirección y disciplinario con el derecho subjetivo de crédito del empresario, impide considerar su ejercicio como el canal natural de protección de unos intereses ajenos al mismo. La reorientación de estos poderes, desde la protección del interés patrimonial del empresario a la tutela de los intereses extrapatrimoniales del trabajador, al sustituir su lógica de libertad por una de necesidad que hace obligado su ejercicio, supone una transformación tan radical de esta figura instrumental del poder que lo hace irreconocible.

Como decíamos anteriormente, es necesario admitir, como consecuencia de la convivencia dentro de la compleja relación laboral de dos lógicas de diferente signo, una patrimonial y otra extrapatrimonial, la coexistencia sin interferencias de dos estructuras jurídicas paralelas: a) una relación particular en la que se articula el sinalagma principal de intercambio económico del contrato de trabajo, y donde se ubican por tanto los poderes ordinarios del empresario dirigidos a satisfacer su interés de crédito; b) una relación particular de seguridad y salud en el trabajo que pivota sobre el eje del interés extrapatrimonial del trabajador, donde se sitúan unos específicos poderes empresariales de ejercicio obligatorio, encaminados a dar instrucciones en materia de prevención de riesgos laborales y a garantizar su cumplimiento a través de la posibilidad de imponer sanciones de carácter disciplinario al trabajador.

La categoría capaz de explicar una relación jurídica conformada a partir de la unión de un “deber privado en interés propio” (situación jurídica del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo) con unos “poderes en interés ajeno” (situación jurídica del empresario) es la potestad:

- La ajenidad de los intereses que el empresario ha de proteger, a través del ejercicio de sus poderes en materia de seguridad y salud en el trabajo, tiñe

su posición jurídica de una lógica de necesidad, surgiendo una aparente antítesis de deber-poder, que se resuelve a través de la consideración de que el segundo es consecuencia del primero: el empresario tiene unos poderes de seguridad y salud en el trabajo para poder cumplir su deber en esta materia.

- Por un lado, estos poderes empresariales, que encuentran en su instrumentalización al cumplimiento del deber de seguridad y salud sus propios límites, generan correlativamente unos “deberes del trabajador en favor de sí mismo”, que formalmente también son interpretados como la vía necesaria para hacer posible que el empresario pueda garantizar la seguridad y salud en la empresa. Por otro lado, el deber del empresario de seguridad y salud genera un auténtico derecho subjetivo del trabajador, ya que el carácter elástico de esta figura permite reconocer su existencia, a pesar de la restricción de su “agere licere” y de verse desprovisto de aquellas facultades de estricto carácter patrimonial, cuando subsista el núcleo esencial del mismo, esto es, la facultad de exigir el cumplimiento del correlativo deber.
- Un análisis individualizado de los diferentes medios de garantía del cumplimiento de las obligaciones contractuales permite reconocer su aplicabilidad analógica a la situación parcial pasiva del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Ante el incumplimiento por parte del empresario de su deber de seguridad y salud en el trabajo, el trabajador tiene los siguientes medios de reacción jurídica: la acción de cumplimiento, la resolución del contrato con la indemnización según prevé el art. 50 ET, la excepción de no obediencia o *ius resistentiae*, y la exigibilidad de la responsabilidad contractual, ya que el hecho de que el derecho del trabajador sea una consecuencia y no el reverso lógicamente coetáneo del deber del empresario, así como su carácter extrapatrimonial, no impiden la aplicación de esta última sanción privada.

Sin embargo la orientación protectora diametralmente opuesta que caracteriza la figura de la obligación contractual y el deber en beneficio propio derivado de una potestad impide admitir la aplicación de los mismos medios de garantía de ese primer tipo de imperativo jurídico a este segundo. Por lo tanto el incumplimiento por parte del trabajador de su deber de seguridad y salud en el trabajo debe ser sancionado por el empresario a través de su específico poder disciplinario en materia de prevención de riesgos laborales. Además, no existe una responsabilidad contractual del trabajador por dicho incumplimiento, ya que el criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma” impide atribuir jurídicamente, aunque exista una relación de causalidad, aquellos daños que el cumplimiento del deber y la norma que lo imponía pretendía evitar.

La defensa de la existencia de una potestad empresarial de seguridad y salud en el trabajo, a partir de la cual se explican las correlativas situaciones de deber-poder del empresario y poder-deber del trabajador, es la única categoría de la teoría general del Derecho capaz de explicar la relación particular de seguridad y salud en el trabajo, si se defiende que las normas de prevención de riesgos laborales están dirigidas a proteger los

intereses del trabajador en esta materia. En la medida que la obligación contractual es aquél concreto deber que se encuentra correlativamente unido a un derecho subjetivo de crédito, dicha categoría es: a) desde la perspectiva del empresario, insuficiente para explicar sus deberes privados, ya que si se analizan desde la perspectiva del trabajador, no siempre generan un derecho subjetivo, o mejor dicho, no sólo generan un derecho subjetivo, sino que se traducen en un deber para este último sujeto, como ocurre por ejemplo con el servicio de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores (art. 22 LPRL); b) desde la perspectiva del trabajador, completamente inadecuada para explicar su situación pasiva en beneficio propio.

El deber privado del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo tiene en principio un triple fundamento jurídico: a) el poder de dirección, en virtud del cual el titular de la empresa organiza las condiciones en las que se desarrolla la actividad productiva; b) la cláusula general de la buena fe, aunque a pesar del carácter dilatado e intensificado que se dice tiene este deber general en el ámbito del contrato de trabajo, sería discutible admitir que sea fuente, no ya de deberes que superando la idea de respeto acojan una acción positiva para evitar potenciales daños, sino de auténticos deberes de promoción de los intereses de la otra parte del contrato, en concreto, los que recaen sobre la seguridad y salud en el trabajo; c) la cláusula de integración específicamente laboral del deber de protección del empresario.

Dada la evolución que ha sufrido la buena fe contractual, ampliándose sus márgenes, es difícil rechazarla categóricamente como fundamento del deber de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo se podría defender, en coherencia con esa doble órbita patrimonial y extrapatrimonial que combina el contrato de trabajo, una separación de los ámbitos funcionales del deber de buena fe y del deber de protección, considerando que estos deberes encuentran en cada una de aquellas órbitas excéntricas, respectivamente, su medio natural.

La configuración jurídica del deber privado del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo determina directamente el fundamento jurídico del mismo: a) si se considera que este deber responde a los cánones de la obligación contractual, su fundamento será acumulativamente el deber de protección ordinario del trabajador en el contrato de trabajo, la buena fe contractual, y la diligencia del trabajador en el cumplimiento de la prestación laboral, como deberes genéricos dirigidos a proteger los intereses patrimoniales del empresario; b) si se considera que este deber deriva de la potestad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo, su fundamento se encuentra en un especial deber de obediencia del trabajador a las órdenes e instrucciones del empresario en beneficio propio.

En la compleja relación de trabajo, la situación pasiva global de cada uno de los contratantes se desglosa en diversos deberes, que se clasifican en deberes principales, o básicos, y secundarios, o accesorios. Esta ordenación de la teoría general de las obligaciones se realiza en virtud de un criterio material, que atiende al contenido de los deberes, y no a la articulación funcional de los mismos, lo cual impediría, dada la relación condicional que existe entre el cumplimiento de unos y otros, clasificar como secundarios algunos de los mismos, entre los que se encuentra el deber de seguridad

y salud en el trabajo. Los deberes principales son los destinados a satisfacer el interés principal de la otra parte del contrato en la relación laboral, esto es, el que conecta con la causa misma de esta relación, y el que motivó a las partes a vincularse contractualmente. Los deberes secundarios se dividen a su vez en: a) deberes secundarios instrumentales que coadyuvan al cumplimiento de los deberes principales, integrándose así, en cierta medida, en el sinalagma principal del contrato, lo que impide por regla general la reclamación de su cumplimiento de forma independiente respecto a la del deber principal; b) deberes secundarios autónomos orientados, no a promover la satisfacción de los intereses principales, sino a proteger otra serie de intereses de las partes que pueden verse involucrados negativamente en la vida de la relación jurídica.

1. El deber del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo es un deber secundario autónomo, ya que se dirige a proteger los intereses extrapatrimoniales del trabajador independientes del interés básico de este último en la relación laboral, el interés patrimonial latente bajo su derecho subjetivo de crédito principal a la remuneración salarial.
2. La ubicación del deber del trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo en la estructura de los deberes de la relación laboral depende directamente de su configuración jurídica: a) si se considera que es una obligación contractual se habrá de clasificar como deber secundario instrumental, ya que su cumplimiento colabora a la satisfacción de los intereses patrimoniales principales del empresario en la relación laboral; b) si se considera que el deber del trabajador se dirige a proteger sus propios intereses extrapatrimoniales, como explica la existencia de una potestad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo, se detecta una insuficiencia en la descrita estructura de las situaciones pasivas complejas contractuales construida desde los parámetros del derecho común de los contratos, porque no da cabida a estos especiales deberes laborales en beneficio propio. Por lo tanto, en el ámbito del contrato de trabajo esta estructura se debe ver complementada por estos deberes autónomos propios de la esfera estatutaria del contrato de trabajo.

Poder de dirección empresarial y deber de seguridad y salud laboral en el trabajo a distancia

M^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

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

I. Reflexión inicial y homenaje al profesor Montoya Melgar

Hablar del profesor D. Alfredo Montoya Melgar es evocar a una de las figuras más influyentes del Derecho del Trabajo español contemporáneo. Fundó una escuela de laboristas y fue el origen del Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, al que quiso dotar de una orientación científica rigurosa, de una mirada humanista sobre el trabajo y de una proyección institucional sólida. Montoya Melgar no sólo enseñó Derecho: fue el maestro de nuestros maestros y lo hizo con una combinación poco frecuente de erudición jurídica, perspectiva internacional, cercanía personal y carisma intelectual. Su ejemplo, su palabra serena, su trato exquisito y su vocación inequívoca por la Universidad como espacio de pensamiento crítico y cultivo del conocimiento riguroso siguen siendo una referencia insoslayable para quienes hemos tenido la fortuna de aprender dentro de su estela.

Como no podía ser de otra manera, esta obra -homenaje al profesor Montoya- gira en torno a uno de sus referentes temáticos: el poder de dirección empresarial y, dentro del mismo, este modesto tributo se centra la articulación del poder de dirección empresarial con el deber de protección de la seguridad y salud laboral en el marco del trabajo a distancia. Un fenómeno que ha venido a replantear viejos equilibrios y a exigir nuevas respuestas desde la dogmática laboral.

La emergencia del teletrabajo como modalidad estructural -impulsada primero por la transformación digital y consolidada tras la crisis sanitaria provocada por la COVID-19- ha deslocalizado el trabajo, fragmentado el tiempo productivo y difuminado las fronteras entre lo profesional y lo personal. En ese contexto, la empresa

sigue ostentando el poder de organizar, dirigir y controlar la actividad laboral (art. 20 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -ET, en adelante-) y el deber de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL, en adelante-), pero se enfrenta al desafío de hacerlo en entornos fuera del control directo de la empresa y sin comprometer otros derechos fundamentales de la persona trabajadora, como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio.

II. El poder de dirección empresarial como presupuesto funcional del deber de Seguridad y Salud en el Trabajo

La relación laboral típica: la prestación de servicios retribuidos personal, voluntaria, por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (art. 1.1 ET) es una relación sinalagmática, en la que ambas partes asumen obligaciones recíprocas y dependientes entre sí. En este marco, las facultades empresariales de dirección y control de la actividad laboral (art. 20 ET) se configuran como la contrapartida funcional del deber del trabajador/a de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” (art. 5.c ET), expresando así el equilibrio interno de la relación de intercambio entre trabajo y salario propia del trabajo dependiente. Dicha sinalagmaticidad, marca también el carácter de la deuda empresarial frente al derecho de los trabajadores y trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14 LPRL), así como a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (arts. 4.2.d y 19.1 ET).

El deber empresarial de seguridad y salud laboral tiene naturaleza preventiva, no reactiva: impone actuar antes de que el daño se produzca. Se trata de una obligación de resultado en cuanto al despliegue de medios, aunque no necesariamente respecto al desenlace. Además, no es una obligación estática de medios, sino que se configura como una obligación legal dinámica, estructural y continua, que exige una gestión integral de la seguridad laboral. Su cumplimiento debe articularse mediante la integración efectiva de la actividad preventiva en el conjunto del sistema de gestión de la empresa, lo que exige la adopción de cuantas medidas sean necesarias en función de la naturaleza de la actividad y los riesgos detectados. A tal efecto, la empresa ha de elaborar y aplicar un plan de prevención de riesgos laborales, realizar una evaluación inicial y periódica de los riesgos, garantizar la información, formación, consulta y participación de los/as trabajadores/as, prever actuaciones ante situaciones de emergencia o riesgo grave e inminente, y organizar una vigilancia adecuada del estado de salud de los/as empleados/as (arts. 16 a 22 LPRL).

La empresa debe desarrollar una acción permanente de seguimiento y mejora continua de su sistema preventivo, con el objetivo de perfeccionar los procedimientos de identificación, evaluación y control de riesgos que no hayan podido eliminarse (art. 16.2 LPRL), así como adaptar las medidas preventivas a las modificaciones que puedan incidir en las condiciones en que se realiza el trabajo.

El poder de dirección empresarial y el deber de seguridad y salud en el trabajo se encuentran íntimamente vinculados, ya que el ejercicio del primero es el vehículo a través del cual el segundo se hace operativo y exigible. Ambas figuras están imbricadas: no se puede dirigir la prestación laboral al margen del deber de seguridad, ni se puede cumplir el deber preventivo si se carece de poder para organizar y controlar la actividad.

El poder de dirección se proyecta en tres funciones esenciales: la organización del trabajo, la supervisión del cumplimiento de las obligaciones contractuales y la imposición de medidas disciplinarias. Facultades que la empresa ha de ejercer dentro de un marco legal que impone límites materiales y finalidades concretas, entre las que destaca, de forma central, la garantía de la seguridad y salud laboral.

El poder de organización habilita a la empresa para estructurar tareas, asignar funciones, definir turnos, asignar recursos y modificar tareas dentro del *ius variandi* pero, al mismo tiempo, la obliga a configurar el trabajo en condiciones que no generen riesgos evitables para la salud del trabajador: adaptar tareas, turnos, equipos y procedimientos que eviten riesgos (arts. 14.1 y 15.1 LPRL). De igual modo, el poder de control o vigilancia no solo permite verificar el cumplimiento de la prestación, sino que se convierte en instrumento operativo esencial para detectar desviaciones preventivas, identificar condiciones peligrosas y asegurar el cumplimiento efectivo de las medidas de protección (verificar que se siguen las instrucciones de seguridad, se usan los equipos de protección individual...) (arts. 16.2 y 29 LPRL). E, incluso el poder disciplinario, cuya manifestación más evidente es la sanción, puede desempeñar una función preventiva si se orienta a reconducir comportamientos que pongan en riesgo la seguridad propia o ajena, en línea con lo dispuesto en el art. 29.1 de la LPRL, que impone al trabajador/a el deber de cooperar en la acción preventiva y de utilizar adecuadamente los medios de protección.

El poder de dirección, en cada una de sus tres dimensiones, actúa como presupuesto funcional del deber de seguridad. Su ejercicio debe orientarse no solo a la eficiencia productiva, sino también a la protección de la integridad física y psíquica de los trabajadores y trabajadoras. Es más, la interacción entre el poder de dirección y el deber de seguridad es también limitativa, porque el poder de dirección no puede ejercerse de forma que genere o incremente riesgos laborales. Es por ello que, en ocasiones, el deber de prevención actúa como límite material al poder directivo, dado que cualquier decisión organizativa (reorganización de turnos, teletrabajo, externalizaciones) debe pasar por una evaluación de riesgos previa (art. 16.1 LPRL), no puede imponerse ninguna instrucción que coloque al trabajador/a en una situación de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL) y el poder de dirección debe ejercerse conforme a los principios de adaptación del trabajo a la persona y atención a colectivos especialmente sensibles (art. 15 LPRL).

III. Seguridad y Salud en el Trabajo a distancia: entre el control empresarial y el derecho a la intimidad

El trabajo a distancia ha dejado de ser una modalidad marginal o excepcional para consolidarse como una forma estructural de organización del trabajo, especialmente tras la experiencia pandémica de 2020-2021. Esta evolución ha obligado

al legislador a dotar a esta figura de un marco jurídico autónomo, que reconozca sus singularidades y proteja adecuadamente los derechos de las personas trabajadoras en entornos deslocalizados.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD, en adelante), ha venido a cumplir esa función, dotando de coherencia normativa a un fenómeno cuya expansión plantea importantes retos en términos de protección laboral, control empresarial, organización productiva y conciliación.

La LTD establece una tipología funcional del trabajo a distancia, basada en su grado de permanencia, distinguiendo entre: trabajo presencial (desempeñado en el centro de trabajo habitual); trabajo a distancia (cuando la prestación de servicios se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por este durante un número de días determinado, con carácter regular); y teletrabajo (subcategoría del trabajo a distancia en la que se emplean medios y sistemas telemáticos o informáticos). Como regla general, se califica como trabajo a distancia “regular” el desarrollado durante un mínimo del 30 % de la jornada en un período de referencia de tres meses (art. 1.1 LTD). Fuera de estos umbrales, la deslocalización se considera ocasional o puntual y no se rige por la LTD. Además, la ley admite la modalidad híbrida en la que se combina la jornada en remoto y en el centro de trabajo.

La LTD, como ya lo hiciera el Acuerdo Marco Europeo para el Teletrabajo, se basa en los principios básicos y tradicionales del trabajo a distancia: voluntariedad; reversibilidad; forma escrita; y garantía de los derechos individuales y colectivos en condiciones de igualdad de trato y no discriminación con respecto al personal presencial. Entre los derechos y garantías frente a posibles abusos derivados del aislamiento físico o de un control excesivo, destaca el derecho a la prevención de riesgos laborales (arts. 15 y 16 LTD), íntimamente vinculado a los derechos con repercusión en el tiempo de trabajo (arts. 13 y 14 LTD) y a los derechos relacionados con el uso de medios digitales (arts. 17 y 18 LTD).

Uno de los retos más complejos del trabajo a distancia reside en garantizar una protección eficaz de la seguridad y salud laboral cuando la prestación de servicios se realiza en entornos fuera del control directo de la empresa. La presencialidad ha funcionado históricamente como una garantía material de la prevención: facilitaba la observación directa de las condiciones laborales, la implementación de medidas colectivas, la supervisión in situ y la interacción preventiva entre actores (servicios de prevención, representantes de los trabajadores, empleador). El tradicional marco normativo preventivo se ha construido en torno al centro de trabajo físico como espacio material y organizativo homogéneo y su extensión al domicilio o lugar elegido por el trabajador implica una redefinición de las herramientas, procedimientos y garantías de la acción preventiva. A este respecto, el art. 16 LTD establece expresamente que la aplicación de la normativa preventiva no puede quedar limitada por el lugar en el que se preste el servicio. El empresario debe garantizar la protección frente a todos los riesgos, incluidos los ergonómicos, psicosociales, organizativos o derivados del uso intensivo de pantallas, propios del entorno remoto.

La ley impone dos modalidades posibles de evaluación de riesgos: 1) La evaluación presencial en el lugar de trabajo, cuando haya consentimiento del trabajador; 2) La evaluación basada en información recabada del propio trabajador, cuando no haya autorización para el acceso físico.

Asimismo, el ar. 4.2 del Real Decreto 488/1997, sobre trabajo con pantallas de visualización, establece que la evaluación debe considerar el conjunto del puesto de trabajo: equipos, mobiliario, entorno físico, condiciones organizativas y carga mental. Con independencia del lugar en el que se desarrolle la prestación laboral, el empresario debe proporcionar instrucciones precisas, formar al trabajador, adoptar medidas correctoras y realizar un seguimiento continuo del estado de los puestos deslocalizados.

Por otra parte, el domicilio del trabajador, pese a convertirse en el nuevo centro de trabajo, ostenta una singularidad jurídica que condiciona notablemente la aplicación de los mecanismos clásicos de evaluación: la inviolabilidad del domicilio, protegida constitucionalmente en el art. 18.2 CE. Ante esta situación, el modelo legal opta por una solución híbrida: la evaluación presencial queda supeditada al consentimiento expreso del trabajador. Sin ese consentimiento, la empresa no puede acceder físicamente al domicilio. En estos casos, la evaluación deberá basarse en cuestionarios, fotografías, visitas virtuales o autoevaluaciones guiadas, lo cual limita su fiabilidad. Una limitación que, aunque comprensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales, introduce una asimetría entre responsabilidad y capacidad de control, pues el empresario sigue siendo responsable del entorno, pero no tiene pleno acceso al mismo.

Este marco plantea dificultades prácticas significativas:

- Consentimiento desigual: algunos trabajadores lo otorgan, otros no, lo que genera tratamientos distintos dentro de una misma plantilla.
- Autoevaluaciones poco precisas: dependen de la formación, percepción y sinceridad del trabajador.
- Ambientes cambiantes: el entorno domiciliario no es estable ni diseñado con criterios ergonómicos.
- Dificultad para aplicar medidas colectivas: como la mejora de mobiliario, ventilación o iluminación natural.

Estas dificultades deben ser compensadas con una planificación preventiva personalizada, con canales de comunicación accesibles, asesoramiento continuo y una cultura de corresponsabilidad preventiva.

La evaluación de riesgos en el domicilio activa de lleno el debate sobre la colisión entre el poder de dirección y los derechos fundamentales del trabajador relacionados con el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), la protección de datos personales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -LOPDGDD- y Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos -RGPD-) e, incluso, la libertad personal y disposición del espacio propio. Por ello, toda intervención

empresarial en el ámbito doméstico debe cumplir rigurosamente con los criterios que delimitan cuándo una medida empresarial de control vulnera o no el derecho fundamental a la intimidad perfilados tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo y, en consecuencia: debe estar prevista legalmente; perseguir una finalidad legítima (protección de la salud); ser necesaria y proporcionada; y contar con el consentimiento libre e informado del trabajador.

De ahí que el acuerdo individual de trabajo a distancia se configure como instrumento clave para articular el equilibrio entre poder de control y privacidad. En él deben pactarse, con detalle, los mecanismos de evaluación, los derechos de acceso, los protocolos de colaboración y los medios técnicos disponibles. Si bien, la negociación colectiva también puede desempeñar una función primordial. La regulación convencional puede adaptar los protocolos de prevención a realidades sectoriales concretas, regular mecanismos de compensación de gastos con equidad y transparencia, establecer garantías frente al control tecnológico excesivo y articular de forma práctica el derecho a la desconexión.

IV. Conclusiones y reflexión final

A la luz de las nuevas condiciones que impone el trabajo a distancia, el poder de dirección empresarial debe ser reformulado, no debilitado. El entorno digital, deslocalizado y tecnológicamente mediado, no anula la necesidad de organizar, supervisar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales. El empleador sigue siendo responsable de organizar el trabajo, asignar tareas, controlar resultados y garantizar la prevención de riesgos, pero debe hacerlo sin invadir las esferas de intimidad, descanso, privacidad domiciliaria o autonomía técnica del trabajador. Por lo que el desempeño del trabajo a distancia obliga a repensar cómo ha de ejercerse el poder de dirección, dónde se sitúan sus límites, y qué garantías deben acompañarlo.

En este contexto, el ejercicio del poder directivo se ve mediado por nuevas herramientas tecnológicas, como el control a través de plataformas, software de monitorización, geolocalización o videollamadas. El art. 22 LTD permite expresamente el control del cumplimiento de obligaciones mediante dispositivos digitales, siempre que se respeten los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, conforme a la doctrina constitucional (STC 39/2016, entre otras). El riesgo es que esta expansión tecnológica desemboque en una forma de control invisible, sin contornos jurídicos claros, que comprometa la privacidad, la autonomía y la salud mental del trabajador. Las fronteras entre lo personal y lo profesional, ya de por sí porosas en el teletrabajo, tienden a desdibujarse bajo un régimen de conectividad constante que naturaliza la disponibilidad permanente. Así, el poder de dirección debe adaptarse a las nuevas coordenadas tecnológicas, jurídicas y éticas propiciadas por la deslocalización. La transformación de las formas de trabajo no puede abordarse sin una adaptación paralela del Derecho del Trabajo, que preserve su función histórica: proteger la parte débil de la relación y asegurar la dignidad del trabajador en contextos marcados por la subordinación, de tal manera que, el trabajo a distancia, lejos de erosionar esa función, la hace más urgente.

A propósito de la cuestión prejudicial C-235/25: la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total y la realización de actividades públicas en segunda actividad bajo el prisma de la discriminación por razón de la discapacidad

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

I. Introducción

La sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 recaída en el asunto C-631/22 Ca Na Negreta interpretando el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE señala que, a fin de garantizar la observación del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades se realicen ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar adecuadamente, o para que les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para la empresa.

La aplicación de la sentencia provocó que la Ley 2/2025, de 29 de abril, modificara los artículos 48, 49 ET a fin de suprimir el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente como causa automática de extinción del contrato de trabajo, modificándose también el artículo 174.5 LGSS.

A results de esta cuestión la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha planteado ante el TJUE si la doctrina jurisprudencial determinada en la sentencias del TS de 26.4.2017 (recurso 3050/2015) que al interpretar el artículo 198 LGSS consideraba que en aquellas profesiones en las que se regula la realización de una segunda actividad dentro de la misma profesión como es el caso de profesiones como las de los policías locales o los bomberos, la realización de esta segunda actividad

resultaba incompatible con la percepción de la pensión de incapacidad permanente total, resulta incompatible con la Directiva 2000/78.

Pues bien, en este trabajo trataremos de comentar el planteamiento de la cuestión prejudicial.

II. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la segunda actividad y la incapacidad permanente total

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 (recurso 5135/04); 10 de junio de 2008 (recurso 256/07) y 25 de marzo de 2007 (recurso 3402/07) se pronunciaba sobre las funciones que integraban la profesión habitual al objeto de determinar una incapacidad permanente total. El debate se limitaba a determinar si habría que valorar las funciones de la primer actividad, las de la segunda actividad o la de ambas. El Tribunal Supremo señalaba en las sentencias indicadas que habida cuenta de que el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas como la patrulla, el mantenimiento de orden público, labores de regulación del tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática y por ello, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual.

Partiendo de lo expuesto la STS de 17 de abril de 2017 (recurso 3050/2015) declaraba la incompatibilidad entre la realización de un trabajo en segunda actividad y el percibo de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión en la que se desempeña la segunda actividad fundando la decisión en los siguientes criterios:

- a) El principio básico de absoluta incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el desempeño del trabajo.
- b) La función de sustitución de rentas salariales de la pensión de incapacidad permanente total.
- c) La inactividad en la profesión integra el concepto mismo de incapacidad permanente total.
- d) Cuando se accede a la pensión de incapacidad permanente total desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo.

Estos criterios se han tenido en cuenta por parte del Tribunal Supremo en sus sentencias de 16 de julio de 2024 (recurso 3993/2021) o de 17 de abril de 2024 (recurso 2225/2021) declarando la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con trabajos razonablemente ajustados.

III. La cuestión prejudicial asunto C-235/25 Villeme

El Sr. Villeme prestó servicios como policía local para el Ayuntamiento de Bislab D'Empordá como policía local hasta el 18 de junio de 2018, fecha en la que se le reconoció la pensión de incapacidad permanente total. A partir del reconocimiento de la pensión el Sr. Válleme prestó servicios para otra empresa y así como prestaciones por

desempleo hasta 1 de diciembre de 2020, fecha en la que vuelve a prestar servicios para el Ayuntamiento de Bisbal como policía local en segunda actividad.

El INSS presentó demanda ante el Juzgado de lo Social para que se declarara la incompatibilidad del trabajo como policía local en segunda actividad y la percepción de pensión incapacidad permanente total y el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. El Juzgado de lo Social nº 3 de Girona estimó la demanda presentada por la entidad gestora.

Interpuesto por el interesado recurso de suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha acordado presentar las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Los artículos 3.1.c) y 3.3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en materia de empleo y de la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que aquella Directiva resulta de aplicación a un supuesto en que a un policía local, al que se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total por sufrir una discapacidad física, y que ha pasado al régimen de segunda actividad en el que realiza tareas administrativas y de atención ciudadana distintas de las que dieron lugar a la declaración de invalidez, se le exige cesar en su empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión?
2. ¿El artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27,1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un policía local en régimen de segunda actividad, al cual se le ha reconocido una pensión de incapacidad permanente total, debe extinguir su relación de empleo público como policía local para poder percibir dicha pensión, cuando aquel ya ha pasado o desempeñar funciones distintas a las que dieron lugar a la declaración de invalidez y ha sufrido una disminución de salario por ello?

IV. Aplicabilidad de la directiva 2000/78/CE a las pensiones de incapacidad permanente del nivel contributivo del sistema de seguridad social español

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, establece en su artículo 3 el ámbito de aplicación de la Directiva estableciendo que la Directiva se aplicará a:

- a) Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.

- b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica.
- c) Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.
- d) La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresario, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.

3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

4. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad”.

Asimismo el Considerando 13 de la Directiva 2000/78/CE indica que las disposiciones de la Directiva no se aplican a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 157 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo. En este sentido, el concepto de retribución debe interpretarse en sentido amplio, y comprende en particular “todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas aunque indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo, disposiciones legislativas o tengan carácter voluntario, sin perjuicio de que sean pagadas una vez extinguida la relación laboral (STSJU de 29 de mayo de 2018 C-312/17 apartado 3). Así están incluidas en el concepto de “retribución” las pensiones que dependen de la relación que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de un régimen legal (Sentencia TJUE de 22 de noviembre de 2012 C.385/11, Elbal Moreno, apartado 20).

Se excluyen, por tanto, del concepto de “retribución” y de “condición de empleo”, las pensiones que deriven de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en la medida en que dependen menos de tal relación que de consideraciones de política social (sentencia TJUE de 10 de junio de 2010, Bruno y otros C-395/08 y C-396/08, apartados 41 y la jurisprudencia citada). De este modo, no pueden incluirse en el concepto de “retribución” y de “condición de empleo” los regímenes o prestaciones de seguridad social regulados directamente por la Ley reguladora de la Seguridad Social, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional

interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores (Griessmar C-366/99, apartado 27 y jurisprudencia citada, Elbal Moreno C-385/11 apartado 20).

En cambio, están comprendidas en el concepto de “condiciones de empleo”, las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el empresario y el trabajador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social (sentencia Bruno apartado 42 y Elbal Moreno, apartado 42).

No obstante, las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o de razones de carácter presupuestario que influya en el legislador nacional para establecer un determinado régimen, no pueden prevalecer si la pensión afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directa o indirectamente en función de los años cumplidos y si su cuantía se calcula sobre el último sueldo (sentencia Bruno y otros apartado 47). Pues bien, la pensión de incapacidad permanente total en España se regula de acuerdo con consideraciones estrictamente sociales, no afecta a una categoría particular de trabajadores, ni se calcula sobre el último sueldo, ni únicamente en función de los años prestados al último empleador.

La decisión empresarial como el nexo causal de un accidente de trabajo

LUIS DÍAZ BERNARDO

*Técnico Superior de Salud Laboral de la Junta de Extremadura
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

La actividad empresarial requiere la toma de decisiones. Precisamente un buen resultado depende de la gestión realizada por las personas físicas fundada en la experiencia, pero, fundamentalmente, en los conocimientos, tanto de la actividad desarrollada como de la normativa aplicable a ella. Erróneamente y de manera muy extendida se considera que los accidentes de trabajo se deben a imprudencias del trabajador accidentado, al que, por su experiencia, se le atribuyen unos conocimientos que no tiene, bien porque no los ha adquirido en su formación profesional, bien porque la empresa no se los ha proporcionado o transmitido eficazmente. Así, teniendo en cuenta que cualquier actividad laboral conlleva algún tipo de peligro, más o menos tolerable, siempre exige la toma de decisiones en orden a garantizar la seguridad e integridad de los trabajadores, y esas decisiones no deben delegarse en el mismo trabajador, sino que exige, igualmente, que las personas responsables adopten las decisiones más adecuadas a la tarea realizada y conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales aplicable. Una mala decisión determina el nexo causal de un accidente de trabajo. Y aquí adquiere una importancia manifiesta la consideración de nexo causal de la producción de un accidente de trabajo con consecuencias dañosas para el trabajador a una decisión empresarial sobre las medidas de seguridad y salud que deben adoptarse en la empresa y aplicables a cada tarea.

Afirmar que el empresario SIEMPRE es el responsable de un accidente de trabajo es difícil de aceptar sin condiciones. Sin embargo, la facultad de adoptar, en todo caso, medidas de prevención, ya sea técnicas o humanas, que, aplicadas, evitarían el accidente, incluso en los supuestos en que incurre imprudencia profesional del

trabajador. Es recurrente culpar al trabajador por no “hacer caso” al empresario y no adoptar las medidas preventivas proporcionadas u ordenadas, pero claro, aún en el caso altamente previsible de que la empresa alegue imprudencia del trabajador la jurisprudencia es meridianamente clara en su posición de exigir al empresario la acreditación de la concurrencia de negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador, lo que, teniendo en cuenta que la imprudencia profesional es imputable al empresario, prácticamente solo se daría en el caso de que el trabajador hay tenido la intención de sufrir el accidente y el resultado dañoso, es decir, una conducta autolesiva cuya intencionalidad es difícilmente demostrable. Ello lleva a una primera afirmación: El empresario siempre es el responsable de un accidente de trabajo, ya que, por definición, si el hecho se ha producido intencionadamente por el trabajador no estaríamos ante un accidente de trabajo. Este es el criterio se expresado las sentencias del TS de 30 junio 2010 (rec. 4123/2008), de 4 de mayo de 2015 (rec. 1281/2014) y la núm. 1039/2018 de 11 diciembre (rec.1653/2016).

Evidentemente, la realidad fáctica lleva esta afirmación a la decisión final de los Tribunales, no exentos de dificultad, aunque sin posibilidad de apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente en relación con la doctrina general de la causalidad jurídica o imputación objetiva, que considera los hechos jurídicamente relevantes si permiten su imputación objetiva a una persona. Según dicha teoría la determinación de la relación de causalidad implica una valoración judicial motivada de doble secuencia. La primera la determinación como cuestión fáctica de la relación causal entre un comportamiento humano y un resultado, y partir de la fijación del mismo, determinar la causalidad jurídica, mediante la aplicación de los arts. 1902 y 1903 CC (SSTs de 21 de octubre de 2005 y 14 de febrero de 2006 entre otras muchas), que es la esencia de la imputación objetiva, es decir, bajo criterios normativos, dilucidar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del demandado, presunto responsable de los mismos conforme a la pretensión actora, en cuanto le son atribuibles por su concreta actuación, lo que implica un juicio de valoración jurídica, bajo los postulados de las máximas de experiencia, con relación a los deberes y exigencias de previsibilidad, que personalmente incumbían a quien se le atribuye la causación del daño ajeno, y que permita, en definitiva, la transferencia legítima del daño del patrimonio de la víctima que lo sufre al del autor que lo produjo.

En este sentido, la STS de 29 de marzo de 2006 se preocupa de precisar en qué consiste el criterio de la imputación objetiva, cuando afirma que: “ ... la llamada imputación objetiva, esto es, el juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible a la recurrente como consecuencia de su conducta o actividad en función del alcance de las obligaciones contractuales correspondientes a la misma, del incumplimiento de sus deberes en el marco extracontractual y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros cánones de imputabilidad, como los relacionados con la obligación de soportar los riesgos normales de la vida y los derivados de la propia conducta o de la de aquellas personas de quien se debe responder”. En este mismo sentido se manifiestan las SSTs de 20 de febrero de 2003 29 de marzo y 3 de abril de 2006 entre otras.

Indudablemente el empresario tiene la obligación de garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo y cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, incurriendo en responsabilidad por la producción de un accidente de trabajo, responsabilidad siempre atribuible a éste, en mayor o menor medida en función de su participación en la toma de decisiones, independientemente de la responsabilidad de otros profesionales o figuras jurídicas como el promotor, que intervienen en ellas. De lo que no hay duda es de que, en materia de seguridad en el trabajo, la Ley 31/1995 es clara al afirmar en su art 14.1 que “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.” Lo que hay que conectar con la LISOS cuando fija la responsabilidad administrativa en materia laboral y de prevención de riesgos laborales en los empresarios.

Resulta evidente la culpa contractual y la responsabilidad del empresario al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, y todo ello en relación con los deberes de Seguridad e Higiene en el Trabajo a que se refieren, entre otros preceptos, los artículos 4.2 d) y 19 y del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 14, 15, 17, 18 y 19 y 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con la normativa de desarrollo, y ello en base a:

1. Que, sobre la deuda de seguridad, el E.T, en su art. 4.2.d) y 19.1, genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador a su “integridad física” y a “una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”, obligación más específicamente desarrollada por la LPRL con contundentes mandatos contenidos en sus artículos 14.2, 15.4 y 17.1, por los que el Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala de los Social, de 8 octubre 2001 (rcud. 4403/00) afirmó que “el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado” y que “deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cuales quieran que ellas fueran”, doctrina mantenida en multitud de sentencias, entre ellas las SSTS de), “existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que “en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. En esta misma sentencia, la Sala de los Social del TS establece que “la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias”. Continúa el alto Tribunal diciendo que “ no puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a

los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario “crea” el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo “sufre”; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de “garantizar la seguridad y salud laboral” de los trabajadores (art. 14.1 LPRL).”

2. Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15.3, 17, 18 y 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales se estima la culpa de las empresas por incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, al no adoptar las medidas de prevención básicas y necesarias para garantizar la seguridad y salud de su trabajador. A continuación, se exponen incumplimientos empresariales en materia de seguridad en el trabajo con responsabilidad; no haber proporcionado al trabajador una formación teórica y práctica suficiente y adecuada, que contemple las situaciones peligrosas que puedan preverse; no haber proporcionado la información suficiente y adecuada sobre los riesgos específicos de su puesto de trabajo, con entrega de protocolos de trabajo, principalmente escritos, manual de instrucciones del fabricante, evaluación de riesgos laborales; no entregar equipos auxiliares de trabajo que permitan la realización segura de la actividad de subsanación de incidentes por el trabajador, incluso los contemplados en la misma evaluación de riesgos laborales; no entregar equipos de protección individual que garanticen la realización de las tareas peligrosas con seguridad; ausencia de mantenimiento correcto de los equipos de trabajo; ausencia de personal supervisor en la ejecución de la tarea peligrosa; ausencia de persona designada por la empresa para comunicar anomalías o deficiencias en el mantenimiento o funcionamiento de equipos de trabajo.

Así, antes de la producción del accidente, indudablemente, el empresario dispone de medios suficientes para prever el riesgo posteriormente materializado, inicialmente mediante la evaluación de riesgos laborales y una planificación de la actividad preventiva que establezca las medidas preventivas a adoptar para eliminar o controlar los riesgos detectados y evaluados, específicos de la actividad realizada empresarial y las tareas atribuibles a cada puesto de trabajo.

La citada jurisprudencia establece, en relación a lo anterior y sobre el grado de diligencia exigible al deudor de seguridad, es decir, al empresario, que ésta “alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL (“... deberá garantizar la seguridad ... en todos los aspectos relacionados con el trabajo

... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad”) y 15.4 LPRL (“La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”), que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención. Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable), como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL).”

La expuesta doctrina jurisprudencial se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo art. 96.2 se preceptúa que “ En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”. La anterior doctrina se ha seguido en múltiples sentencias de la Sala de lo Social del TS, por todas la STS 149/2019, 28 de Febrero de 2019.

La aplicación de la anterior doctrina señala como deudor de seguridad al empresario, que en la producción de un accidente evidencia que no ha cumplido con su obligación de proporcionar al trabajador una protección eficaz en materia de seguridad e higiene al no acreditar adoptadas, para impedir el accidente, puesto que aunque el deudor de seguridad concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, no protegió al trabajador “frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias”, no acreditando haber agotado “toda” la diligencia exigible, evidenciándose el “fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable)”. En este mismo sentido, la STS de 4 mayo 2015, ya citada, dice que, “sin efectuar comparaciones con analogía a otro tipo de accidentes, como los de tráfico, en los que los vehículos están habitualmente homologados y los conductores disponen de permiso adecuado para su conducción y ello no impide la existencia de supuestos de responsabilidad por daños, dado que, como se deduce de los diversos supuestos enjuiciados por esta Sala, si bien la trabajadora debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET)” según sus posibilidades “el deudor de seguridad debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros

medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización.”

En conclusión, no existe base fáctica para entender que el accidente de trabajo se ha originado “por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario” pues de haber existido imprudencia por parte del accidentado por utilizar unos procedimientos inadecuados, no tiene la trascendencia suficiente para alcanzar la calificación de temeraria, pudiendo estar basada en la confianza en el exigible normal funcionamiento de los equipos de trabajo” (art. *ex arts.* 115.5.a LGSS, STS de 30 de junio de 2010 y 27 de enero de 2014 y art. 96.2 LRJS).



19

ASPECTOS COLECTIVOS

Poder de dirección empresarial y esquirolaje interno. (Comentario a la STS 499/2021, de 6 de mayo)

ICÍAR ALZAGA RUIZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

I. Planteamiento de la cuestión

El poder de dirección atribuye al empresario una serie de facultades en la relación laboral. Encuentra su fundamento en el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El derecho de crear empresas lleva aparejado el derecho de asegurar su funcionamiento, mediante su organización y dirección. El Estatuto de los Trabajadores reconoce también las facultades directivas del titular de la empresa. El art. 1.1 ET señala que la prestación de servicios se lleva a cabo dentro del ámbito de organización y dirección” del empresario y el art. 20.1 ET establece que “el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”. El trabajador en el seno de la relación laboral entra en una esfera empresarial y queda sometida al poder de dirección de la persona para la que presta servicios, que es quien ordena y dirige cómo debe prestar servicios, con qué medios, en qué horario, etc.¹. Pero el poder de dirección no es ilimitado. Ha de respetar los límites impuestos por el obligado respeto de los derechos de la persona trabajadora, tanto de los derechos fundamentales como de los derechos específicos reconocidos en la relación laboral. La extralimitación del poder de dirección más allá de los límites impuestos, da lugar a órdenes ilegales o abusivas.

Las actuaciones derivadas de la libertad de empresa no pueden menoscabar la eficacia de una huelga convocada, como tampoco pueden afectar a su contenido esencial. Debido a su configuración constitucional, el derecho de huelga goza de una singular preeminencia por su especial protección. La prohibición de esquirolaje interno,

¹ Por todos, MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, con prólogo del Prof. Manuel Alonso Olea.

es decir, de aquellas prácticas empresariales consistentes en sustituir a los huelguistas por trabajadores de la plantilla que no se unen a la huelga, persigue que la huelga pueda de ser eficaz en su ejecución a fin de garantizar la efectividad de tal derecho. La objeto de este comentario resuelve si vulnera o no el derecho del huelga la sustitución interna de trabajadores huelguistas por mandos intermedios de la empresa.

II. Antecedentes

En la empresa B.S.H. Electrodomésticos España, S.A se inició una huelga el 9 de enero de 2017, convocada por el sindicato LAB, que duró hasta el 26 de enero de 2017, concluyendo con acuerdo con la representación de los trabajadores. Durante la huelga, mandos intermedios de la empresa sustituyeron a trabajadores, que ejercían su derecho de huelga. Esa sustitución interna de trabajadores huelguista se llevó a cabo a iniciativa propia de los encargados en la creencia de que podían hacerla porque en ocasiones anteriores habían realizado las mismas tareas. La empresa no dio instrucciones en tal sentido. La sustitución fue minoritaria y tuvo un impacto reducido en relación con la incidencia de la huelga en la producción de la empresa demandada, que sí fue destacada.

Un trabajador demandó a la empresa por vulneración del derecho de huelga y en reclamación de cantidad. El Juzgado de lo Social, que conoció del caso, entendió que no se había producido la vulneración alegada y absolvió a la empresa de las pretensiones frente a ella deducidas. Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por sentencia de 11 de octubre de 2018, desestimó el mismo en la medida en que los mandos intermedios, que realizaron las sustituciones de trabajadores huelguistas, lo hicieron a iniciativa propia, sin que recibieran instrucciones de la empresa; por lo que la conducta de los mandos intermedios “careció de afectación relevante alguna sobre el derecho de huelga ejercitado, pues ni neutralizó el paro convocado, ni aminoró de manera apreciable, ni privó de efectividad al mismo”.

Frente a esta sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

III. Cuestiones planteadas

El trabajador recurre en unificación de doctrina. Invoca como sentencia de contraste la STC 33/2011, de 28 de marzo. Denuncia infracción del artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en relación con el artículo 28.2 CE.

Por su parte, la empresa demandada niega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y las infracciones denunciadas. Defiende que no tuvo participación en la sustitución interna de los trabajadores huelguistas, por lo que no incurrió en infracción alguna.

El Ministerio Fiscal considera que no existe contradicción entre una y otra sentencia. Añade, no obstante, que, si la Sala apreciara que sí existe contradicción, el recurso debería ser estimado al haberse dictado la sentencia de contraste por el Tribunal Constitucional.

IV. Criterio del tribunal

A tenor de lo dispuesto en el artículo 6.5 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el empresario no puede hacer uso de su poder de dirección para sustituir a los trabajadores huelguistas durante la huelga por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo en el supuesto de incumplimiento de los servicios mínimos o de mantenimiento². Esta prohibición legal se extiende a aquellos supuestos en los que el empresario recurra al mecanismo de la contrata o subcontrata de obras o servicios o celebre un contrato de puesta a disposición con una Empresa de Trabajo Temporal y, se basa en que dicha contratación persigue la continuidad de la actividad empresarial y, por tanto, restar eficacia a la huelga³. Y es que “la eficacia del ejercicio del derecho [de huelga] se vería drásticamente mermada de permitirse al empleador facultad semejante”⁴.

La fórmula legal del artículo 6.5 RDLRT plantea la duda de si el empresario puede o no sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores del propio centro de trabajo o de otro distinto -la llamada sustitución interna-. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1992, de 28 de septiembre⁵, en un supuesto en el que los trabajadores fijos-discontinuos de una empresa, directamente afectados por las labores de producción, convocaron una huelga, sin que a ella se adhiriera el personal fijo de la empresa, constituido por directivos y administrativos. Éstos, voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la compañía sustituyeron a los trabajadores en los puestos desocupados, cuya categoría era inferior a la propia. La sentencia que resolvió la cuestión finalizó otorgando el amparo solicitado por el Comité de Empresa por entender que “la preeminencia de este derecho [de huelga] produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre”.

La realización por parte de los trabajadores no-huelguistas de las tareas asignadas a los trabajadores que deciden legítimamente ejercitar su derecho de huelga persigue colmar el vacío productivo generado por la actividad dejada de realizar por estos últimos y limita, consiguientemente, la presión propia de la huelga. La sustitución interna de los trabajadores huelguistas no aspira a garantizar el derecho de los no-huelguistas a no sumarse a la huelga -versión negativa del derecho de huelga-, sino

² Sobre el poder de dirección, por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1962.

³ GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 71.

⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo. (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas. Madrid, 1994, pág. 379.

⁵ BOE de 29 de octubre.

que pretende minorar los daños que la huelga provoca⁶. Incluso si la sustitución de los trabajadores huelguistas es fruto de un pacto entre el empresario y los trabajadores no-huelguistas o de una petición expresa de estos últimos, dicha sustitución no estará tampoco justificada en la medida en que el derecho al trabajo es un derecho de menor rango al de huelga, debiendo prevalecer éste, derecho subjetivo fundamental por su configuración constitucional⁷. Resulta indiferente a estos efectos que el trabajador preste sus servicios en el mismo o en distinto centro de trabajo al del trabajador sustituido o que sea de superior o inferior categoría a aquél. Lo determinante es que la actuación del empresario menoscabe la eficacia y, por tanto, la integridad del derecho de huelga, es decir, que la finalidad con la que se ejercita el poder de dirección empresarial sea eliminar o minorar los perjuicios sufridos por el empresario con la huelga.

En este contexto se enmarca la sentencia aportada de contraste, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional⁸.

La aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, implicó una reforma de calado del régimen jurídico del recurso para unificación de doctrina. Entre otras cuestiones, amplió las resoluciones que podrían ser invocadas como sentencias de contraste, al permitir que la contradicción de la sentencia recurrida lo fuera con la doctrina contenida en “las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España” (art. 219.2 LRJS). Hasta la reforma de 2011, estos pronunciamientos no podían presentarse como sentencias de contraste en la medida en que la función unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo solo podía ejercerse sobre los órganos judiciales que estuvieran en su esfera jerárquica⁹. La reforma optó por preservar la primacía interpretativa de esos tribunales mayores respecto de la jurisdicción ordinaria en materias de su específica competencia.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Constitucional aportada de contraste entiende que: “la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al «ius variandi»”, *La Ley*, nº 2, 1993, pág. 1025.

⁷ ALZAGA RUIZ, I.: “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, nº 11, 2002, pág. 30.

⁸ STC 33/2011, de 28 de marzo, BOE de 28 de abril.

⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El deber del empleador de prevención del esquirolaje interno espontáneo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6, 2021.

En la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo aprecia contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia del Tribunal Constitucional: en ambos supuestos, los responsables de área, que no secundaron la huelga, realizaron actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas. En los dos casos, el debate de suplicación consistió en si esos actos de sustitución interna de los trabajadores huelguistas los realizaron los responsables de área a iniciativa propia o con conocimiento y aprobación de la empresa. Apreciada contradicción, la cuestión a dilucidar reside en si la empresa tiene o no responsabilidad por los actos de sustitución interna de los huelguistas, aun cuando no los aliente ni los conozca.

Empieza el Tribunal Supremo recordando la doctrina contenido en la STC 33/2011, de 28 de marzo según la cual: “El empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si se admitiera que éstas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos”.

Como ya explicó el Tribunal Constitucional¹⁰, “la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. Los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él en conexión directa con la relación laboral. El empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco”.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y estima la demanda interpuesta por el trabajador.

V. Conclusiones

Al aplicar la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el Tribunal Supremo entiende que al gozar el derecho de huelga de una singular preeminencia, cuando se ejerce, reduce y paraliza otros derechos, como sucede con el

¹⁰ STC 250/2007, de 17 de diciembre, BOE de 22 de enero de 2008.

artículo 20 ET, en la medida en que el ejercicio por el empresario de las facultades que se derivan de este artículo excluiría el efecto limitador de la huelga y vaciaría de contenido el derecho de huelga. La sustitución interna de los trabajadores en huelga se reputa ilícita, incluso, si se ha producido, a iniciativa propia de los mandos intermedios y sin el conocimiento de la empresa, en la medida en que existe un deber de prevención de la sustitución interna de los trabajadores huelguistas, que recae sobre la empresa.

La cuestión a destacar de este pronunciamiento es precisamente ésta: se atribuye al empresario la titularidad de las actuaciones antihuelga, de forma que la omisión de toda reacción o prevención que impida el acto de sustitución de los trabajadores huelguistas vulnera el artículo 28.2 CE. Estamos ante un deber de prevención exigible a la empresa, sin que la vulneración deje de existir por el hecho de que la sustitución se produzca a instancia de los mandos intermedios y sin conocimiento de la empresa, ni por el hecho de que los actos de sustitución hayan tenido escasa repercusión en la cadena de producción empresarial. Y ello en la medida en que la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por tanto si resulta probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tienen asignadas otras diferentes en la misma empresa, ha de concluirse lesionado el referido derecho.

Poder de dirección y conflicto colectivo: entre la libertad de empresa y la tutela de derechos laborales

JUAN SAGREDO CAÑAVATE

Magistrado (especialista) de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia

I. Introducción

El poder de dirección del empresario es, desde la matriz conceptual fijada por Montoya Melgar, la manifestación jurídica de la libertad de empresa (art. 38 CE) en el microcosmos de la relación laboral. Ese poder -organizar, ordenar, controlar y disciplinar- solo es legítimo si se ejerce regularmente y dentro de límites constitucionales y legales. Los arts. 5.c y 20.2 ET¹ lo especifica al decir “Ejercicio Regular” de ese poder empresarial. La tensión entre libertad de empresa y tutela de derechos (individuales y colectivos) constituye el eje de este trabajo, en el que se revisa la jurisprudencia constitucional, ordinaria y europea, y se examina como estudio de caso una reciente sentencia del TSJ de Cataluña sobre centros de trabajo y conflicto colectivo (DISFRIMUR)².

II. El poder de dirección como manifestación de la libertad de empresa

1. Naturaleza y fundamento

El TC ha afirmado tempranamente que el Derecho del Trabajo funciona como un ordenamiento compensador de la desigualdad originaria entre empresario y trabajador, en una relación de dependencia y subordinación que legitima la existencia de poderes empresariales, pero exige su sometimiento a límites estrictos (en palabras del TC³ “*La legislación laboral constituye un ordenamiento compensador de una desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que tiene su fundamento no solo*

¹ Arts. 5.c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015).

² STSJ de Cataluña, autos 6/2025 (DISFRIMUR, S.L.) - desestimación de la demanda de conflicto colectivo.

³ STC 3/1983, de 25 de enero, ECLI:ES:TC:1983:3 (Pleno).

en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia y subordinación de uno respecto del otro”). En esa arquitectura, Montoya Melgar identifica el poder de dirección como un poder jurídico -no meramente moral- que articula la organización de la prestación y la disciplina del vínculo, asegurando eficacia al contrato sin necesidad de acudir permanentemente a la jurisdicción (el maestro Montoya⁴ nos recordaba que el poder de organización y dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, el lugar y el tiempo de la prestación de trabajo, siendo un poder de ordenación de las relaciones laborales).

2. Facultades: organización, control y disciplina

La tripartición clásica distingue: (a) poder de organización y ordenación del trabajo (órdenes sobre modo, lugar y tiempo de la prestación); (b) poder de control o vigilancia del cumplimiento; y (c) poder disciplinario, que reacciona frente a incumplimientos y viene a completar el poder de organización y dirección, afirmando la jurisprudencia laboral que el poder sancionador o disciplinario resulta necesario para que poder de dirección sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral. Estas facultades tienen cobertura positiva en los arts. 5.c) y 20.2 ET, y han sido desarrolladas por la jurisprudencia social, que subraya su ejercicio regular y proporcional⁵.

III. Límites del poder empresarial: proporcionalidad, intimidad y prueba tecnológica

1. La pauta constitucional y europea

En materia de videovigilancia laboral, la STC 39/2016⁶ flexibiliza el canon informativo: la falta de información previa expresa sobre el fin disciplinario no determina automáticamente la ilicitud, si existe señalización general y la medida supera el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). La Gran Sala del TEDH, en López Ribalda II⁷ (cajas de supermercado despedidas tras colocar el empresario cámaras visibles para evitar hurtos, y cámaras ocultas en las cajas registradoras al detectar irregularidades entre nivel de stock y ventas), valida cámaras no anunciadas ante sospechas fundadas y por tiempo y espacios limitados, cuando no haya medios menos intrusivos para proteger intereses legítimos (propiedad y prevención de ilícitos) y el acceso a las imágenes sea restringido (el TEDH consideró la medida proporcionada por: grado de intromisión del empresario: escasa invasión de la vida privada [se grabó sólo en zona de cajas y sólo durante 10 días, y la grabación solo la vieron pocas personas]. Justificación de fines legítimos: existencia de fundadas sospechas de robos. Inexistencia de medios menos intrusivos para la

⁴ MONTOTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965; y «Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (Dirs.), Aranzadi, Navarra, 2011.

⁵ Vid. STC 3/1983, cit.

⁶ STC 39/2016, de 3 de marzo (REC 7222/2013), caso Bershka.

⁷ TEDH (Gran Sala), López Ribalda y otros c. España, 17 de octubre de 2019 (Demandas núm. 1874/13 y 8567/13).

consecución del mismo objetivo: ninguna otra medida hubiera permitido alcanzar el objetivo de descubrir a los responsables de las pérdidas de productos. Utilización sólo por la empresa: el empleador no utilizó las grabaciones para fines distintos al objetivo perseguido).

2. La consolidación jurisprudencial del Tribunal Supremo

La Sala Cuarta ha consolidado esta pauta en una línea de decisiones donde, manteniendo el estándar cuatridimensional (medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada), declara lícita la prueba videográfica aun sin detalle explícito del uso disciplinario, si el trabajador conocía la existencia de cámaras por razones de seguridad y se respeta la proporcionalidad: En el asunto IFEMA, Vigilante de Iferma que afirmaba realizar las requisas (controles de los bajos de los vehículos) siendo falso a la luz de las grabaciones aportadas por la empresa (STS 21-7-2021, rec. 4877/2018)⁸, VITRASA⁹, conductor de autobús urbano que permitía viajar a una señora sin haber pagado, con la que mantenía en cabeza de línea tocamiento de nalgas y pechos (STS 13-10-2021, rec. 3715/2018), la anulatoria por indebida denegación de prueba (STS 25-1-2022, rec. 4468/2018)¹⁰, el caso de cafetería del Aeropuerto Adolfo Suárez, sustracción por un empleado de efectos destinados a la venta (STS 30-3-2022, rec. 1288/2020)¹¹, y el asunto empleada de hogar, una persona empleada de hogar que se adueñó poco a poco de las joyas de la familia (STS 22-7-2022, rec. 701/2021, Pleno)¹². Los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en esta materia, son los cimientos sobre los que se asienta la jurisprudencia de nuestro alto tribunal en esta materia.

Como hemos observado, los poderes del empresario de vigilancia y sanción, para verificar el cumplimiento del poder de organización y dirección, es objeto de control por los Tribunales tanto frente a actuaciones individuales de una persona trabajadora, como en el plano colectivo como veremos a continuación.

IV. El conflicto colectivo como mecanismo de equilibrio

1. Función constitucional y configuración procesal

En un contexto de conflicto laboral, sea de Cr individual, plural o colectivo, los empresarios y los trabajadores pueden adoptar medidas de presión o de fuerza. Tales medidas de conflicto están reconocidas en el art. 37.2 CE.

El proceso de conflicto colectivo (arts. 153 y ss. LRJS) tutela intereses generales homogéneos de un grupo de trabajadores frente a decisiones empresariales de alcance general. Actúa como contrapeso institucional al poder de dirección cuando la controversia excede el marco individual y afecta a las condiciones de trabajo colectivas.

Los elementos del conflicto colectivo son: 1.º Conflicto: entre el empresario y los trabajadores sobre un asunto relacionado con el trabajo; no se considerarán conflictos

⁸ STS (Social) 817/2021, 21 de julio (rec. 4877/2018) - caso Ifema.

⁹ STS (Social) 1003/2021, 13 de octubre (rec. 3715/2018) - caso VITRASA.

¹⁰ STS (Social) 60/2022, 25 de enero (rec. 4468/2018) - nulidad por denegación de prueba videográfica.

¹¹ STS (Social) 285/2022, 30 de marzo (rec. 1288/2020) - cafetería Aeropuerto Adolfo Suárez.

¹² STS (Social, Pleno) 692/2022, 22 de julio (rec. 701/2021; ECLI:ES:TS:2022:3160) - empleada de hogar.

laborales los que se dirijan frente a sujetos distintos de los empresarios o sus A.E., ni los que surjan en el ámbito de trabajo pero versen sobre materia no laboral. 2.º Subjetivo (grupo genérico): que afecte a un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por grupo genérico no la mera pluralidad o suma de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. La mera suma de intereses particulares implicará una acumulación subjetiva de acciones propia del conflicto plural, pero no lo convierte en colectivo. 3.º Objetivo (interés general): que se trate de intereses generales de carácter indivisible, esto es, no susceptibles de fraccionamiento entre sus miembros (que se defiendan pretensiones como grupo y no como suma de individuos). Lo realmente importante es que se actúe con una pretensión genérica. 4.º Actual y real: debe existir un conflicto concreto y real, no hipotético o abstracto. Puede ser de presente o de pasado, pero no de futuro, quedando excluidas del objeto litigioso las llamadas «acciones de consulta».

Lo esencial para diferenciar el proceso especial de conflicto colectivo y el ordinario está en la forma de hacer valer el derecho. Así, afectando la cuestión a un conjunto de trabajadores, si se formula una petición genérica para todo el grupo, será el proceso de conflicto colectivo el cauce adecuado; mientras que, si se formulan peticiones individualizadas y concretas para cada trabajador, resultará indicado el procedimiento ordinario. Es decir, si la pretensión puede resolverse de forma abstracta, sin atender a las situaciones particulares de cada trabajador, la vía del proceso de conflicto colectivo es adecuada; si es necesario tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los sujetos afectados, la tramitación habrá de realizarse por la vía del proceso ordinario o la que, en su caso, corresponda.

V. Estudio de caso: poder de organización empresarial y conflicto colectivo en Disfrimur (TSJ de Cataluña, 2025)

1. Hechos y pretensión

El sindicato actor promovió conflicto colectivo (autos 6/2025) frente a DISFRIMUR, S.L., y la RLT del centro de Tarragona, solicitando que se declarase la inexistencia de actividad real en los centros de Girona y Tarragona -que serían meros aparcamientos-, la adscripción de su personal al centro de Barcelona, la nulidad de traslados/cambios de rutas y la aplicación del Convenio de Barcelona a toda la plantilla afectada, con efectos desde la creación de los centros de trabajo distintos al de Barcelona.

2. Excepciones procesales y competencia

La empresa opuso incompetencia territorial del TSJ, inadecuación del procedimiento, litisconsorcio pasivo necesario y caducidad/prescripción. La Sala desestimó los óbices: el objeto (carácter ficticio de centros y consecuencias colectivas sobre convenio y adscripción) presentaba interés general e indivisible y sus efectos no excedían Cataluña, lo que anuda la competencia objetiva y territorial del TSJ en única instancia (arts. 2.g y 7.a LRJS).

3. Hechos probados relevantes

Se acreditó que MERCADONA es el único cliente en Cataluña, con tres centros logísticos en Barcelona (Sant Sadurní d'Anoia, Abrera y Sant Esteve Sesrovires), donde el personal carga mercancía y desde los que se distribuye por rutas fijadas por el cliente; que DISFRIMUR dio de alta centros en Tarragona (2013) y Girona (2020); que existen adscripciones de plantilla a esos centros, evaluación de riesgos específica, RLT en Tarragona y pactos de mejora desde 2016; y que la empresa alquila plazas de aparcamiento y utiliza instalaciones para reuniones y formación en Tarragona.

4. Decisión y ratio

La Sala desestima la demanda. Considera reales y justificadas organizativa y productivamente las adscripciones y la existencia de los centros de Girona y Tarragona -en particular por la estructura de rutas del cliente-, con lo que rechaza que sean centros ficticios y, por derivación, niega las consecuencias pretendidas sobre convenio y nulidad de traslados/cambios. Se desestiman igualmente las excepciones procesales y se absuelve a las demandadas.

5. Lecciones del caso

Desde la perspectiva del equilibrio «libertad de empresa/derechos colectivos», el caso enseña que: (a) el control judicial del centro de trabajo es material y rechaza ficciones, pero reconoce decisiones de organización conectadas a la realidad operativa del servicio del cliente; (b) la vía del conflicto colectivo es idónea para cuestionar prácticas generales que inciden en convenio aplicable y estructura de adscripción; y (c) la prueba sobre actividad efectiva y elementos objetivos (PRL, RLT, pactos, infraestructura) es decisiva para el desenlace.

VI. Conclusiones

PRIMERA. El poder de dirección, en la estela de Montoya Melgar, es presupuesto funcional del contrato de trabajo y manifestación de la libertad de empresa; su legitimidad se mide por la regularidad y la proporcionalidad del ejercicio.

SEGUNDA. La jurisprudencia constitucional y europea ha fijado un estándar de control tecnológico que, sin trivializar garantías, permite respuestas eficaces frente a incumplimientos, especialmente en videovigilancia, siempre que exista información suficiente o, excepcionalmente, sospecha fundada y delimitación estricta.

TERCERA. El conflicto colectivo opera como cauce de tutela estructural; su adecuación no se frustra por la invocación genérica de pretensiones individuales o por litisconsorcios artificiales.

CUARTA. En la definición del «centro de trabajo», prevalece la realidad productiva.

QUINTA. El equilibrio entre libertad de empresa y derechos colectivos no se alcanza por abstracción sino mediante pruebas sólidas sobre la actividad efectiva y la homogeneidad del colectivo afectado.

La negociación colectiva y el poder de dirección empresarial¹

JUAN PABLO MUGNOLO

Doctor en Derecho, Universidad de Granada

El Derecho del Trabajo, desde el punto de vista funcional, tiene por objeto la regulación institucional de las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, aquellos problemas vinculados con la adquisición y uso de la fuerza de trabajo. A dicha función reguladora debe agregársele una función organizativa: la organización del sistema de relaciones laborales. Tal perspectiva lleva a concluir que el ordenamiento laboral asume una tarea de gestión racionalizadora de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de tipo económico cuyo objeto es el trabajo. Desde esta perspectiva el ordenamiento laboral obedece a una doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de las relaciones sociales: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores².

Desde una absoluta racionalidad política y económica el principio de tutela del trabajador encuentra su límite en la protección del sistema económico. Es decir, las mejoras de las condiciones de trabajo no pueden hacerse a costa del principio económico de rendimiento y de productividad, no pueden anular el funcionamiento del sistema capitalista³.

¹ Reflexiones parciales que se encuentran contenidas *in extenso* en *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*. Encuentro Argentino Uruguayo de Profesores de Derecho del Trabajo. “La empresa como estructura compleja”. Coordinadores: Ackerman, Goldin, Rasso Delgue y Ermida Uriarte. ED. RUBINSAL- CULZONI-, Santa Fe, 2007, Argentina.

² Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo, (Civitas), Madrid 1996, p.15-16.

³ Vid. VIDA SORIA, J., “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo”, *Separata de la Revista de Derecho Laboral* N° 192, Tomo XLI, octubre/diciembre 1998, Montevideo.

La esencia contradictoria del Derecho del trabajo se alimenta entonces de dos principios: el principio de protección del trabajador y el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, actuando este último como condicionante económico del Derecho del Trabajo, lo que explica que el rendimiento y conservación del régimen de empresa privada limite su acción tuitiva⁴.

Es en esta lógica subyacente que la pretensión del Estado social ha sido domesticar el sistema económico capitalista y la estructuración interna del contrato de trabajo en la empresa, para avanzar en la democratización de las estructuras sociales y el restablecimiento de la autonomía de los trabajadores⁵.

No obstante el contenido tutelar constitucional como proyección del Estado social, será la mayor trascendencia que alcance el principio de libertad de empresa en la orientación de la política económica del Estado (ajuste del sistema productivo a las necesidades del mercado: política de salvamento y de apoyo a las empresas en dificultad y medidas de reestructuración del sistema productivo) la que condicionará la acción del ordenamiento laboral a la lógica del modelo económico predominante⁶. Así, el Derecho del Trabajo prevalecerá como un instrumento de la política económica y de racionalización jurídica del funcionamiento del mercado⁷, ordenando la economía pero sirviendo a la par a su dinámica de funcionamiento⁸.

Es en dicho contexto que la centralidad de la acción del Derecho del Trabajo adquiere mayor trascendencia en el ámbito de la empresa pues ésta constituye un elemento imprescindible de aquel orden económico en tanto el mercado le atribuye el rol fundamental de reguladora de intercambios⁹.

Para el Derecho del Trabajo, la importancia radica en establecer un orden jurídico como sistema o cuerpo de reglas que gobiernen el sistema de relaciones laborales y el ejercicio de la autoridad en la empresa. Dicha racionalidad social que se le imprime

⁴ Cfr. DE LA VILLA, M Y PALOMEQUE, M. C., *Introducción a la economía del trabajo*, Vol. I, (Debate), Madrid, 1978, p. 750.

⁵ *Vid.* MONEREO PÉREZ, “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, (Civitas), Separata, Julio/agosto 1999, p.507.

⁶ Señalaba MARTÍN VALVERDE respecto a la consagración constitucional del derecho del trabajo que el principio de libertad de empresa obstaculizará necesariamente la consecución de una política de pleno empleo al carecer el Estado capitalista de instrumentos suficientes para garantizarla, como la iniciativa pública y la política de planificación económica que, en correspondencia con el marco indicado ha de ser necesariamente indicativa.(Cfr. MARTÍN VALVERDE, “Pleno empleo, derecho del trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, en AAVV “Derecho del Trabajo y la Seg. Soc. en la Constitución española”, Madrid, 1980, p. 197 y ss., citado por Monereo Pérez, en *Introducción al nuevo derecho del trabajo*, p.174).

⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis, “Las conversiones industriales en el Derecho del Trabajo”, Granada (Universidad), 1988, pp. 158 - 159.

⁸ Como medio para encauzar el conflicto industrial a través su institucionalización haciendo posible su integración en el sistema social establecido. *Vid.* DARENDORF, R. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial moderna*, Madrid, 1979, p.100 y ss.

⁹ Desde el punto de vista económico, la empresa se presenta como una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado. Cfr. BROSETA PONT, M. *La empresa, la unificación del dercho de obligaciones y del derecho mercantil*, Madrid, 1965, p.247.

a la empresa persigue garantizar a los trabajadores la dignidad personal en su medio profesional, crear las condiciones objetivas para que se puedan considerar realmente hombres libres, limitar los poderes de organización y dirección en la empresa, y establecer unos cauces para que los trabajadores participen en la elaboración de la normativa que les afecta.

Sin embargo, esa trascendencia que desde el Derecho del Trabajo parecería tener la organización de las relaciones laborales persiguiendo cierta racionalidad social, desde la óptica económica cede. Se prioriza en cambio el orden económico capitalista en lo laboral y su expresión jurídica vendría dada por todas las instituciones individuales y colectivas que funcionalizan la prestación laboral a las necesidades de conservación en la empresa y a la realización del interés económico del empleador: la tutela del rendimiento y la productividad y la consagración del empleador como detentador de la autoridad en la empresa e intérprete de sus intereses.

Dicha inmunidad de la empresa privada en el ordenamiento jurídico que constituye un rasgo esencial del capitalismo aparece como aquello susceptible de corrección por parte del Derecho del Trabajo. Así, la temática relativa a la limitación del poder empresarial se encuentra situada en la confluencia del Derecho individual y colectivo del Trabajo. De una parte el régimen de poder empresarial sobre la organización, dirección y disciplina del trabajo integra el régimen del contenido de los derechos y obligaciones de las partes, siendo una consecuencia derivada del contrato¹⁰; de otra la acción colectiva (negociación colectiva y huelga como las más trascendentes pero también las instituciones de representación y participación en la gestión) hacen posible la organización de los trabajadores para oponer su fuerza organizada al poder generado por el funcionamiento de la empresa¹¹.

De lo que se trata es de reconocer que el hecho organizativo de la empresa, su necesaria y constante adecuación a las exigencias organizativas y productivas, es compatible con criterios de participación de los trabajadores que no niegan el conflicto ni la presencia inequívoca de intereses divergentes, sino que tienden a proveer un cause racional para su gestión¹².

Participar, de este modo, no significa categorizar al trabajador como “integrante” de la empresa en una fusión ficticia en la que la realidad no deja creer, sino como

¹⁰ Artículos 64 a 68 de la Ley de Contratos de Trabajo: Facultades de organización, de dirección, de modificar las formas y modalidades de trabajo, disciplinarias y modalidades del ejercicio de estas. Sobre las facultades de dirección del empleador *Vid.* CARCAVALLO H., “El poder de dirección del empleador. Enfoque general”, *TySS* 1988-405.

¹¹ Cfr. RIVERO LAMAS, Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 16 y 17.

¹² Señala RIVERO LAMAS que ello implica una referencia inexcusable al sistema político, y en términos jurídicos, al orden constitucional económico pues tratar los límites del poder empresarial exige pasar de la visión iusprivatista a otra que recoja la realidad de la dimensión colectiva y política de la empresa (según lo apuntó ROMAGNOLI U, en “Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico políticas”, Cuadernos de Derecho del Trabajo, num. 1-2, 1975/76, p. 199 citado por RIVERO LAMAS, Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, *op. cit.* p. 18).

otro que adquiere derechos en relación con la empresa, puesto que anuda con ella una vinculación de alto compromiso existencial¹³.

Conviene tener en cuenta que la participación es a fin de cuentas una forma de racionalización del ejercicio del poder de dirección del empleador, un método que permite a los destinatarios de los actos de ejercicio del poder empresarial, concurrir de algún modo a la formación de los contenidos de éste¹⁴.

La acción colectiva en sentido amplio hace posible la organización de los trabajadores para oponer su fuerza organizada al poder generado por el funcionamiento de la empresa. Así, la participación de los trabajadores en la empresa no se limita a la política sindical respecto de la acción en las instituciones de representación y participación en la gestión sino que aquella también comprende - casi como acción colectiva prioritaria - a la negociación colectiva¹⁵. La pregunta que cabe hacerse al respecto es si puede la negociación colectiva incluir cláusulas en menoscabo de la gestión económica de la empresa¹⁶. No parecería estar impedido que las partes puedan incidir en materias que afectan a aspectos relativos al poder de organización laboral pues es un campo donde se definen las condiciones de trabajo y empleo, aunque también se impliquen contenidos del poder empresarial. En igual sentido, tampoco cabría excluir aquellos supuestos en que la negociación colectiva afecte los poderes empresariales en cuanto a su aspecto económico. En la negociación colectiva de ámbitos de empresa o inferior, los *management rights* son objeto de una regulación particular: a diferencia de los niveles superiores - donde el rasgo colectivo de la representación empresarial podría hacernos dudar al respecto - es la titularidad de cada empresa la que negocia con la representación de los trabajadores pudiendo crear, en el marco del convenio colectivo resultante, un instrumento de participación y un mecanismo de control del poder empresarial¹⁷.

No obstante la posible regulación particular de los poderes empresariales, la negociación colectiva constituye un instrumento privilegiado para alcanzar la

¹³ Cfr. GOLDIN, A., "Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información (crisis de la lógica tradicional de protección)", DT 1998-A, 1.

¹⁴ Vid. ROMAGNOLI, U., "Aiutare Sisifo", Spazio Impresa, N° 16, p.71 y ss. Citado por Antonio Baylos en "Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo", TySS, 1996-65.

¹⁵ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, C., "El rol de los sindicatos y de los empresarios en época de crisis", DT 199 4 -A, 305.

¹⁶ Debe tenerse presente la protección constitucional a la libertad de empresa desarrollada anteriormente (art. 14 CN) y a su vez las normas vinculadas a las facultades del empleador contenidas en nuestra Ley de contrato de trabajo (arts. 61/68). Dicho planteo - pero con relación al caso español - lo efectuó RIVERO LAMAS, J. en "Poderes empresariales y democracia industrial", TySS 1987 - p.481 cuyas conclusiones aquí se comparten.

¹⁷ *Ibidem*, p. 484. La negociación en los niveles inferiores aparece en los últimos tiempos como más adecuada para contemplar aspectos capitales de la política de empresa (productividad, innovación tecnológica, etc.) pues tales problemas escapan a priori rebasan los objetivos de los convenios colectivos de nivel superior. Asimismo permiten abrir cauces a una participación más efectiva y real a los sindicatos o a los delegados de personal. Cfr. TREU, T., "Centralizzazione e decentramento nella contrattazione collettiva: riflessione comparata", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* N° 27, 1986, p. 514; Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *La estructura de la negociación colectiva*, (Lex nova), Valladolid, 2000, pp. 81 y ss.

democracia industrial, entendida ésta como tendiente a modificar las estructuras de autoridad en la empresa mediante el refuerzo del poder de los trabajadores.

El derecho a la participación de los trabajadores en sentido amplio resulta fundamental para una gestión democrática de la empresa y a su vez, como instrumento del Derecho de las relaciones laborales a fin de imprimir racionalidad social en la organización empresarial.

La vulneración del derecho a huelga por el empresario: reflexiones en torno al esquirolaje interno

MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS

Profesor Ayudante Doctor Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

Este comentario se enmarca en el legítimo ejercicio del derecho de huelga. En palabras del Tribunal Constitucional en su STC 11/1981 supone la suspensión del contrato de trabajo, limitando la libertad del empresario, al que se le impide contratar a otros trabajadores y el cierre arbitrario de los centros de trabajo.

En concreto se aborda el esquirolaje interno que como señala Montoya Melgar se trata de un uso abusivo del poder de dirección del empresario¹. La libertad de trabajo de los no huelguistas no ampara la modificación de las condiciones de trabajo para mantener la producción, sino que los intereses perseguidos por el ejercicio al derecho fundamental de la huelga prevalecen sobre el legítimo interés empresarial². En los tiempos de la revolución tecnológica se siguen dando casos de sustitución de trabajadores huelguistas por otros con extensión de funciones y ocupando puestos de trabajo que no realizan habitualmente como el caso que se analiza sin mayor preámbulo.

II. Identificación de la resolución

La sentencia objeto de este comentario es la de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 1199/2024, de 16 de octubre³ que se debate en torno a la cuestión del esquirolaje interno en el ejercicio del derecho a huelga, siendo un conflicto que se va repitiendo paulatinamente a lo largo de los más de 47 años que lleva en vigor la

¹ MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2024, p. 845.

² GÁRATE CASTRO, J., *Derecho de Huelga*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 160.

³ STS 1199/2024 de 16 de octubre (rec. 211/2022).

Constitución española de 1978, añadiéndose nuevas características en función de cómo varía la prestación de servicios en las empresas. Se asiste a un supuesto “clásico” en el que nuestro ordenamiento jurídico limita el ejercicio del poder de dirección del empresario para posibilitar el ejercicio del derecho fundamental. De la sentencia que se analiza a continuación es ponente el magistrado Sebastián Moralo Gallego.

La parte actora en el procedimiento es el sindicato CGT que acciona por demanda de derechos fundamentales contra la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y Canal Sur Radio y Televisión S.A. La organización demandante solicitaba la nulidad del comportamiento empresarial que vulneró el legítimo derecho de huelga, el cese de la conducta, la emisión de una edición informativa sobre la sentencia que se dicte por idéntico tiempo de duración del programa de radio “Canal Sur Mediodía Córdoba” y abono de la indemnización de 18.000 euros.

La demanda fue estimada parcialmente en instancia por el TSJ de Andalucía en sentencia de 1 de junio de 2022 declarando vulnerado el derecho a huelga, mediante la sustitución interna de la trabajadora huelguista afiliada a dicha organización por un compañero con categoría profesional de redactor y manteniendo la emisión del programa informativo de radio “Canal Sur Mediodía Córdoba”. Las demandadas son condenadas en el procedimiento debiendo indemnizar al actor con una cuantía por daños morales de 7.500 euros y a que se informe del fallo en forma de noticia en el citado programa radiofónico. La empleadora recurrió en casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo siendo esta la sentencia que ahora se examina en el presente trabajo.

III. Relato fáctico

Consta como hechos probados de la sentencia, que el sindicato actor convocó huelga general con motivo de la reivindicación del 8 de marzo para el año 2021, día de la mujer, presentado escrito al efecto que fue registrado ante la Consejería de Empleo de la junta de Andalucía. Una afiliada al sindicato prestaba sus servicios en el centro de trabajo de Córdoba como presentadora habitual del programa informativo de radio “Canal Sur Mediodía Córdoba”. Llegado ese día se acogió a su legítimo derecho a la huelga no presentando en consecuencia el programa que se emite con regularidad de lunes a viernes de 11,55 horas a 13 horas. Solo ocasionalmente, el programa lo presentaban otros redactores del programa que sustituyen a la trabajadora cuando esta disfruta de vacaciones o situaciones análogas.

En momentos previos a la emisión del programa, la empleadora a través del director territorial ordena a otro trabajador para que presente el informativo. Es importante reseñar que esta no es una función habitual del presentador sustituto para ese programa específico, aunque puntualmente si lo ha hecho, como en 2020, cuando sustituyó a la trabajadora por una baja médica de esta.

IV. Posición de las partes

Como es lógico con su posición procesal la parte actora defendió que la actuación de la empresa vulnera su legítimo derecho a la huelga al sustituir a la presentadora del programa, lo que supone que se mitiga el impacto en el ejercicio de tal derecho.

Se personó como recurrida en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo impugnando el mismo y solicitando sentencia desestimatoria al efecto.

La mercantil por su parte niega la vulneración del derecho a huelga puesto que el programa carecía en sí de presentador habitual por lo que las funciones pueden ser realizadas por los diferentes redactores del programa, por lo que la decisión se enmarca en el ejercicio ordinario de su poder de dirección. Se alza en recurso de casación solicitando fundamentalmente la casación y anulación de la sentencia de instancia desestimando la demanda por no haberse vulnerado el derecho a huelga de la actora.

El Ministerio Fiscal en su trámite de informe interesó la desestimación del recurso presentado por las empleadoras.

V. Fundamentación jurídica

Como se ha avanzado en la entrada del presente comentario se trata de un asunto recurrente en el tiempo sobre la temática del esquirolaje interno para determinar si la directriz empresarial vulnera o no el derecho a huelga. La sentencia expresamente manifiesta que sigue la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el esquirolaje interno.

La resolución parte del artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 que establece que mientras dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadoras que no estuviesen vinculadas a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma. Como ya ha dicho el TC⁴ no cabe una lectura en contrario por la que si quepa la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa no participantes en la huelga que habitualmente no realizan las funciones de los huelguistas. Solo caben dos excepciones al respecto por previsión legal: los trabajadores que tengan que prestar sus servicios para el mantenimiento de la seguridad de las personas y las cosas en la empresa y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad comprendido en el artículo 10 de la citada norma. Como también se fijó por la doctrina constitucional, si esta actuación de sustitución interna tiene por objetivo desinflar el ejercicio de derecho a la huelga se está afectando a su contenido esencial⁵.

En este sentido no genera dudas y es una clara extralimitación por la empresa la contratación de trabajadores fuera de la misma y supone una clara vulneración del derecho a huelga. El debate por lo tanto se centra en el esquirolaje interno en relación con la legitimidad en las directrices del empresario a la hora de designar a trabajadores a la empresa para sustituir a los trabajadores huelguistas y si las tareas encomendadas se incardinan dentro de sus funciones.

La sentencia acude a la doctrina del Tribunal Constitucional acogida por el Tribunal Supremo⁶ para afirmar que constituye un abuso empresarial del poder de organización y dirección la utilización de unos trabajadores que no tienen asignadas las funciones de los trabajadores huelguistas. La consecuencia de esta actuación ilegítima es aminorar o neutralizar la presión de los trabajadores a través del cese en el trabajo.

⁴ STC 17/2017, de 2 de febrero (rec. 1168/2014).

⁵ STC 123/1992, de 29 de octubre (rec. 301/1989).

⁶ STS 153/2021 de 3 de febrero (rec. 36/2019).

El recurso de la empresa cae en el vicio procesal de “petición de principio” o “hacer supuesto de la cuestión” ya que sin interesar la revisión de los hechos probados por la recurrente parte de premisas fácticas distintas a la resolución recurrida y cuyos hechos probados se ha podido ver que son lo suficientemente contundentes. La empresa construye su relato alternativo sin combatir que la trabajadora era la presentadora habitual del programa y que solo ocasionalmente era sustituida por otros redactores. Sin embargo y de forma sorprende se defiende que el programa no tenía presentador habitual.

Una vez dicho lo anterior, la Sala Cuarta acude a la doctrina ya contenida en otras resoluciones⁷ para afirmar que la empresa ha vulnerado el derecho a la huelga estando probado que la sustitución de la trabajadora en la figura de su compañero supone que a este se le encomendaran funciones distintas a las que venía realizando con carácter habitual, ya que su puesto era el de editor no el de presentador. En los límites del derecho a la huelga para hacerlo reconocible, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros.

Otro aspecto importante que contiene la resolución es no confundir un escenario ordinario con otro de conflicto. Se ha expresado anteriormente que el trabajador había hecho de presentador ocasionalmente. Esta directriz empresarial no es tolerable en una situación de conflicto donde se quiere sustituir a trabajadores huelguistas afectando a sus legítimos derechos. Precisamente lo que caracteriza a la huelga son las medidas de presión y estas deben ser respetadas. En definitiva, es una situación que no se enmarca en el *ius variandi* empresarial sino de una decisión extraordinaria claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho a huelga.

Como era de prever de lo anteriormente relatado, la sentencia desestima el recurso de casación presentado por la Agencia Publica Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y Canal Sur Radio y televisión S.A., confirmando la sentencia de instancia del TSJ de Andalucía, declarando su firmeza e imponiendo 1.800 euros a las recurrentes en concepto de costas procesales.

VI. Conclusiones

Se trata de una nueva sentencia que reflexiona sobre el poder de dirección del empresario en el marco del ejercicio al derecho fundamental de la huelga. El debate se sitúa en el *ius variandi* en estos casos donde se produce un ejercicio abusivo del mismo al sustituir en funciones a los trabajadores huelguistas por otros que habitualmente no realizan las mismas.

Como advierte la resolución comentada, es una cuestión fundamentalmente casuística lo que sin duda provocará futuras resoluciones en ambos sentidos y que obligará finalmente al Tribunal Constitucional a posicionarse⁸. Desde luego en el caso

⁷ STS 13/2020, de 13 de enero (rec. 138/2018).

⁸ Es el caso de la polémica STC 17/2017 ya citada, donde la mayoría de la Sala se pronunció que, el uso de medios tecnológicos con la labor de trabajadores no huelguistas sin que se produjera modificación

que nos ocupa se ha vulnerado el derecho a la huelga puesto que consta probado que la dirección de la emisora sustituyó a la presentadora por un redactor que habitualmente no tenía dichas funciones.

Se puede afirmar que existe una doctrina consolidada ante el esquirolaje interno siendo vulneradora del derecho fundamental a la huelga la encomienda de funciones distintas a trabajadores no huelguistas de las que habitualmente despliegan. Lo que podría incardinarse en el ejercicio del poder de dirección del empresario ha de ceder cuando estamos ante la máxima expresión del conflicto que es la huelga donde prevalece la protección del derecho fundamental.

Aplicando la meritada doctrina, el fallo es ajustado a derecho, puesto que, ante el ejercicio legítimo del derecho a la huelga de la presentadora habitual, fue sustituida por un compañero que no realizaba esas funciones con carácter habitual. En definitiva, fue una decisión empresarial que desborda el poder de dirección e incide en la vulneración del derecho fundamental a la huelga puesto que con la sustitución realizada en la dirección del programa permite su emisión menoscabando de esta forma su legítimo ejercicio y lesionándose en definitiva el artículo 28.2. de la CE.

de funciones para conseguir la emisión televisiva de un partido de fútbol, fue una actuación legítima del empresario no conculcándose el derecho a la huelga. Consta en dicha resolución el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré que en discrepancia entendió que la actuación empresarial si vulneró el derecho de huelga.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue de convenio colectivo como instrumentos para limitar y controlar el poder de dirección del empresario. Comentario a la STS 1622/2025 de 8 de abril (recurso 98/2023)

FELIPE CEGARRA CERVANTES

Abogado y Doctor en Derecho

I. Introducción

Como es sabido, uno de los objetivos de la reforma laboral de 2012¹, auspiciada inicialmente por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero y posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, consistió en favorecer la introducción de recursos basados en la “flexibilidad interna” como alternativa a la “flexibilidad externa”, entendida como destrucción del empleo.

Con este nuevo enfoque, se pretendía dotar a la empresa de una estructura mucho más maleable a fin de que pudiese ganar en capacidad de reacción, facilitando su adaptación ágil y eficaz a los cambios que demandaba un entorno económico y productivo cada vez más global, donde las crisis podían resultar menos previsibles y más agudas, sin que como consecuencia de ello la plantilla se viera forzosamente afectada.

¹ MONTROYA MELGAR, ALFREDO: “Tradición e innovación en las reformas laborales de España (1975-2012)”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, número 32, 2013, pág. 25. Igualmente, *vid.* MONTROYA MELGAR, ALFREDO: “La reforma laboral de 2012: los fines y los medios”, págs. 9-19, en MONTROYA MELGAR, ALFREDO y GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN (dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012.

Por tanto, bajo las premisas de la “flexiseguridad²” que aspira a lograr el difícil equilibrio entre la autonomía empresarial y los derechos de los trabajadores, el legislador revisó las categorías tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico-laboral relacionadas con el poder de dirección del empresario (entre otras, clasificación profesional, movilidad funcional, flexibilización de la jornada de trabajo, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, descuelgue de convenio colectivo, suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por la concurrencia de causas objetivas), reforzando el mismo, fruto de las modificaciones que llevó a cabo³. Ahora bien, como reverso, la potenciación de las facultades empresariales no es ni mucho menos absoluta o ilimitada y por ello no está exenta de autorización o control, el cual puede ser previo por parte de la autoridad laboral (como ocurre en la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de jornada) o posterior a cargo de los tribunales. Sumado a ello, está la fiscalización y seguimiento que en todo momento puede llevar a cabo la Inspección de Trabajo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2025, a la que dedicamos este comentario, ejemplifica perfectamente la tensión que siempre existe entre el poder de dirección del empresario y las correlativas garantías y limitaciones que el mismo ha de respetar. Para tal cometido, las condiciones que establece la regulación de instrumentos legales como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o el descuelgue del convenio colectivo actúan como freno a un uso unilateral y desmedido.

Esta resolución a la que hacemos referencia, dictada en casación ordinaria y que confirma un previo pronunciamiento de la Audiencia Nacional⁴, aborda contenidos tan interesantes para los iuslaboralistas como son los referidos a la relación entre las decisiones unilaterales del empresario con la negociación colectiva, las diferencias entre conflicto colectivo y conflicto plural, o la relación entre modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue de convenio colectivo.

De esta manera, transcurridos más de diez años desde la reforma laboral de 2012, es posible constatar que los efectos de sus modificaciones siguen teniendo una gran resonancia y, sobre todo, que los tribunales siguen cincelandos sus contornos mediante la aplicación día tras día de las disposiciones legales que en su día se vieron afectadas.

² También es posible aludir a la misma como “flexi-seguridad” o “flexiguridad”. Para un acercamiento a esta estrategia de política legislativa, *vid.* ALAMEDA CASTILLO, M. T.: “En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro”, págs. 221-244, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: (coord.): “Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad”, Especial Monográfico, *Relaciones Laborales*, número 15-16, 2007, también en LUJÁN ALCARAZ, J.: “Flexiguridad”, *Aranzadi Social*, número 5, 2007, págs. 1019-1038.

³ *Vid.* FERRANDO GARCÍA, F.: “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, número 61, 2013, págs. 71-94.

⁴ SAN 115/2023, de 16 de enero de 2023 (recurso 235/2022).

II. El caso analizado por la sentencia

En el sector del personal auxiliar de vuelo es muy frecuente la fijación de turnos de imaginaria o *stand-by* en los que el trabajador se encuentra disponible ante la necesidad de atender cualquier incidencia imprevista que pueda ocurrir, tales como la sustitución de compañeros o para garantizar la operatividad de los vuelos por el efecto de los retrasos o cancelaciones que puedan acontecer.

En el litigio del que trae causa la sentencia que comentamos, la compañía Vueling había introducido un nuevo sistema de guardias denominado “imaginarias de aeropuerto”, diferente al que regulaba su propio convenio colectivo de empresa. Como señalaba su denominación, en estas guardias el trabajador debía permanecer en una zona específica del aeropuerto, frente a ello, en las guardias establecidas en el convenio colectivo, el trabajador podía encontrarse a disposición de la compañía en el sitio que libremente eligiera, bastando que no superara un determinado límite de tiempo desde la llamada que marcaba el propio convenio. En la “imaginaria de aeropuerto” la ubicación no solo estaba previamente determinada, sino que el margen de tiempo era menor. Como se ha apuntado, este nuevo sistema de guardias no se encontraba en el convenio colectivo, sino en el manual de operaciones de la empresa, al que sí se aludía en el pacto colectivo de manera tangencial.

Para implantar esta nueva guardia, la compañía se limitó a informar de la medida a los representantes de los trabajadores un par de días antes de que se pusiera en conocimiento de manera general a todo el personal afectado.

Frente a esta decisión, por parte del sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelos de Líneas Aéreas (STAVLA) se formuló demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional contra la compañía. A fin de la válida constitución de la relación jurídico-procesal, se solicitó también la citación como interesados de los sindicatos CCOO, UGT, USO y SEPLA.

El sindicato alegaba en su demanda que se había llevado, o bien una modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo sin seguir los cauces que establece el Estatuto de los Trabajadores (ET) o bien un descuelgue sin cumplir con el procedimiento del artículo 82.3 ET. Por todo ello terminaba solicitando la nulidad de la medida, con carácter subsidiario la declaración de ser injustificada, y el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía resultante de considerar que las “imaginarias de aeropuerto” realizadas eran horas de trabajo efectivo.

III. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio colectivo

1. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas se encuentran las contempladas en la lista que, de manera ejemplificativa, recoge el artículo 41.2 ET (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía

salarial, sistema de trabajo y rendimiento o las funciones que exceden los límites del artículo 39 ET). Cuando nos encontramos ante simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición, tratándose en realidad de manifestaciones del poder de dirección y del “*ius variandi*” empresarial⁵. Tampoco lo son modificaciones sustanciales las que deben ser adoptadas por imperativo legal en cumplimiento de las normas sanitarias o de seguridad y salud⁶, o las que se basan en aplicar medidas contrarias a las disposiciones legales⁷.

Atendiendo a sus condiciones, no es posible contar con una noción dogmática de “modificación sustancial”. Para calificar de esta manera a una determinada decisión empresarial, ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador. Por ello, en cada caso habrá que analizar todos los factores concurrentes⁸. Ahora bien, solo procederá la rescisión del contrato de trabajo frente a la modificación en los casos que expresamente señala el artículo 41.3 ET.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo- que el art. 41.1 ET contempla. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los

⁵ A modo de ejemplo, tratándose no obstante de una cuestión muy casuística donde dependen las concretas circunstancias de cada caso, no se ha considerado modificación sustancial: la variación del importe de “quebranto de moneda” (STS 6140/2024 de 11 de diciembre [recurso 272/2022]), la supresión del servicio de comedor que la empresa ofrecía en la residencia de verano a disposición de sus trabajadores, que sustituye por la oferta de comidas en un establecimiento de la misma localidad (STS 4936/2022 de 21 de diciembre [recurso 2485/2019]), la modificación del descuento en compras de productos de la empresa por parte de los trabajadores (STS 5426/2015 de 25 de noviembre [recurso 229/2014]), la movilidad dentro del mismo grupo profesional (STSJ Cataluña 9322/2023 de 17 de octubre [recurso 2964/2023]), el cambio de centro de trabajo en el caso de una empresa de servicios por petición del cliente (STSJ Cataluña 8610/2023 de 19 de septiembre [recurso 8119/2022]), la pérdida del disfrute de uso de una plaza de garaje en el centro de trabajo, de la que se había estado disponiendo por mera tolerancia de la empresa al encontrarse disponible por cuestiones ajena a la misma (STSJ Cataluña 11929/2022 de 16 de diciembre [recurso 4019/2022]), la variación -pero no supresión- del sistema de transporte colectivo para acudir a la empresa (STSJ Andalucía [Sevilla] 1250/2020 de 12 de febrero [recurso 39647/2019]), la eliminación del complemento “a cuenta de convenio” que figuraba en nómina una vez se aplican los incrementos establecidos en el convenio colectivo (STSJ País Vasco 2022/2015 de 2 de junio [recurso 870/2015]), los ajustes en el horario de trabajo de escasa entidad (STSJ Andalucía [Málaga] 9982/2014 de 20 de noviembre [recurso 1183/2014]).

⁶ SSTs 3058/2021 de 15 de julio (recurso 74/2021) y 1895/2021 de 12 de mayo (recurso 164/2020), derivadas de la pandemia del Covid 19, que desarrollan la doctrina contenida en resoluciones como la STS 6541/2013 de 18 de diciembre (recurso 2566/2012).

⁷ STSJ Andalucía (Granada) 9368/2023 de 12 de julio (recurso 1701/2022).

⁸ SSTs 3810/2015 de 16 de julio (recurso 180/2014), 5748/2014 de 10 de diciembre (recurso 2265/2013), 7790/2012 de 16 de noviembre (recurso 236/2011), 3130/2005 de 17 de mayo (recurso 2363/2004).

ciudadanos (art. 35.1 de la Constitución Española [CE]), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)⁹. Tanto si la decisión tiene alcance individual o colectivo, el eje causal es el mismo, diferenciándose por el procedimiento a seguir en cada supuesto, precisando del preceptivo desarrollo de un período de consultas en el segundo caso.

2. El descuelgue del convenio colectivo y su encuadre en la negociación colectiva estatutaria

El descuelgue del convenio colectivo (artículo 82.3 ET) está previsto legalmente para la inaplicación de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos estatutarios que señala el precepto (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social). En sintonía con los propósitos que auspician la reforma laboral de 2012, la modificación operada desde entonces en el régimen jurídico del descuelgue pretende fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que pueda atravesar una empresa¹⁰. Por ello, ante un escenario de crisis, no es posible modificar un convenio directamente mediante una decisión empresarial o por un simple pacto colectivo posterior sin seguir el procedimiento que contempla el Estatuto de los Trabajadores¹¹.

Comparando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con el descuelgue de convenio, aunque en su regulación cuentan con vasos comunicantes (por ejemplo, las reglas para la composición de la representación de cada parte o el procedimiento por el que se desarrolla el período de consultas), cada una cuenta con su singularidad y merece un espacio propio de aplicación. Por ello, entre otras grandes diferencias, no es posible modificar un convenio colectivo con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹². Además, a diferencia de lo que ocurre con la rescisión del contrato de trabajo a instancias del trabajador a la que habilita el artículo 41.3 ET al considerarse perjudicado por la medida, la extinción derivada de las medidas de un descuelgue de convenio no habilita para acceder a la situación legal de desempleo¹³.

⁹ STC 8/2015 de 22 de enero (recurso 5610/2012).

¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CNCC”, ponencia en Jornada Técnica de la CCNCC: “Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET” (Madrid, 18 de junio de 2014). Accesible en: www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/ForosDebate/CCNCC_Jornada_Tecnica_Inaplic_2014_Ponencia_1_Faustino_Cavas_Martinez.pdf [última consulta el 19 de septiembre de 2025].

¹¹ SSTs 1683/2025 de 8 de abril (recurso 161/2023), 312/2024 de 21 de febrero (recurso 29/2022), 607/2021 de 8 de junio (recurso 30/2020), 4150/2015 de 24 de septiembre (recurso 54/2014), 5849/2006 de 11 de julio (recurso 107/2005).

¹² SSTs 1055/2024 de 21 de febrero (recurso 29/2022), 5724/2010 de 27 de diciembre (recurso 229/2009). SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Claves Prácticas, Francis Lefevre, 2014, pág. 54.

¹³ STSJ Galicia 4755/2021 de 22 de julio (recurso 273/2021).

IV. La doctrina de la sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo

1. Sobre la pretensión principal del recurso relacionada con el poder de dirección del empresario cuando altera las condiciones laborales pactadas en un convenio colectivo

Como ya se ha anunciado, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma el Fallo de la sentencia de la Audiencia Nacional. Se trata de una resolución muy reseñable por la capacidad que tiene de sistematizar y delimitar de manera sumamente precisa los contornos de las instituciones que analizamos.

Según recuerda el Alto Tribunal, la lista de materias susceptibles de modificación sustancial que recoge el art. 41 ET es abierta y no habría inconveniente en sumar otras no contempladas inicialmente por el legislador en función de las circunstancias particulares de cada caso, siempre que resulte ser sustancial. Frente a ello, el elenco de materias frente a las que puede proceder acudir al descuelgue de convenio es cerrado, no siendo preciso -y este detalle es importante por la incidencia que tiene en el ejercicio del poder de dirección empresarial- que tenga carácter sustancial, pudiendo llegar a ser incluso solo una alteración de lo que establece el texto del convenio colectivo.

Una vez que es tomado por cierto que el sistema de “imaginarias de aeropuerto” que dictamina el manual de operaciones difiere del propio sistema que regula el convenio colectivo de la empresa, la decisión que adoptó la compañía conllevó fundamentalmente una alteración del régimen jurídico del tiempo de trabajo que había sido pactado. Como tal alteración, con independencia de si es sustancial o no, conduce a que el ejercicio del poder de dirección por parte del empresario debiera haber estado precedido por el desarrollo del procedimiento de descuelgue de convenio colectivo, que en este caso es el instrumento legal más oportuno para hacer efectivo el poder de dirección frente al de modificación sustancial colectiva, que podría ser considerado como otra opción. Conforme a este planteamiento, y a diferencia de lo que alegó la empresa tanto en la fase de instancia como en la de recurso, la remisión que el propio convenio realiza en un artículo al Manual de Operaciones no “eleva” ese contenido directamente al rango de producto de la negociación colectiva, sino que seguía tratándose de una regulación unilateral de la empresa que no podía sustituir a las condiciones negociadas entre las partes. En realidad, como señala la sentencia, este tipo de contenidos encuentran su razón de ser en las propias y lógicas particularidades de un sector objeto de tantas regulaciones como es el aéreo, pero esta singularidad no puede ser empleada para “vaciar” de contenido a la autonomía colectiva que reconoce el artículo 37 CE a los interlocutores sociales.

2. Cuestiones adicionales

La controversia judicial también estuvo referida a cuestiones procesales puesto que la compañía demandada alegó la existencia de inadecuación de procedimiento. Según sostuvo, el procedimiento de conflicto colectivo regulado en los artículos 153 a 162 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no resultaba el cauce adecuado para ventilar la pretensión jurídica, al tratarse de un “conflicto plural”. A este respecto, la diferencia entre un conflicto colectivo y otro plural no se encuentra en el número

de personas a las que afecta la controversia, sino en las características y el alcance del interés objetivo de la misma. Por tanto, si el interés en juego es el propio, personal e individual de cada uno de los trabajadores, cabe hablar de conflicto individual o de conflicto plural. Por el contrario, si el interés en litigio es el general de un grupo genérico de trabajadores, el conflicto será colectivo, con independencia de que sean muchos o pocos los trabajadores afectados¹⁴. Dicha alegación no fue estimada ni por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo, al coincidir en que en el presente caso se reunían los tres requisitos cumulativos establecidos por la jurisprudencia¹⁵ que permitían concluir que se trataba de un conflicto colectivo: trascendencia colectiva del conflicto, su naturaleza jurídica y su carácter real y actual. En efecto, sin perjuicio de la traslación concreta del Fallo de la sentencia a la circunstancia particular de cada trabajador, lo cierto es que el cambio de sistema de guardias representaba una decisión empresarial de alcance general aplicable a todo un grupo de trabajadores potencialmente afectados por la medida en cualquier momento desde su implantación. A lo expuesto cabe añadir que este tipo de procedimiento está habilitado no solo sobre la interpretación de un precepto del convenio colectivo, sino también una práctica de empresa¹⁶, lo que a la postre ocurre en el presente caso.

Finalmente, resta hacer una brevísimas mención al resultado del recurso de STAVLA, referido al cobro en concepto de compensación por daños y perjuicios de las diferencias entre el salario que correspondería al concebir las horas de “imaginaria” como tiempo de trabajo efectivo y la suma realmente percibida. En este punto la Sala de lo Social tampoco se aparta del criterio que sostuvo la Audiencia Nacional en su sentencia no accediendo a esta parte de lo solicitado. Con fundamento en lo establecido en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales y en las Directivas 2000/79/CE, de 27 de noviembre y 2003/88/CE, de 4 de noviembre, así como en la doctrina del TJUE que las interpreta¹⁷, entiende el Alto Tribunal que las “imaginarias” no son tiempo de trabajo como regla general y por ello el convenio colectivo las retribuye de una manera específica. La circunstancia de que estas guardias establecidas unilateralmente por la empresa se hayan declarado nulas no determina necesariamente y de manera automática que la disponibilidad del trabajador se deba de tratar como “trabajo efectivo”, equiparable a las labores que los trabajadores afectados por la medida desempeñaban de manera ordinaria. Seguido de ello, tampoco considera que de la nulidad se deba derivar un perjuicio a resarcir de manera automática en el sentido que se indicaba en la demanda.

¹⁴ STS 1288/2021, de 21 de diciembre (recurso 79/2021).

¹⁵ STS 426/2020, de 10 de junio (recurso 230/2018).

¹⁶ ROMÁN VACA, E.: *El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo*, Civitas, 1992, pág. 178.

¹⁷ SSTJUE 82/2018, de 21 de febrero (asunto C-518/15), caso “Matzak” y 909/2021, de 11 de noviembre (asunto C-214/20), caso “Dublin City Council”.

La participación de los representantes de las personas trabajadoras como límite al poder de control digital en la empresa

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

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

La disrupción provocada por la tecnología y su imbricación en el trabajo ha cambiado por completo el sistema de relaciones laborales y, en concreto, el poder de dirección y control empresarial¹. En los últimos años, esta revolución silenciosa y larvada ha sido objeto de atención por la norma para tratar de acotar sus efectos frente a un entorno digital que ha vuelto transparente a la persona trabajadora, tensionando su autonomía privada y los derechos de la personalidad², hasta el punto de poder eliminar técnicamente cualquier límite o escudo de protección.

Este poder tecnológico cuasi omnímodo, pese a su indudable contribución al incremento de la rentabilidad empresarial, derivada de la facilidad que proporciona a la hora de gestionar los recursos humanos con un bajo coste, pone en peligro y ataca, al tiempo, numerosas libertades públicas, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen, a la protección de los datos

¹ Sobre el ámbito y los límites del poder empresarial baste recordar el estudio realizado por MONTAÑA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario (art. 20)», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 575 y ss.

² VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Derechos de información, transparencia y digitalización», en AA.VV.: *Digitalización, recuperación y reformas sociales: XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pág. 195.

personales o la libertad informática; sin olvidar nunca que puede ser adicionalmente utilizado, de manera directa o indirecta, con fines discriminatorios³.

Ante el panorama dibujado, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDyGDD), en desarrollo al derecho fundamental de la «autodeterminación informativa» (art. 18.4 CE), se ocupa de establecer límites al ejercicio del poder de supervisión empresarial para salvaguardar los denominados «derechos laborales digitales», esto es: el derecho de la intimidad de los trabajadores tanto en el uso de los dispositivos informáticos puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) o a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90). En esencia, tres principios actúan como cortapisas al ejercicio del poder de control empresarial en este ámbito: información, finalidad y proporcionalidad⁴.

El caso analizado en la STS de 6 de febrero de 2024 aborda precisamente el uso de los dispositivos tecnológicos y los límites al control empresarial a la hora de utilizar herramientas capaces de eliminar por completo la intimidad de las personas trabajadoras. Así, este pronunciamiento judicial resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2022, recaída en su procedimiento de conflicto colectivo.

En la empresa en cuestión existía un Código Ético que fijaba el uso profesional de los dispositivos tecnológicos proporcionados a las personas trabajadoras, prohibiendo su utilización «para visualizar, recibir ni transmitir materiales inoportunos o materiales que sean ofensivos a los colegas de trabajo» o a los clientes, aun cuando se permitía un «uso limitado, ocasional o infrecuente de los sistemas de comunicación para propósitos personales». También tenían bloqueado el acceso a determinadas páginas web. Respecto a los mensajes enviados y recibidos en los sistemas de comunicación propiedad de la empresa advertía cómo podrían ser monitoreados, inspeccionados y almacenados, por tanto, las personas trabajadoras no debían tener «ninguna expectativa de privacidad en relación con dichas comunicaciones». La empresa ejercería dicho control cuando la actividad digital fuera en detrimento de las obligaciones del puesto; existiera el riesgo de comprometer la reputación o los intereses comerciales de la empresa; o pudiera exponer al individuo, la empresa o sus clientes a acciones judiciales por actividades ilegales. Este acceso precisaba de doble autorización por parte de la dirección y se contemplaba la comunicación previa y la información sobre los motivos que justificaran la monitorización a los representantes de los trabajadores siempre y cuando la normativa de aplicación así lo previera.

³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Control digital y protección de datos de las personas trabajadoras», en AA.VV.: *Digitalización y teletrabajo en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2025, págs. 58 y ss.

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La toma de decisiones automatizadas en el marco de la relación laboral: otra vuelta de tuerca al poder de dirección y vigilancia empresarial», en AA.VV.: *La gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Cinca, Madrid, 2023, págs. 109 y ss.

Posteriormente, la organización productiva realizó una comunicación a todas las personas empleadas en las que se indicaba, «a modo de recordatorio», que «tanto los equipos informáticos proporcionados por la empresa como los correos corporativos tienen por única finalidad el desarrollo de la prestación de servicios contratada, estando prohibido su uso para fines particulares no relacionados con el desempeño de las funciones laborales encomendadas». Asimismo, informa que todos los ordenadores y todas las direcciones de correo electrónico corporativos serán accesibles por la empresa, pudiendo ser en cualquier momento, analizados, examinados, formateados y/o reseteados mediante los oportunos medios informáticos al alcance de la empresa (auditoría informática, examen pericial informático, software de captura de pantallas etc.). Advertía finalmente que el incumplimiento de esta política constituye falta muy grave.

La mera comparación entre el código ético inicial y el denominado recordatorio permite detectar diferencias que impiden el uso privado y recortan la expectativa de intimidad existente en su utilización, así como los límites establecidos al poder empresarial para su control.

A la vista de estas diferencias, la pretensión en instancia pretendía declarar nula y revocar la que entendían era una nueva política sobre el uso del correo electrónico, Internet y almacenamiento de información en los discos duros de los equipos puestos a disposición de la plantilla en la empresa, así como la posibilidad de monitorear en tiempo real la actividad de las personas teletrabajadoras. La razón de esta demanda radicaba en, de un lado, la falta de negociación del protocolo de vigilancia y control con la representación de las personas trabajadoras y, de otro, la falta de protección a la intimidad de la plantilla.

El núcleo de la cuestión contenciosa, y aun cuando sigue correspondiendo a la persona empleadora ejercer los poderes de dirección y control en un mundo digitalizado, radica en constatar si se ha contado, como impone la norma aplicable, con la participación de los representantes de las personas trabajadoras a la hora de fijar el protocolo de uso de los medios tecnológicos y las posibilidades para su control.

Ante la ausencia de dicha participación, la Audiencia Nacional declaró nula y revocó la instrucción notificada a la plantilla en la que se establecen de forma unilateral por la persona empleadora los criterios de uso de dispositivos digitales, sin que conste participación alguna de la representación legal de las personas trabajadoras al efecto⁵.

A la hora de conocer del recurso, el Tribunal Supremo diferencia entre el poder de dirección del empresario en el ámbito de la relación laboral, de carácter general y aplicable con independencia de los medios materiales que se utilicen para la realización del trabajo, destinado a verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, que le faculta para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control (art. 20 ET) y el art. 87.3 LOPDyGDD, el cual se refiere, específicamente, a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que

⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024, págs. 1 y ss.

el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo y, al respecto, faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores.

Desde esa perspectiva, el art. 87.3 LOPDyGDD resulta una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que precisa de la participación de los representantes de los trabajadores.

Entiende el Tribunal Supremo que cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPDyGDD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente. Y en este sentido, la controvertida instrucción implica una modificación y una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser objeto de la debida participación de los representantes de las personas trabajadoras.

No basta, por tanto, con cumplir el deber de informar a los trabajadores sobre los criterios de utilización de los dispositivos digitales⁶, donde se han de especificar «de modo preciso los usos autorizados» y establecer «garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados»⁷. Decae también aquella interpretación anterior a la Ley Orgánica que entendía cómo la orden expresa de prohibición lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control, sin que sea posible admitir que surja un derecho a que se respete la intimidad porque no existe tolerancia empresarial del uso personal, sino que éste es ilícito. «Si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no concurrir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ninguna expectativa razonable de intimidad»⁸.

Por tanto, queda claro que la elaboración unilateral por la empresa de criterios de uso de los dispositivos digitales aboca a su nulidad. La duda sigue permaneciendo, parece, en relación con el alcance de dicha participación, si se requiere consulta o es de mera información⁹.

En la sentencia de la AN que confirma la sentencia del TS que ahora se comenta se deja claro que la participación implica consulta, y al declarar el Tribunal Supremo firme la sentencia de la AN parece que asume que la participación es consultiva y no

⁶ Siguiendo la doctrina sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (asunto 217/61, caso *Barbulescu II*).

⁷ BEL ANTAKI, J.: «Nuevos derechos digitales de los trabajadores: las claves en cinco preguntas y respuestas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 948, 2019 (BIB 2019\604).

⁸ STS 6 octubre 2011 (rec. 4053/2010) y STCo 241/2012, de 17 de diciembre.

⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario», cit., págs. 1 y ss.

meramente informativa¹⁰. En cambio, anteriores pronunciamientos parecían referirse solo a un derecho de información previa¹¹.

En la sentencia analizada no entra el Tribunal Supremo a valorar si tan amplias posibilidades de control como las previstas en el caso lesionan el derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas empleadas, solo constata el incumplimiento formal del derecho colectivo de participación, el cual tampoco precisa expresamente. No obstante, conviene dejar constancia que la información que se pretenda recabar o acumular mediante estos medios de control digitales ha de ser adecuada y pertinente, conforme exige el art. 5.1 RGPD, como límite al poder de dirección y con el fin de salvaguardar el derecho de intimidad; esto es, no sólo debe ser legítima por la probidad de los medios utilizados, sino también proporcionada, entendiendo por tal un nivel de recogida y almacenamiento de datos «no excesivo» respecto a la finalidad pretendida¹².

Este principio de proporcionalidad ha sido dibujado por el Tribunal Constitucional a partir de un triple test gradualista: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio riguroso de adecuación)¹³.

Tanto el derecho de participación como las posibilidades de uso y control han de encontrar su espacio propio en la regulación convencional, bien de sector, bien a nivel empresarial. Así, el propio art. 91 LOPDyGDD remite a la negociación colectiva las eventuales garantías adicionales de los derechos y libertades relacionadas con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Por su parte, también la Carta de Derechos Digitales reconoce a los interlocutores sociales su capacidad para «establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con la salvaguarda de derechos de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma puede implicar».

Al calor de este entramado normativo y del impulso derivado del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva y de los acuerdos a tal efecto a nivel europeo, como el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, las normas paccionadas están comenzando a resultar la herramienta más eficaz para ofrecer salvaguardas contra la rápida evolución tecnológica de la gestión digital, no en vano los instrumentos

¹⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario», cit., págs. 1 y ss.

¹¹ STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019).

¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Control digital y protección de datos de las personas trabajadoras», cit., págs. 58 y ss.

¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2004, pág. 48.

vinculados al derecho colectivo han demostrado tradicionalmente ser esenciales en aras a limitar las prerrogativas empresariales, pudiendo llegar a ofrecer soluciones merced a la aplicación de los principios generales previstos legislativamente y de los intereses de trabajadores y empresarios, compaginando los mismos cuando estuviesen distanciados¹⁴.

La regulación paccionada permite dar respuesta a estos nuevos fenómenos y a sus repercusiones laborales de una forma consensuada, capaz de proporcionar una mayor coherencia a la ordenación jurídica con la realidad, una mayor legitimidad, una mejor y más fácil adaptación a los cambios y a las circunstancias propias en cada ámbito productivo y una mayor seguridad jurídica por ser fruto del acuerdo entre las partes participantes¹⁵.

En este sentido se observa una mayor preocupación por parte de los agentes sociales a la hora de precisar los contornos tanto del ámbito de utilización de los medios digitales (cierto es que parece imponerse una prohibición absoluta de uso privado), como de limitar el poder empresarial a través del cauce negocial y participativo, propiciando o favoreciendo una mayor democracia en la empresa.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Control digital y protección de datos de las personas trabajadoras», cit., págs. 58.

¹⁵ VALLE MUÑOZ, FRANCISCO A.: «La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva», *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, págs. 13 y ss.

El interés empresarial en el proceso electoral laboral

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

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

1. El proceso electoral por el que los trabajadores eligen a sus representantes en la empresa y que, como es sabido, repercute asimismo en el modelo sindical, concentra el interés indubitado de las organizaciones sindicales y de los trabajadores, pero cada vez es más frecuente comprobar cómo la empresa impugna las elecciones “sindicales” por interés propio.

Su legitimación no alberga duda alguna toda vez que reúne el interés legítimo exigido para impugnar estos procesos, si bien el legislador no presume dicho interés, sino que posibilita la intervención de la empresa cuando ésta demuestre su concurrencia (artículo 76.2 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, LET). Resulta infrecuente, con todo, rechazar dicha legitimación porque, siendo los principales protagonistas los trabajadores, la empresa adquiere algunas obligaciones. Bien es verdad que no siempre interviene la empresa en la impugnación para cuestionar o validar aquella actuación a la que está obligada y que, por regla general, toda empresa asume su responsabilidad con la intención de colaborar para que el proceso electoral se desarrolle con normalidad. Mas, a veces, los empresarios plantean una auténtica enmienda a la totalidad desde la promoción electoral solicitando la nulidad del preaviso presentado.

Surgen dificultades aplicativas de distinta naturaleza tales como el despido próximo a la celebración de elecciones con indicios de injerencia empresarial para alterar el desarrollo y resultados del proceso o la concreción de si cabe celebrar elecciones por tratarse de un lugar de trabajo en la prestación de servicios -habitualmente cuando el empleador presta servicio para otro a través de sus trabajadores-, o realmente constituye un centro de trabajo que merecería albergar un proceso electoral. En ambos casos, la valoración fáctica y la consistencia de los indicios o pruebas que se presenten serán determinantes para la resolución arbitral.

Con todo, destaca una situación habitual que ha generado gran controversia pero que se entiende zanjada, por el momento, por decisiones jurisprudenciales recientes. Se trata del cómputo de los trabajadores en el año previo a la celebración de las elecciones pues, como es sabido, el artículo 72.2 LET determina que los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más. De la interpretación de este precepto derivará la existencia suficiente o insuficiente de plantilla para celebrar elecciones, amén de otras consecuencias.

Pues bien, en la experiencia arbitral viene distinguiéndose, desde hace décadas, entre el censo laboral y el censo electoral (Laudos 34/2001, 8/2002, 66/2002 y 12/2004, entre otros, todos ellos dictados en Cantabria). El censo laboral, en tanto documento que contiene la relación de trabajadores que prestan sus servicios en la empresa o centro de trabajo, se diferencia del censo electoral en que este último determina el conjunto de electores proclamados por la Mesa electoral. El planteamiento del legislador sobre este punto es que, hasta que la Mesa electoral no se constituye, la empresa no está obligada a proporcionar el censo laboral a fin de que aquélla elabore el censo electoral. *A priori* y para evitar una connivencia carente de prueba objetiva que invalide cualquier posterior actuación en el proceso electoral, ha de otorgarse prevalencia a los datos sobre alta en la Seguridad Social de los trabajadores en la empresa a fecha de presentación de preaviso a través del certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social (Laudo 7/2023 dictado en Cantabria).

No sin admitir prueba en contrario. Y, así, independientemente de las dificultades aplicativas que plantee la gestión de altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos, en materia electoral cabe afirmar que, aunque no figuren de alta en la empresa por hallarse en período de inactividad, si su existencia se prueba, nada elude su consideración a efectos electorales (Laudo 13/2023 dictado en Cantabria). Por su parte, el cómputo de doscientos días trabajados o fracción para añadir un trabajador más en plantilla ha sido fijado, tras intensos debates, por la jurisprudencia (STS 15 de noviembre de 2022, Ar. 5553). En este sentido, y a fin de establecer el volumen global de trabajo asalariado en la empresa, deberán computarse los días trabajados durante el año anterior a la convocatoria electoral, de todos los trabajadores, tanto los que mantienen su contrato en vigor en esa fecha como el cómputo referido a trabajadores con contrato extinguido ya en ese momento.

Algunas dudas pueden surgir, por ejemplo, cuando el trabajador ha prestado servicio con un contrato temporal anterior a su condición de fijo discontinuo pero comprendido en el período de un año previo al preaviso. Mas no existe base legal para excluir dichas jornadas toda vez que el artículo 72 LET obliga a computar los días trabajados en aquellos contratos temporales de duración inferior a un año. En puridad, el trabajador ha sido contratado de forma temporal durante ese período con contratos temporales inferiores a un año de duración y realizó una serie de días de trabajo que, a efectos de lo prescrito por el legislador, deberán entrar en el cálculo de los doscientos días a considerar. Cuando ya adquiere la condición de fijo, el cómputo de estos días se

detiene y pasa a ser valorado a efectos electorales como lo que es, un trabajador fijo de plantilla. Interpretar que, puesto que ya es trabajador fijo, sus contratos temporales previos no computan en este cálculo, supondría efectuar una interpretación restrictiva del artículo 72 LET y, por ende, del ejercicio de un derecho fundamental como el de libertad sindical. Las consecuencias las marca el legislador en el artículo 72 LET y, en este caso, no ha restringido el cómputo de jornadas cuando el contrato pasa de temporal a indefinido en el período computado (Laudo 53/2024 dictado en Cantabria).

2. Sin embargo, este breve análisis en homenaje a un maestro como el profesor Montoya, ejemplo de conocimiento teórico y de ejecución práctica, pretende centrarse en una cuestión más frecuente, no exenta de polémica. Se trata de las “empresas blancas”, esto es, empresas o centros de trabajo en los que no ha habido previamente representación unitaria.

Sabido es cómo la promoción electoral corresponde, *ex* artículo 67.1 LET, a las organizaciones sindicales más representativas, a las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o a los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario. Es cierto que la norma legal no aporta más claridad al respecto salvo la alusión, de nuevo, a los sindicatos más representativos o representativos de conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, BOE, 8, de Libertad Sindical para la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales. Esta invitación a recurrir a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, obliga a aplicar sus artículos 6 y 7 en los que se recogen los requisitos para proclamar a un sindicato como más representativo a nivel estatal (artículo 6), a nivel de Comunidad Autónoma (artículo 7.1) y los sindicatos representativos (artículo 7.2). Normalmente, el conflicto surge en este último caso, siendo representativa aquella organización sindical que, aun no teniendo la consideración de más representativa, haya obtenido *“en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas”*.

Antes de la reforma de 1984 (Ley 32/1984, 2 de agosto, BOE, 4), cualquier sindicato tenía capacidad para promover un proceso electoral. La STC 57/1989 -que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra aquella reforma- declaró la constitucionalidad en este punto y consideró que la restricción del derecho a promover elecciones a representantes unitarios respondía a la necesidad de ordenar razonablemente el proceso electoral, evitando las disfunciones que podrían derivarse de una atribución indiscriminada. Esta selección se basa en elegir a quienes han obtenido mejor resultado precisamente en las elecciones previas. El problema surge cuando no existen elecciones previas.

De las tres opciones que baraja el legislador para la promoción electoral (organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario), no parece que haya manifestado una predilección por alguna de ellas. Y, así, los trabajadores “del centro de trabajo” podrán convocar elecciones por acuerdo mayoritario mas no con carácter prioritario sino alternativo. Pueden convocar

elecciones en los casos que la legislación establece, principalmente, en empresas de entre seis y diez trabajadores, pero eso no impide que el resto de legitimados -sindicatos más representativos o representativos- no puedan hacerlo en estos mismos supuestos (Laudo 20/2025 dictado en Cantabria).

Mayor dificultad entraña, sin embargo, la consideración que el artículo 67.1 LET realiza sobre la posibilidad de promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa por parte de aquellas organizaciones sindicales *“que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa”*. Porque, si la unidad electoral que se propone es el centro de trabajo, los sindicatos cuestionan que pueda ser promotora aquella organización sindical que cuenta con el diez por ciento de representantes en la empresa toda vez que la unidad electoral no es la empresa sino el centro de trabajo por lo que el cómputo debería hacerse sobre el centro de trabajo, que es precisamente el que no tiene ni ha tenido representación unitaria.

Parecería, así, que, como las elecciones se promueven en el centro de trabajo y este último tiene una plantilla de entre seis y diez trabajadores, necesariamente ha de recurrirse al acuerdo mayoritario de los trabajadores para efectuar la promoción electoral. Mas no parece que deba ser éste el resultado de forma imperativa. No existe en la literalidad de la norma legal aplicable y tampoco en la norma reglamentaria ninguna expresión en este sentido. Que el artículo 2.2 RD 1844/94, 9 de septiembre, BOE, 13 señale que *“cuando la promoción de elecciones se efectúe por los trabajadores del centro de trabajo”* serán exigibles una serie de requisitos concretos y distintos a los generales, no supone más que lo que expone el legislador reglamentario. Esto es, que, cuando el acuerdo de promoción se adopte por los trabajadores de forma mayoritaria, deberán cumplirse una serie de formalidades, sin las cuales la promoción será nula. Pero en ningún caso se deduce de esta regulación que el acuerdo mayoritario de los trabajadores deba prevalecer o sustituir la legitimación promotora del resto de sujetos legitimados.

Qué ocurre, en este sentido, si el promotor electoral no elige una empresa o un centro de trabajo sino varios centros de trabajo para la celebración de elecciones, por ejemplo reuniendo todos los que la empresa tiene en una provincia concreta. En ese caso, la disyuntiva del legislador “empresa o centro de trabajo” no se cumpliría, debiendo optar por uno u otro supuesto. Porque, en tal caso, la disyuntiva “empresa” o “centro de trabajo” ya no podría interpretarse tan claramente como se pretende aquí toda vez que no se trataría de preavisar “un” centro de trabajo o “una” empresa sino varios centros de trabajo de una misma empresa. Y, sí, es cierto, no se preavisa para la totalidad de la empresa, pero también lo es que no se preavisa para un único centro de trabajo (Laudo 20/2025 dictado en Cantabria)

De ser así, resultaría difícil eludir la expresa referencia del artículo 67.1 LET a la medición del “diez por ciento” en la “empresa” cuando se preavisa en más de un centro de trabajo. Porque es verdad que, si se niega capacidad promocional a un sindicato que no es más representativo y se cuestiona su condición de suficientemente representativo en las elecciones a representantes unitarios -sin acudir a la legislación sindical y a la consideración funcional o territorial de su medición-, los trabajadores tienen la

posibilidad de optar por la promoción electoral por acuerdo mayoritario. Pero también lo es que, si se interpreta restrictivamente el precepto legal, entendiendo que en la disyuntiva entre empresa/centro de trabajo, prevalece el centro de trabajo como unidad electoral aun cuando sean varios centros de trabajo los preavisados y el legislador se ha referido expresamente a la empresa en el artículo 67.1 LET para este supuesto, se estaría contraviniendo no sólo la norma legal sino la protección constitucional de un derecho fundamental como es la libertad sindical.

No constituye ésta una materia pacífica porque, por el momento, carece de solución definitiva pese a que merecería obtener una respuesta unificada en la doctrina judicial y, aún con más solvencia, en la jurisprudencia. A favor de considerar la validez del promotor que certifica su legitimación al alcanzar el diez por ciento de representación en la empresa, aunque se preavise sólo en el centro de trabajo, cabría apuntar a una interpretación literal del artículo 67.1 LET. En este caso, en puridad y atendiendo a los criterios civilistas más rigurosos sobre interpretación de la norma, el precepto no menciona la unidad electoral ni restringe su aplicación al centro de trabajo, utilizando, bien al contrario, y al menos para el apartado que nos ocupa, la referencia a la empresa y no al centro de trabajo -“...las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa...”-. Reserva el legislador, al menos aquí, la referencia al “centro de trabajo” para el acuerdo mayoritario de los trabajadores tras separar la disyuntiva “o” a un supuesto de otro. No contiene la norma distingo alguno entre empresas o centros de trabajo a la hora de atribuir legitimación para promover elecciones sindicales a los sindicatos más representativos o a aquellos que acrediten la implantación referida en la empresa del diez por ciento de sus representantes (SSTS 10 de marzo de 2004, Ar. 2595 y 20 de febrero de 2008, Ar. 1901/2008).

Incluso si repasamos algunas de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo más próximas a nuestros días, observaremos que la distinción entre empresa y centro de trabajo nunca se ha utilizado para interpretar el artículo 67.1 LET sino todos aquellos preceptos en los que la disyuntiva separa un concepto de otro y no dos circunstancias distintas como ocurre en el artículo 67.1 LET. Y, así, la STS 28 de mayo de 2024, Jur. 167507, señala que *“los preceptos generales reguladores en el ordenamiento laboral de los órganos de representación de los trabajadores son los arts. 61, 62 y 63 ET, que disponen a su vez lo que sigue...De los preceptos transcritos se colige que el legislador ha determinado como unidad electoral el centro de trabajo, regulando determinados umbrales de trabajadores para la elección de comités de empresa o delegados de personal respectivamente”* (FJ 3).

Mas también cabe afirmar (como se viene haciendo en Cantabria desde antiguo, Laudo 88/2002), que, cuando la empresa tiene varios centros de trabajo, la unidad electoral es el centro de trabajo y no la empresa. No en vano, el legislador sólo se refiere a la posibilidad de promover elecciones para trabajadores de diversos centros de trabajo cuando se trata de la constitución de un comité conjunto. En este sentido, cabe precisar cómo el Tribunal Supremo reconoce que el Estatuto de los Trabajadores no prevé *“la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de 6 trabajadores; los promotores de tales elecciones no pueden alterar la única unidad electoral básica establecida por la ley para éstas; y no*

cabe su convocatoria y celebración en un ámbito superior al centro de trabajo, mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esta vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley” (STS 31 de enero de 2001, Ar. 2138, FJ 8).

Una interpretación como la que se defiende en este análisis y que posibilitaría que, en aquellas empresas, pero sobre todo en aquellos centros de trabajo en los que no ha habido nunca representación, se pudiera promover elección por el sindicato que certificara el diez por ciento de representación en la empresa para evitar así que se mantuviera la ausencia de representación en dichos centros, no resulta contraria a lo expuesto por estas decisiones judiciales. Porque lo que se prohíbe es la agrupación de centros de trabajo para incrementar en su conjunto el número de trabajadores en la elección, pero nada más.

Y tampoco se opondría a las últimas decisiones del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical. En efecto. El Alto Tribunal no ha dudado en defender la promoción de un modelo sindical que favorezca la existencia de sindicatos fuertes para una eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, como alternativa al problema de la atomización sindical. De hecho, así lo manifestó el año pasado en su STC 6372024, reforzando a los sindicatos más representativos en su representación institucional -en este caso, en la formación para el empleo-. En su entendimiento de que la representación de los intereses de los trabajadores se vería notablemente mermada en su eficacia si se atribuyese por igual a todos los sindicatos existentes por su excesiva atomización sindical, ha refrendado algunas preferencias del legislador por los sindicatos más representativos. Pero no ha anulado su doctrina en la que exige que cualquier diferencia de trato sindical deberá venir justificada y probada por requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, sin que se considere una actuación ilimitada del legislador (STC 32/1990). La diferencia de trato entre sindicatos resultará legítima *“siempre que no sea desproporcionado el resultado por restringir el núcleo esencial de la libertad sindical o por entorpecer en exceso el libre funcionamiento de los sindicatos, sometiéndolos a trabas o a controles”* (STC 75/92, FJ 3).

Este planteamiento exige que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad. Para el Tribunal Constitucional la promoción de elecciones sindicales constituye parte del contenido adicional de la libertad sindical. Los derechos de los sindicatos *“de presentar candidaturas y de promoción, en su caso, de aquéllas, pese a derivar de un reconocimiento legal, constituyen facultades que se integran sin duda en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual. De ahí que “cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical”* (STC 125/2006, FJ 2). Por consiguiente, toda actuación impeditiva de la promoción de elecciones en tales circunstancias podrá considerarse lesiva del derecho de libertad sindical.

Interpretar restrictivamente la legitimación para promover el proceso electoral confronta la tesis de diversidad, pluralidad y libertad sindical porque limita esta potestad a sujetos que, en principio, no la tienen restringida por el legislador, al menos con la debida claridad normativa. Si en el centro de trabajo sólo pueden promover elecciones o los trabajadores por acuerdo mayoritario o los sindicatos más representativos, la ausencia de voluntad en uno u otro caso -por injerencia empresarial, posiblemente, o por desinterés sindical, probablemente-, las “empresas blancas” y, sobre todo, los “centros blancos” seguirán siéndolo indefinidamente. Y, quizá, injustificadamente. Si los sindicatos que disponen de un diez por ciento en la empresa no pueden promover elecciones en un centro de trabajo sin representación previa porque no pueden demostrar ese diez por ciento en el centro de trabajo como unidad electoral, aunque sí cuenten con esa representatividad en la empresa, la capacidad de monopolizar el sistema de promoción electoral se amplía más allá de la previsión legal y con una finalidad restrictiva de un derecho fundamental, difícilmente justificable.

Concluyendo este análisis en recuerdo de la imborrable impronta del profesor Montoya en el laboralismo español, se extrae una cita de “Los principios de un orden social” de Hayek (Madrid, Unidad Editorial, 2001). Afirmaba así este autor de teorías liberales cómo *“el acto de una asamblea legislativa plenamente legal puede ser tan arbitrario como el de un autócrata, en realidad, cualquier prescripción o prohibición dirigida a personas o grupos particulares y no derivada de una norma aplicable universalmente debería considerarse como arbitraria. Así pues, lo que hace que un acto coactivo sea arbitrario, en el sentido en que el término se emplea en la vieja tradición liberal, es el hecho de que el mismo sirva a un fin particular del gobierno, es decir, que responda a un determinado acto arbitrario y no a una norma universal necesaria para mantener aquel orden global que se genera a sí mismo de las acciones, al cual se ordenan todas las demás normas de merca conducta”* (pág. 77).

Y la libertad exige también superar versiones clásicas de instituciones atemporales pues, ahora sí, en palabras de Alfredo Montoya *“En definitiva, y por encima de los motivos que puedan inspirar en cada momento al poder político en su acción legislativa -motivos socializadores o de autodefensa- la esencia del Derecho del Trabajo se nos muestra, me atrevo a decir que biológicamente, como un factor de cambio social, como un instrumento de progreso incesante en la elevación de las condiciones de vida y trabajo de la humanidad”* (“Derecho y Trabajo”, Madrid, Civitas, 1997, pág. 43).

**¿El empresario, en virtud de su poder de dirección,
puede designar por sorteo el personal necesario
para cubrir los servicios mínimos durante la huelga?
STS-SOC núm. 690/2025, de 3 de julio (RCO núm.
2025/2023. ECLI:ES:TS:2025:3649)**

MARÍA ARETA MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos*

Comienzo manifestando mi gratitud por la invitación recibida para participar en esta obra colectiva que tributa sentido y merecido homenaje al Maestro del iuslaboralismo D. Alfredo Montoya Melgar; y hago constar, desde el máximo respeto y consideración, mi sincero agradecimiento al homenajeado por su excelsa obra.

Hace sesenta años, el Instituto de Estudios Políticos (Madrid) publicaba, dentro de su colección *Estudios de Trabajo y Previsión* (Tomo XIV), la tesis doctoral del profesor Montoya Melgar, titulada *El poder de dirección del empresario*. Las construcciones doctrinales que recoge esta obra han perdurado a lo largo del tiempo (1965-2025), manteniendo su vigencia en la actualidad y, por tanto, convirtiéndose en un clásico de referencia dentro de la literatura jurídica. La redacción de estas páginas ha sido una ocasión perfecta para acudir de nuevo a ella, lo cual ha resultado enriquecedor, y es que, como sucede con los clásicos, cada lectura y relectura permite al lector descubrir nuevas ideas y reflexionar sobre ellas.

D. Manuel Alonso Olea, Maestro del Maestro, prologa la citada obra, señalando que su principal virtud es haber abordado de forma unitaria la construcción de una institución *de tan difícil encuadre y configuración jurídica como la del poder de dirección del empresario*. El profesor Montoya Melgar considera que la elaboración de una teoría sobre el poder directivo del empresario ha de realizarse teniendo en cuenta una doble

vertiente; a saber: la individual de la relación laboral y la colectiva de la empresa. En palabras del autor, *el poder de dirección del empresario ha de comprender tanto el análisis del poder directivo en la relación [individual] de trabajo, como el estudio de ese poder en la Empresa.*

La construcción doctrinal que el profesor Montoya Melgar realiza del poder de dirección puede articularse en tres pasos:

- Primer paso: concepto. El autor considera que un concepto sintético del “poder de dirección” podría ser el siguiente (pgs. 44, 140): *El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa;* admite que se trata de una concepción amplia del poder de dirección.
- Segundo paso: delimitación de las facultades que integran el poder de dirección. El autor señala que una de las notas que define el poder de dirección es que está integrado por un conjunto de facultades empresariales que pretenden la organización del trabajo, dentro y fuera de la empresa. Concretamente, el poder de dirección incluye tres funciones o facultades (pgs. 146 y 147): 1) la función de decisión ejecutiva, 2) la función instruccional y 3) la función de control; dicho de otro modo (pg. 154): decidir, ordenar y controlar.
- Tercer paso: contenido de cada una de las funciones. El autor considera relevante saber sobre qué materias recaen o pueden recaer las decisiones, las instrucciones (órdenes) y las funciones de control del empresario; añade una idea muy relevante, y es que una enumeración exhaustiva de estas posibles materias no es posible, teniendo en cuenta su enorme variedad (pg. 156). Acto seguido el autor expone una lista de materias sobre las que recaen o pueden recaer cada una de las tres funciones del poder de dirección, teniendo en cuenta que no es cerrada (*numerus clausus*), sino abierta (*numerus apertus*); es decir: el propio autor admite y da por hecho que las tres funciones o facultades del poder de dirección del empresario pueden recaer sobre otras materias no expresamente abordadas en la obra. Bien pueden tratarse de materias que, no existiendo en el momento presente, aparecen *ex novo* en un momento ulterior; y es que sabido es que el Derecho del Trabajo se caracteriza por su enorme dinamismo y la constante aparición de nuevas circunstancias y situaciones.

Llegados a este punto cabe trasladar la construcción doctrinal que el profesor Montoya Melgar realizó en 1965 a un concreto caso real planteado en 2022. La cuestión consiste en determinar si, en virtud de su poder de dirección, el empresario puede establecer que la asignación de los servicios mínimos durante una huelga sea haga por sorteo. Si la respuesta es afirmativa, la siguiente cuestión es concretar en cuál de las tres facultades o funciones directivas tendría encaje esta materia y si sería ajustado a Derecho designar por sorteo las concretas personas que han de realizar los servicios mínimos.

En orden a la resolución de las cuestiones planteadas destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

- Tras la oportuna contrata pública, la empresa Serveo Servicios SA es la adjudicataria de los servicios de atención telefónica de emergencias 112 en Andalucía.
- El 12 de diciembre de 2022, las centrales sindicales CGT y CC.OO. convocan huelga: 1) que está previsto se desarrolle entre el 24 de diciembre de 2022 y el 8 de enero de 2023, y 2) con afección a todas las personas trabajadoras de los centros de trabajo de Andalucía en los que la empresa Serveo Servicios SA presta el Servicio de Emergencias 112.
- El 20 de diciembre de 2022, la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía dicta Resolución por la que determina los servicios mínimos durante la citada huelga convocada, quedando fijados en un 80 % y, en determinadas circunstancias, en un 100 %.
- El 22 de diciembre de 2022 (dos días antes del inicio de la huelga) se celebra un sorteo para determinar las concretas personas trabajadoras que cubrirán los servicios mínimos durante la huelga. El sorteo, como método para designar las personas trabajadoras encargadas de prestar los servicios mínimos, ha venido siendo aceptado por los sindicatos desde, al menos, el año 2010. La empresa notificó con antelación al comité de huelga que la celebración del sorteo tendría lugar el 22 de diciembre de 2022, sin que las centrales sindicales convocantes de la huelga (CGT y CC.OO.) manifestasen oposición alguna al citado método. Una vez determinadas las personas trabajadoras que deben cubrir los servicios mínimos, la empresa les notificó su designación mediante correo electrónico. Concretamente, la empresa ha ido comunicando sucesivamente a las personas trabajadoras afectadas su designación una vez finalizaban los correspondientes turnos a los que se encontraban adscritas.
- El 20 de abril de 2023, la central sindical CGT presenta ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, demanda en materia de tutela de derechos fundamentales frente a la empresa Serveo Servicios SA, por considerar que la decisión del empresario de sortear la asignación de los servicios mínimos vulnera el derecho de huelga del artículo 28.1 de la CE.
- El 24 de abril de 2023, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía dicta sentencia (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona núm. 16/2023. ECLI:ES:TSJAND:2023:6745), que anula la Resolución de 20 de diciembre de 2022, por considerar objetivamente excesivo el porcentaje de los servicios mínimos fijados por la Autoridad laboral. El TSJ considera que la proporcionalidad de los servicios mínimos no ha quedado justificada porque la Resolución administrativa no hace referencia a la razón por la

que se dispone que sean necesarios como servicios mínimos en algunos supuestos hasta el 100 % de los recursos personales existentes cualquier día análogo a aquellos para los que se hace la convocatoria. La Sala declara que para ciertos servicios se fija el 100 %, y es en este punto en el que entiende que existe un conflicto con el derecho fundamental de huelga del artículo 28.1 de la CE, que no puede resolverse con el completo sacrificio del mismo.

- El 27 de abril de 2023: 1) de conformidad con los turnos de reparto establecidos por Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de Andalucía, la demanda en materia de tutela de los derechos fundamentales, presentada el 20 de abril de 2023, tiene entrada en la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Málaga; y 2) se dicta Decreto mediante el que se admite a trámite la demanda, se designa como Ponente a D. Manuel Martín Hernández-Carrillo y se convoca a las partes para la celebración de los actos de conciliación judicial y, en su caso, juicio.
- El 21 de junio de 2023 comparecieron las partes y la Fiscal Superior Delegada, celebrándose el acto de conciliación judicial, que terminó sin acuerdo, y el posterior acto de juicio, en el que:
 - La parte actora (central sindical CGT) se ratifica en su demanda, considerando que al imponer la empresa de manera unilateral *“un singular sistema de asignación de servicios mínimos”* mediante sorteo, *haciéndolo coincidir con el sorteo de la Lotería de Navidad, perjudicó la participación de los trabajadores en la huelga convocada, pues la misma quedó vinculada al azar, con vulneración del derecho fundamental a que se refiere el artículo 28 de la Constitución española.*
 - La parte demandada (empresa Serveo Servicios SA), tras oponer como excepciones defectos en la demanda y variación sustancial de la misma, se opone a la pretensión deducida porque el sistema de designación por sorteo es objetivo y, además, es el que se viene utilizando en la empresa desde, al menos, el año 2010, sin que las distintas centrales sindicales se hayan opuesto al mismo y al que son convocados los miembros del comité de huelga y representantes de los trabajadores.
 - La Fiscal Superior Delegada solicita la desestimación de la demanda por considerar que el sistema de asignación de los servicios mínimos por sorteo atente contra el derecho fundamental a la huelga. La Fiscal Superior también destaca que la STSJ de Andalucía-CONT de 24 de abril de 2023, que anula la Resolución de la Autoridad laboral que fija los servicios mínimos, no debe constituir un antecedente a tener en cuenta por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía porque el objeto del proceso contencioso-administrativo es completamente ajeno al que se debate en el orden social.
- El 3 de julio de 2023, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía dicta sentencia núm. 1156/2023 (procedimiento núm. 4/2023.

ECLI:ES:TSJAND:2023:13456) que desestima la demanda presentada por la central sindical CGT, absolviendo a la empresa Serveo Servicios SA de las pretensiones formuladas en su contra, y sin costas. La Sala no aprecia vulneración del derecho fundamental de huelga, argumentando en los términos siguientes:

- Hay que tener presente la STC núm. 11/1981, que declaró inconstitucional el artículo 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, en cuanto pudiera interpretarse que concedía al empresario la facultad unilateral de designar los trabajadores a los que encomenzar la realización de los servicios mínimos durante la huelga, siendo necesaria la participación del comité de huelga, aunque sin concretar cómo ha de operar esa participación. A la vista de la doctrina constitucional, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía considera lógico que *la determinación de los trabajadores que deban cubrir los servicios mínimos fijados por la Autoridad laboral sea fruto del acuerdo entre la empresa y el comité de huelga, de manera que, solo en casos de desacuerdo pueda designarlos el empresario conforme a criterios objetivos a los fines de atender servicios esenciales para la sociedad.*
- En el caso ahora examinado ha resultado acreditado que, en anteriores convocatorias de huelga, sin perjuicio del resultado final de la impugnación en vía contencioso-administrativa de la resolución que los fijaba, la determinación de los concretos trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos se hacía de manera aleatoria, por sorteo. Este método ha sido aceptado por los sindicatos desde, al menos, el año 2010, lo cual motivó que, en esta ocasión, la empresa siguiera el mismo método de designación y comunicase al comité de huelga la fecha de celebración del sorteo (22 de diciembre de 2022), sin que recibiera por parte de las centrales sindicales convocantes de la huelga (CGT y CC.OO.) ninguna oposición al citado método.
- No se alcanza a comprender las razones por las que el derecho de huelga queda conculcado por el hecho de que la fecha del sorteo para la designación de los concretos trabajadores que asumirán los servicios mínimos coincida con la del sorteo de la Lotería de Navidad.
- La central sindical CGT interpone RCO frente a la STSJ de Andalucía-SOC núm. 1156/2023, de 3 de julio (procedimiento núm. 4/2023), en el que se alega un único motivo con amparo en el artículo 207.e) de la LRJS.
- El 3 de julio de 2025, la Sala de lo Social del TS dicta la sentencia núm. 690/2025 (ECLI:ES:TS:2025:3649) que, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, decide: 1) desestimar el RCO núm. 205/2023; 2) confirmar y declarar la firmeza de la STSJ de Andalucía-SOC núm. 1156/2023, de 3 de julio (procedimiento núm. 4/2023); y 3) no adoptar decisión especial en materia de costas procesales, de modo que cada parte asumirá las causadas a su instancia.

La STS-SOC núm. 690/2025, de 3 de julio (RCO núm. 205/2023), dictamina que la decisión empresarial de designar por sorteo al personal necesario para la cobertura de los servicios mínimos durante la huelga no vulnera el derecho fundamental de huelga del artículo 28.1 de la CE. La argumentación jurídica del TS se articula en los términos siguientes:

- Una vez que la Autoridad laboral fija los servicios mínimos, la empresa responsable del servicio afectada por la huelga viene obligada a cumplirlos, adoptando las medidas necesarias para ello, *incluida la designación de los concretos trabajadores que hayan de prestarlos*.
- Hay que examinar si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga en alguna de las dos fases siguientes:
 - Primera fase: al fijar los servicios mínimos. Salvo que la empresa haya participado activamente en el contenido de la resolución administrativa que fija los servicios mínimos, la eventual vulneración del derecho fundamental de huelga en esta primera fase será imputable a la autoridad que dictó la resolución y no a la empresa. El TS concluye que, en el caso ahora examinado, la resolución administrativa que fija los servicios mínimos ha sido anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa al apreciar vulneración del derecho de huelga, pero tal vulneración es imputable a la Autoridad laboral que dictó la resolución y fijó los servicios mínimos, y no a la empresa, que no participó en el contenido de la resolución anulada, limitándose a cumplirla.
 - Segunda fase: una vez fijados los servicios mínimos por la Autoridad laboral. En esta fase, las posibles vulneraciones del derecho de huelga imputables a la empresa podrían derivarse de la adopción de una decisión que: 1) fija servicios mínimos más allá de los permitido por la resolución de la Autoridad laboral y/o 2) incurre en irregularidades al designar las concretas personas trabajadoras a las que se priva del derecho de huelga con la finalidad de cubrir los servicios mínimos. El TS concluye que en el caso ahora examinado no concurren circunstancias fácticas que permitan afirmar que la empresa ha vulnerado el derecho de huelga por fijar servicios mínimos más allá de los recogidos en la resolución administrativa, y tampoco se aprecia irregularidades al designar por sorteo las personas trabajadoras que han de asumir los servicios mínimos.
- En relación con la decisión empresarial de designar por sorteo las personas trabajadoras encargadas de prestar los servicios mínimos durante la huelga:
 - El TS adopta la siguiente doctrina: será declarada ilegal *cuando se use de forme desviada, con la finalidad de asignar los servicios mínimos a quienes pretendieran seguir la huelga*. Por tanto, cuando la empresa tiene conocimiento de qué personas trabajadoras van a adherirse a la huelga y cuáles no, su decisión viene limitada por la obligación de

designar para ocuparse de los servicios mínimos a quienes no fueran a adherirse a la huelga, permitiendo así que los que quieran adherir lo hagan. El TS añade que ese conocimiento de la empresa no puede derivar ni de la aplicación de presunciones por su parte en virtud de la afiliación sindical de las personas trabajadoras ni de la imposición de una obligación previa a las personas trabajadoras de comunicar su adhesión o no a la huelga. El TS sostiene que solo cuando ese conocimiento de la empresa *provenga de fuentes lícitas y haya sido recogido con esa finalidad o con fines compatibles será exigible que dé prioridad en la selección para cubrir los servicios mínimos a trabajadores que no van a adherirse a la huelga.*

- El TS aplica la doctrina expuesta al caso ahora examinado y concluye que, *no constando que de alguna manera la empresa tuviera conocimiento efectivo, razonable y justificado sobre qué trabajadores iban a seguir la huelga y cuáles no, [...], el uso del sorteo como método sirve precisamente para descartar un uso desviado de los poderes de organización empresariales. En una situación de desconocimiento de la voluntad de adhesión a la huelga de los distintos trabajadores de la plantilla, el sorteo no es un método al que quepa atribuir a priori una finalidad desviada contraria al derecho de huelga.*

La aplicación al caso ahora examinado de la construcción doctrinal que el profesor Montoya Melgar realizó en 1965 sobre el poder de dirección del empresario permite extraer las siguientes conclusiones:

- Primera conclusión: el empresario, en virtud de su poder de dirección, designará las concretas personas trabajadoras que han de prestar los servicios mínimos durante la huelga, previamente fijados por la Autoridad laboral.
- Segunda conclusión: de las tres funciones o facultades que integran el poder de dirección del empresario (decidir, ordenar y controlar), la designación del personal que ha de asumir los servicios mínimos durante la huelga forma parte de la función decisoria que, en palabras del Maestro, es la *primera y más enérgica de las manifestaciones del poder de dirección del empresario* (pg. 147). Concretamente, se trata de una decisión empresarial ejecutiva porque crea una situación (asignación de los servicios mínimos) y, simultáneamente, impone un concreto cumplimiento a varios trabajadores; es decir, la notificación de la decisión empresarial a los concretos trabajadores que han de asumir los servicios mínimos implica la necesaria adhesión de estos a la decisión constitutiva del empresario.
- Tercera conclusión: entre las materias sobre las que puede recaer la función de decidir, el profesor Montoya Melgar no cita expresamente la designación de los trabajadores que han de prestar los servicios mínimos durante una huelga. No obstante, tal y como expresa el propio Maestro, no es posible una enumeración exhaustiva de posibles materias sobre las que recaen o

pueden recaer las decisiones del empresario, teniendo en cuenta su enorme variedad. Por tanto, no parece que haya obstáculo para afirmar que entre las materias sobre las que puede recaer la facultad decisoria del empresario se encuentra la designación nominal de las personas que han de prestar los servicios mínimos durante la huelga.

- Cuarta conclusión: la función (facultad) decisoria del empresario, como integrante de su poder de dirección, está sujeta a determinados límites. Concretamente, en el caso ahora examinado, la decisión del empresario de asignar los servicios mínimos por sorteo está sujeta a un límite, y es que el empresario solo podrá emplear este método (sorteo) de asignación de los servicios mínimos cuando no tenga conocimiento efectivo, razonable y justificado sobre qué personas trabajadoras van a seguir la huelga y cuáles no. Llegados a este punto cabría preguntarse si, aun teniendo la empresa conocimiento de qué personas trabajadoras van a adherirse a la huelga y cuáles no, el sorteo seguiría siendo un método válido de designación siempre que se haga entre las personas trabajadoras no huelguistas. El problema se plantea cuando la Autoridad laboral fija un porcentaje de servicios mínimos que no puede ser cubierto únicamente con trabajadores no huelguistas, en cuyo caso el sorteo no resulta método válido porque ni siquiera las personas sorteables son suficientes para cubrirlos.

La viabilidad de la vigilancia prospectiva por el empresario del correcto uso del crédito sindical.

A propósito de la STS (4ª) de 7 de mayo de 2025 (Rº 2124/2024)

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

*Profesor Permanente Laboral
Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0002-3484-3968>*

I. Planteamiento general¹

El marco para el establecimiento del modelo económico que recoge la Constitución Española (CE, en adelante) es deliberadamente flexible, pero incorpora algunos límites expresos. Así, el art. 38 CE reconoce como derecho constitucional, sin darle la extrema protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, con un mandato para los poderes públicos en el que expresamente se mencionan las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. El reconocimiento de esta libertad -y también la potencial limitación por parte del Estado- se enmarca en una lógica de la actuación en el mercado o *ad extra*, pero tiene una innegable proyección en el ámbito de las relaciones laborales.

Resulta claro que la “defensa de la productividad” exige que el empresario, dentro de los límites que procedan, pueda organizar internamente los medios productivos que emplea, lo que se traduce en las libertades de selección de la plantilla y contratación,

¹ Este trabajo se realiza, en homenaje al profesor Montoya Melgar, y se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación «La dimensión sociolaboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación» Proyecto PID2021-124979NB-I00 financiado por MCIN / AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE, dirigido por el profesor Mercader Uguina.

de organización del trabajo y la de cese de actividad². En el contexto de la segunda de estas facultades, necesariamente ha de incluirse la capacidad de controlar que lo ordenado efectivamente se lleva a efecto, teniendo en cuenta que el contenido del contrato obliga no sólo a lo pactado, sino “también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe” (art. 1258 de Código Civil³). La vigilancia, señaló el profesor Montoya Melgar, no es más que “el control fiscalizador continuado que el empresario ejerce dentro de la esfera de su poder de dirección”⁴. En esta lógica, resulta indiscutido que el poder de vigilancia contenido en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores⁵, al autorizarle a “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, que, conforme al apartado cuarto, va más allá de la mera prestación de servicios: se autoriza expresamente el control en situaciones de incapacidad temporal (“verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo”) situación en la que el contrato de trabajo está suspendido (art. 45.1.C ET).

El Derecho del Trabajo en nuestro sistema jurídico es eminentemente tuitivo, por lo que no son pocos los límites a la libertad de empresa. En particular, en lo atinente a la vigilancia cobra especial relevancia el art. 18 CE, tanto en lo referente a la protección de la intimidad (apartado 1) como a la inviolabilidad de las comunicaciones (apartado 3) y muy especialmente la habilitación al legislador para la limitación del uso de la informática (apartado 4). Así, no será válida cualquier forma de vigilancia, sino que esta siempre tendrá que ser proporcionada, en el sentido que a esta palabra da el llamado juicio de proporcionalidad: es decir, aquel que “partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁶.

Todo ello plantea cuestiones específicas en el ámbito de la libertad sindical en general y, en particular, del control que pueda hacer la empresa del uso que los representantes sindicales hagan del crédito horario atribuido legal o convencionalmente para el ejercicio de las funciones inherentes a dicho cargo.

II. La resolución comentada

1. Los hechos enjuiciados y resoluciones en la instancia y suplicación

Un trabajador que ingresó en la empresa en el año 2013 adquiere nueve años después, en noviembre de 2022 la condición de delegado sindical. El 4 de enero de 2023, la empleadora encarga a una empresa especializada en investigación corporativa y servicios forenses la comprobación de la probidad del uso del crédito horario sindical

² MOLL NOGUERA, R., *Negociación colectiva y dimensión de la empresa* Valencia: Tirant lo Blanch. 2019., p. 80-82.

³ En adelante, C. Civ.

⁴ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario* Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1965., p. 86.

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET.

⁶ STC 119/2022, DE 29 DE SEPTIEMBRE, con cita de algunas resoluciones de gran relevancia como la sentencia 186/2000 de 10 julio, la 66/1995 de 8 de mayo.

el día 5 de enero entre las 9 y las 14 horas, periodo durante el que tenía solicitadas las llamadas “horas sindicales”. En fechas posteriores, la empresa empleadora vuelve a solicitar el servicio de vigilancia a cargo de detectives de esa misma empresa para otros tres días, siempre en franjas horarias predeterminadas y coincidentes con periodos de solicitud de uso de crédito horario sindical.

Conforme a los hechos probados recogidos en la resolución, no existían antecedentes de uso indebido del crédito horario, y las ausencias del trabajador tenían justificación suficiente.

El informe del detective contratado puso de manifiesto que en las ocasiones indicadas se hizo un uso desviado de ese tiempo, al dedicarlo a fines totalmente ajenos a la actividad sindical. Por ello, tras el correspondiente expediente contradictorio, con audiencia del trabajador, de su sindicato y de los otros dos delegados de personal de la misma empresa, se procedió a su despido con efectos el 27 de febrero de 2023. En la carta de despido se calificó la actuación del trabajador durante las horas sindicales como de “fines estrictamente personales, en provecho propio y sin relación alguna con el ejercicio sindical”.

Aun cuando no consta en el relato de hechos probados, algunas alegaciones de la empresa -no aceptadas por la Sala de lo Social del TSJ que la enjuició en suplicación- creo que pueden ayudar a contextualizar la situación, al margen de su (no) impacto en el análisis jurídico.

En primer lugar, dos de las infracciones de la buena fe alegadas ocurren en fechas señaladas: la víspera de Reyes y el lunes de Carnaval (hechos objetivos que por sí mismos no aportan nada, por otro lado); en segundo lugar, pone la empresa de manifiesto que el trabajador había solicitado, mediante correo electrónico, para la primera de las fechas en las que se contrató el detective (el 5 de enero), un permiso retribuido que no le fue concedido.

El Juzgado de lo Social declaró nulo el despido al considerar que la prueba de detectives resultaba ilícita, y con ella los posteriores informes solicitados al sindicato en los que -se deduce de la lectura de las sentencias, aunque no se explicita- se confirmaba que en las fechas indicadas no había realizado tareas para dicha organización.

La STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:152, Rº 2195/2023), contra la que se presentó el recurso cuya sentencia se analiza, confirma la de instancia. Rechaza la revisión fáctica planteada por distintos motivos procesales⁷ y confirma la declaración de la ilicitud de la prueba y la nulidad del despido.

⁷ Aunque no es el objeto de este análisis, cuyo objeto es el contenido sustantivo, rechaza acertadamente el carácter documental del informe del detective (STS de 15 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4632); menos clara es la existencia o no de sospechas fundadas, que la empresa justifica en correos electrónico y un dossier sindical, sobre los que la sala de suplicación afirma que “dichos documentos no han sido valorados por el juzgador de instancia, que en el ejercicio de su tarea de valoración de la prueba ha dado crédito a la declaración testifical”; con carácter general es precisamente esa la razón de solicitar la revisión de hechos (la no valoración de documentos por el juzgador); en puridad, lo que parece intuirse es que la sala señala con razón que de los documentos no se deduce la existencia de la sospecha, sino conversaciones a partir de las cuales la misma pudiera producirse, alcanzando el juzgador de instancia la conclusión, en valoración conjunta de la prueba, de que tal sospecha no había surgido. En este sentido, resulta extraño que

Es doble la línea argumental de la sala. Por una parte, en el plano procesal, señala que la reclamación de procedencia del despido no puede prosperar “ni contemplar una eventual solicitud de nulidad de actuaciones que obligase al juzgador de instancia a una nueva valoración del supuesto de hecho acreditado con sustento en esa prueba, en ningún caso cabría la estimación del recurso (artículo 240.2 LOPJ)”. Pero en todo caso, y esto es lo que aquí interesa, entra en el debate fundamental: la necesidad de una causa legítima para establecer medidas de vigilancia de la dedicación a fines sindicales de las horas reconocidas para tal fin.

En este contexto, la Sala de suplicación parte de la STS de 12 de septiembre de 2023⁸ en la que se sostiene inequívocamente que “la clave del juicio de ilicitud de la prueba no reside en la causa o motivo que la soporta”, y más adelante se subraya que dicha legalidad “no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba” y que “La clave del juicio de licitud no resulta tributaria de la causa remota.[...pues...] la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios.”

Sin embargo, entiende dicha sala que esa doctrina no resulta aplicable al caso: la tutela de la libertad sindical requiere, a su juicio, una especial exigencia a la empresa para el control del crédito horario, pues los fines que persigue son ajenos a las partes del contrato de trabajo (interesan a los representados) y existe una presunción de probidad que impide investigaciones prospectivas.

2. Argumentos y resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Sentado lo anterior, queda claro cuál es el objeto principal de debate. La STS de 7 de mayo de 2025⁹ se centra en determinar la validez (o no) de la prueba del informe de detective encargado por la empresa para verificar el correcto uso del crédito horario, así como las consecuencias que ello haya de tener sobre la validez del despido¹⁰.

El núcleo de la argumentación se encuentra en el Fundamento Jurídico tercero. Frente a la tesis sostenida por el TSJ del País Vasco, que hacía depender la licitud de la vigilancia de la concurrencia de sospechas fundadas y de la especial naturaleza del crédito sindical, el Tribunal Supremo recuerda su línea jurisprudencial consolidada que admite la validez de la prueba de detectives en este terreno¹¹. Aunque parte de la presunción de probidad en el ejercicio de la actividad representativa, señala que esta

se refiera a “la misma argumentación” para rechazar hechos objetivos que aparentemente sí se deducen de los correos electrónicos y documentos sindicales: duración de permisos, requerimiento al trabajador de justificación del uso... podrán no ser relevantes para el fallo, pero resulta extraño que queden desmentidos por testificales que hayan sido valoradas. En todo caso, no afecta esencialmente, como se verá, al núcleo de la cuestión, si bien puede criticarse la falta de comprensibilidad de la resolución.

⁸ ECLI:ES:TS:2023:3677, R° 2261/2022.

⁹ ECLI:ES:TS:2025:1994, R° 2124/2024.

¹⁰ Sobre esta segunda cuestión, en la que no profundizaré, remite al juzgado de instancia, pues una vez declarada -como hará- la validez de la prueba de detective, corresponde su valoración conjunta con el restante material probatorio para determinar la procedencia, improcedencia o nulidad del despido.

¹¹ SSTs de 13 de marzo de 2012, rcud. 1498/2011; 10 de enero de 1990, ECLI:ES:TS:1990:1139; 14 de junio de 1990, ECLI:ES:TS:1990:4613; y 29 de septiembre de 1989, ECLI:ES:TS:1989:5988.

puede ser destruida mediante prueba en contrario, puesto que un uso indebido del crédito horario vulnera la buena fe y la lealtad debida al colectivo. En consecuencia, el control empresarial, amparado en el art. 20 ET, es legítimo siempre que se acomode al contenido esencial de los derechos fundamentales y supere un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El Tribunal Supremo distingue entre la investigación prospectiva -prohibida por su carácter indiscriminado y potencialmente lesivo de derechos- y el control puntual del uso del crédito horario. De ahí que subraye que lo decisivo no es la concurrencia de sospechas previas, sino que la medida adoptada sea proporcionada, razonable y acotada en el tiempo.

En esta línea, la Sala añade que el carácter sindical del tiempo objeto de control no convierte por sí mismo en ilícita la vigilancia, salvo que se traduzca en una supervisión singular que comprometa la independencia del representante. Aplicando esta doctrina, entiende que la actuación empresarial resultó proporcionada: limitada a unos días concretos, sin afectación a la intimidad ni a la dignidad del trabajador, por lo que la prueba de detectives debe reputarse válida.

3. Análisis y consideraciones críticas

La posición del Tribunal Supremo parte de un punto de partida razonable: la aceptación del uso de detectives depende de la legalidad de su actuación en sí misma. Aludiendo a la LSP¹², recoge los elementos clásicos del juicio de proporcionalidad: la existencia de un interés legítimo en el mandante (art. 48.3 LSP) -la empleadora-, “los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad” (art. 48.6 LSP). Es indudable que si se admite la legitimidad del fin (el ejercicio del poder de vigilancia por parte del empresario), la supervisión, sin interferir en su conducta¹³ y sin afectar al domicilio de la persona trabajadora (art. 48.3 LSP), supera el marco legal. La supervisión acotada a días y horas concretas es ciertamente la medida menos invasiva que puede pensarse para comprobar el buen o mal uso del crédito horario.

Sin embargo, se obvia el debate que plantea el TSJ: ¿es realmente la misma situación una incapacidad temporal (que se prueba simulada) o la competencia ilícita de la persona trabajadora que la que se da en la libertad sindical?. Aunque la buena fe se presume en todo caso (art. 79 C.Civ), tratándose del ejercicio de un derecho fundamental en el que el interés del uso correcto lo tienen fundamentalmente las personas trabajadoras representadas, y sólo indirectamente la empresa, la presunción de uso correcto y probidad, la amplitud de tareas¹⁴ que pueden llevarse a cabo en

¹² Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Regula los Servicios de los despachos de detectives privados en el Capítulo III del Título IV, artículos 48 a 50.

¹³ En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2020 (rec. 3943/2017, ECLI: ES:TS:2020:848) rechaza que el detective pueda admitirse como prueba la actuación del trabajador tras simular el investigador contratado una posición de cliente, con insistencia, para llevar al trabajador a aceptar la realización de una actividad incompatible con su trabajo.

¹⁴ Así, debe recordarse que incluso actividades “atípicas” al observador externo -reuniones informales en bares, preparación o traslados- se integran en la actividad representativa, lo que refuerza esta presunción

el tiempo que tiene que conceder la empresa quizá merezcan una justificación más compleja.

Y es que el rechazo por el Tribunal Supremo de las investigaciones prospectivas, de la búsqueda constante de los incumplimientos a la espera de algún comportamiento puntual que justifique una decisión sancionadora, se compadece mal con la ausencia de sospechas previas en la configuración del interés o fin legítimo. En efecto, si la empresa supervisara todos y cada uno de los movimientos de sus trabajadores, mediante una o varias agencias de investigadores, bastaría con no presentar a juicio más que aquellos casos de mal uso para evitar que se detecte la naturaleza exhaustiva del control. Es decir, resulta complejo entender cómo la empresa, sin sospecha alguna, decide investigar los días y horarios concretos en los que, casualmente, el trabajador no emplea correctamente el crédito sindical.

En el fondo, en realidad, las raíces del debate son incluso más complejas. Como con acierto se ha señalado en la doctrina del Tribunal Supremo “no se acaba de precisar cuál es el contexto propicio para admitir su aplicación”¹⁵. Esta cuestión cobra especial interés en el caso del crédito horario (por el peso que en la ponderación ha de tener la libertad sindical), pero tiene igual relevancia en otros supuestos como las incapacidades temporales o las evaluaciones de competencia desleal la ausencia de sospecha previa plantea un inevitable problema lógico. Resulta claro que es difícilmente viable la vigilancia de todas las actividades de la plantilla fuera del tiempo y lugar de trabajo, por lo que la empresa seguirá algún criterio para seleccionar los momentos en que encomienda la vigilancia a un detective. La falta de exigencia de indicios previos permitiría a la empresa la utilización (no conocida por la RLT ni la plantilla) de medios claramente ilícitos para obtener la evidencia (intervención de comunicaciones de cualquier tipo, geolocalización, grabación de sonido), no especialmente costosos en tiempos en que la tecnología (manejo del *Big Data*, Inteligencia Artificial, tecnologías de transcripción, traducción y corrección...) ¹⁶ para luego probar de forma jurídicamente aceptable el uso indebido. Es decir, al no tener que dar explicaciones de por qué se ha decidido “poner un detective” a un determinado liberado sindical existe un riesgo evidente (incluso un incentivo) a la de supervisión constante por cualquier medio, incluso atentatorio contra derechos fundamentales, para así dedicar los esfuerzos de vigilancia admitidos por el derecho a situaciones cuyo resultado se conoce de antemano.

iuris tantum (FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “El uso abusivo del crédito horario y su control por parte de detectives privados”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Iustel. 2011. no. 26, pp. 13, p. 262; MARÍN MORAL, Isabel, La justificación del crédito horario de los representantes de los trabajadores. *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)* vLex España. 2024. no. 12, pp. 114-119, p. 116. No obstante, debe subrayarse que en este caso no se discute la adecuación del uso del tiempo sino la validez de la vigilancia con que se demuestra por la empresa el uso indebido.

¹⁵ VALLEJO, P. R., “Licitud de la prueba de investigación privada para el seguimiento de uso indebido de crédito horario sindical”. *Revista de Jurisprudencia Laboral [en línea]* 2025. no. 6, p. 6.

¹⁶ Estos medios, jurídicamente inadmisibles con carácter general por su naturaleza invasiva y la desproporción manifiesta que suponen, se encuentran en la actualidad en un segundo plano frente a la humana (y tesfical) prueba de detectives (en un sentido similar, *vid.* VALLEJO, P. R., Licitud de la prueba de investigación privada para el seguimiento de uso indebido de crédito horario sindical. *Revista de Jurisprudencia Laboral [en línea]* 2025. no. 6) . Pre.

¿Presunción (real) de probidad o vigilancia prospectiva del uso del crédito horario sindical? Comentario a la STS 402/2025, de 7 de mayo, REC. 2124/2024

FERMÍN GALLEGO MOYA

*Profesor Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

I. Introducción. Garantías y control del crédito sindical

El empresario, según dispone el art. 20 ET, ostenta facultades de control, destinadas a comprobar el efectivo cumplimiento por el trabajador de la prestación debida. En la vigilancia del cometido profesional de sus empleados, puede escoger, además, el medio de control que entienda más adecuado para llevar a cabo dicha verificación. La discrecionalidad de tal vigilancia encuentra como límite, al menos teórico, la esfera de los derechos fundamentales del sujeto objeto de aquella, pese a que el núm. 3 del precepto citado se limite a exigir que la adopción y aplicación de las medidas de control guarde la consideración debida a la “dignidad” del trabajador¹. No existiendo una regulación específica ni de los medios de control ni de su alcance, las dudas sobre la legalidad de los utilizados habrán de resolverse atendiendo al caso concreto, confrontando sus circunstancias con los derechos fundamentales eventualmente afectados.

¹ Como señala MONTOTOY MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1 de marzo, 2000, pág. 575 y ss., “El citado artículo 20.3 del ET supedita, lógicamente, la facultad de vigilancia del empresario a su deber de respetar la dignidad del trabajador en cuanto persona, previamente reconocida en el artículo 10.1 Const. El respeto de la “dignidad humana” del trabajador obliga al empresario a adoptar sus medidas de control sin perjudicar los derechos del trabajador al honor, a la intimidad o a la propia imagen, derechos reconocidos específicamente en el artículo 18.1 Const. y desarrollados en la LO 1/1982, de 5 de mayo”.

En principio, las medidas de vigilancia y control están previstas en la norma estatutaria para verificar el cumplimiento “por el trabajador” de sus “obligaciones y deberes laborales”, y no para fiscalizar la utilización que los representantes de aquel puedan hacer del crédito horario sindical, algo que, en principio, debieran “fiscalizar” los propios representados, auténticos interesados en que tales labores propias de la representación (por lo demás, no definidas ni acotadas) sean diligentes, íntegras y, por derivación, respetuosas con la delegación asumida.

En tal sentido, la Jurisprudencia mantiene, invariable, la idea de que “las garantías de los representantes de los trabajadores frente al poder disciplinario empresarial revisten una especial trascendencia, ya que tienen por finalidad la tutela de un interés colectivo que, en principio, resulta siempre afectado por los actos de sanción a estos representantes, en cuanto que a través de tales actos puede atentarse, de forma directa o indirecta, contra su independencia y, por tanto, contra la propia autonomía de la acción representativa en la empresa”².

Ocorre, sin embargo, que dichos representantes de los trabajadores también mantienen un vínculo con el empleador, siendo, las horas dedicadas al ejercicio de sus funciones de representación, un tiempo durante el que siguen percibiendo retribución, pese a no prestar los servicios contratados, por lo que parece lógico entender que la empresa pueda ejercer una cierta actividad de control sobre el uso de ese crédito horario. A ello se une, por desgracia, la realidad de que, en ocasiones, no se hace un uso honesto de dicho crédito, lo que redobla la legitimidad de una fiscalización, en términos razonables, de tales labores, al no poder hurtarse al empresario la facultad de controlar, pese a la presunción de probidad³, dicho uso del crédito horario sindical, por mucho que, en más de una ocasión, sea él mismo quien se desenvuelva de una manera ilegítima⁴.

En este contexto de difícil equilibrio, es pacífica la Jurisprudencia que, desde antiguo, mantiene la presunción de empleo correcto del crédito horario y el consiguiente derecho del trabajador representante a no ser sometido a “vigilancia especial”⁵, no

² Por todas, STS de 18 de febrero de 1997, Rec. 1868/1996.

³ Como recuerda AGUILERA IZQUIERDO, R., “El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, págs. 121-142, a partir de 1986 comienza a consolidarse la doctrina de la presunción iuris tantum de probidad del representante en el empleo y agotamiento del crédito horario ya que “la concesión del crédito horario se legitima en virtud del mandato legal que lo implanta”, siendo así que “la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, deriva del derecho de los representantes a ejercitar libremente su cargo”, correspondiendo al empresario probar el empleo abusivo del crédito de horas por el representante, lo que no es tarea fácil si tenemos en cuenta que los tribunales han ido poco a poco poniendo obstáculos a la actividad de control por parte de la empresa.

⁴ Podría entonces, el empleador, sucumbir a la tentación de represaliar a tales representantes para disuadirlos, lo que el ordenamiento jurídico trata de evitar dotándolos de una especie de *escudo protector* que los proteja frente a eventuales actuaciones discriminatorias o perjudiciales (SEMPERE NAVARRO, A.V., “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Sección Estudios, 1 de marzo de 2000, pág. 1317 y ss).

⁵ Aquella, no justificada, que se realiza simplemente por la cualidad de representante de los trabajadores con el fin de comprobar, sin que exista indicio alguno de irregularidad, el cumplimiento de las finalidades

pudiendo exigirse un “cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible”, preservando la “independencia del representante” (STS núm. 1081/1989, de 2 de noviembre), pues lo contrario “supone una traba o limitación a su derecho ... de libre ejercicio del cargo”, deducción que se obtiene interpretando el art. 2.2. LOPJ a la luz del art. 28.1 CE y del Convenio 135 OIT.

A partir de ahí, las medidas sancionadoras habrán de quedar constreñidas a supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho de dicho crédito sea “manifiesto y habitual”, poniendo en peligro “el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados”.

II. Los hechos que propician la calificación de nulidad del despido en dos instancias

La introducción recién concluida enmarca los hechos que, integrados en el proceso, han provocado la actuación jurisdiccional en sus tres fases ordinarias (instancia, suplicación y casación), con resultado dispar. El contexto, obvio, es el despido de un representante de los trabajadores por el uso fraudulento del crédito horario. En concreto, consta acreditado que el día 04/01/2023 la empresa demandada encomienda a una agencia de detectives la investigación y seguimiento del demandante ante las “fundadas sospechas” -que decía tener- de un uso indebido del crédito sindical, acreditándose, sin embargo, como hecho probado, que “la empresa no tenía ningún antecedente de que el trabajador no hiciera las horas sindicales y todas las ausencias previas del trabajador estaban justificadas”.

El seguimiento se efectúa durante cuatro días en que el actor tenía solicitadas horas sindicales, confirmándose cómo aquel no realizó la actividad que justificaba el recurso al crédito sindical. Sin embargo, el resultado de la investigación no logra acceder al relato de hechos probados por carecer, según el Magistrado de instancia, de causa legítima, ya que “se inició y desarrolló de manera prospectiva sin haberse acreditado las sospechas”, dado que, como se apuntó, no constaban ausencias previas injustificadas ni antecedentes de uso ilegítimo del crédito sindical, no existiendo pues “motivos para dudar de que cumpliera con su actividad sindical con anterioridad a su seguimiento”.

La declaración de nulidad del despido efectuada por el Juzgado de lo Social 3 de Vitoria es confirmada por la Sala vasca, que, rechazando considerar hasta once motivos de suplicación (nueve fácticos y dos jurídicos) comparte la capitalidad del argumento según el cual la empresa “no ha presentado una acreditación solvente de la justificación de la decisión de recurrir al seguimiento por detective”.

En definitiva, ambas instancias ponen el acento en la falta de justificación del seguimiento encargado al detective, pues, “si bien la empresa puede adoptar medidas de control de la actividad del representante, las mismas tienen que ser idóneas, equilibradas y proporcionadas, y la investigación solo podrá hacerse en tanto no suponga una traba o limitación a su derecho de libertad sindical o libre ejercicio del cargo, y entendemos se produce una clara vulneración del derecho fundamental de libertad sindical si la

empresa no justifica las sospechas que le han llevado a la adopción de tal medida de control”.

III. La previa “llamada de atención” del Tribunal Supremo al TSJ del País Vasco

El supuesto analizado es la continuación de una “disputa” conceptual (permítaseme la licencia coloquial) entre el órgano de suplicación vasco y el Tribunal Supremo, acerca de si el seguimiento debe ir precedido de hechos o indicios concretos que motiven la sospecha de un comportamiento fraudulento. Y es que, el propio TSJ vasco es consciente de que, hace apenas dos años, el TS ya había casado una sentencia del mismo órgano autonómico, declarando la licitud de la prueba de detective pese a no concurrir tales hechos o indicios sólidos de fraude (pronunciamiento que, en principio, debiera haber guiado también la resolución del actual proeso). Nos referimos, en concreto, a la STS 12-09-2023, Rec. 2261/2022, que analizó si era necesario que la empresa acreditase que existían indicios de incumplimientos laborales por parte del trabajador para que la prueba testifical del detective fuese válida. Al resolver la casación, el TS, anulando la STSJ País Vasco de 22-02-2022, Rec. 2469/201, que así lo había entendido, estableció que la prueba era lícita, al cumplir el juicio de necesidad y proporcionalidad, siendo una medida justificada, ya que “la clave del juicio de ilicitud de la prueba no reside en la causa, o motivo que la soporta”, siendo así que “la concurrencia de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes no determina la licitud o ilicitud de la prueba en sí misma considerada”. Añadiendo que “la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios”.

Siendo obvio que el TSJ vasco era conocedor, como directo afectado, de dicha doctrina, encuentra no obstante una “salida” para mantener la ilicitud de la prueba de detective, y esta no es otra que apelar al hecho subjetivo diferencial: “en este caso la investigación del detective se hace sobre un representante legal de los trabajadores, lo que no sucedía en el supuesto de la sentencia casada por el alto tribunal”.

IV. La sentencia de contraste

Permite la contradicción casacional la STSJ Murcia 22-09-2010, Rec. 551/2010, cuyos hechos declarados probados dejan constancia de que el actor: “a) Simultaneaba su trabajo por cuenta de la empresa demandada con la explotación de un negocio propio, consistente en la preparación y venta a restaurantes de cabezas de cordero asadas, negocio que implicaba actividad preferente en viernes, sábados y domingos por ser los de mayor demanda; b) Que ante la sospecha de que la explotación de tal negocio interfiriera con su trabajo, decidieron la contratación de una empresa de detectives, la cual, para informar sobre la actividad del trabajador se limitó, en dos ocasiones que tuvieron lugar los días 23 de julio y 6 de agosto del 2009, a encargar al citado trabajador dos pedidos de cabezas de cordero asadas para ser entregados al día siguiente; c) Que el trabajador los días 23 de julio y 6 de agosto comunicó a la empresa informando de su ausencia al trabajo para los días 24 de julio y 7 de agosto para el ejercicio de funciones sindicales; d) Que el día 24 de julio el trabajador abandonó el centro de trabajo a las 9,45 horas, permaneciendo en un bar hasta las 10,53, realizando consumiciones en solitario y, a continuación, en su domicilio, hasta las 12,03 en que volvió al bar para encontrarse

con el detective que le había hecho el encargo y después de conversar con este sobre su negocio y perspectivas comerciales se desplazaron hasta el horno de una panadería donde se encontraba el encargo y, una vez entregado y cobrado, el actor permaneció hasta las 13,30 repartiendo su tiempo en estancias en el bar, la panadería y su domicilio; e) Que el día 7 de agosto, para cumplir el pedido efectuado el día anterior, el actor abandonó su trabajo a las 9,15 horas, para dirigirse al mismo bar, donde permaneció hasta las 11,15 horas, primero en solitario y en compañía de otra persona, después, desplazándose, posteriormente, a la panadería a las 11,58 horas para encontrarse, a las 12,45, con el detective que había realizado el encargo y, una vez entregado, se dirigió a su domicilio donde permaneció, hasta las 13,30 horas”.

Valora el TSJ, para atenuar su carácter intrusivo, el hecho de que el seguimiento “se limitó a los únicos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador y se prolongó, tan solo, hasta la hora de conclusión de la jornada de trabajo y se mantuvo hasta dicha hora a efectos de acreditar que durante tal periodo de tiempo no se simultaneaba su empleo para fines privados con actividades sindicales”.

Partiendo de la resultancia fáctica obtenida por dicha prueba lícita, el TSJ Murcia confirma la procedencia del despido al entender que “aunque la jurisprudencia del TS sea muy flexible en cuanto al uso del crédito sindical, porque la función de representación es multiforme y puede, y a veces tiene, que realizarse en bares, reuniones informales con los compañeros, etcétera, sin que pueda exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado”, en el presente caso es evidente que “cuando el actor es requerido para realizar actividades propias de su negocio particular en horario que coincide con el de su jornada de trabajo, aquel, sin negociar otro horario compatible, se ausenta pretextando la realización de funciones de representación”.

V. Una contradicción opinable

La existencia de contradicción no es, desde luego, tan evidente como pudiera parecer. El TS afirma que en ambos supuestos se utiliza la prueba de marras para comprobar y acreditar el uso irregular del permiso referenciado, existiendo “en los dos casos ... sospechas sobre la utilización indebida”. Para el TS, en la sentencia recurrida los hechos probados dan cuenta de que la empresa encomienda una investigación y seguimiento del demandante ante las “fundadas sospechas” de un uso indebido del crédito sindical, mientras que, en la referencial, la empresa sospechaba que el actor se dedicaba a explotar un negocio dedicado a la preparación y venta de cabezas de cordero asadas para restaurantes.

Siendo esa una lectura posible, también lo es aquella que niega la existencia de tales sospechas fundadas en la sentencia recurrida, limitándose tal afirmación a un parecer meramente subjetivo de la empresa, sin base objetiva alguna, dado que es un hecho probado que el actor había justificado sus ausencias previas, sin que constasen “motivos para dudar de que cumpliera con su actividad sindical con anterioridad a su seguimiento”.

Es, por tanto, discutible que concurran efectivamente en ambas sentencias tales “sospechas fundadas” (pese a la afirmación contenida en relato fáctico), pues, mientras en la recurrida, dicha expresión no parece ser más que la reproducción de los términos empleados en la carta de despido para justificar el seguimiento, contradicha por los hechos probados fijados por el Juzgador de instancia, en la resolución referencial tales sospechas sí vendrían apoyadas en un panorama fáctico previo: el conocimiento empresarial de explotación de un negocio paralelo que podría estar interfiriendo en el trabajo.

Superado este “escollo” sin demasiada argumentación, apunta el TS cómo en ambos supuestos, se discute sobre la licitud de la prueba, llegando las sentencias comparadas a soluciones diversas en base a doctrina que necesita ser unificada, ya que, ante la concurrencia de sospechas de utilización indebida del crédito horario, mientras que la sentencia recurrida, declara la ilicitud de la prueba de detectives, la de contraste entiende que estamos en presencia de una prueba válida.

Aunque el debate así planteado pierde interés, lo cierto es que, como se indica a continuación, el Alto Tribunal no elude pronunciarse sobre la necesidad de tales sospechas previas, residiendo ahí el valor del pronunciamiento.

VI. Entidad y relevancia de las sospechas

Utilizar un sistema de vigilancia que permite a la empresa conocer, sin límite, todas las conductas que realiza el trabajador, es cierto que no en un ámbito privado, pero sí ajeno al escrito contexto laboral, constituye una actuación que puede rebasar con creces las facultades que el texto estatutario otorga al empleador, derivando en una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, que únicamente debiera verse limitado si, teniendo indicios solventes de comportamiento irregular, es la prueba de detective la más idónea para aflorar dicha conducta con finalidad sancionadora. Y ello porque los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales no debieran ceder ante el mero interés de la organización empresarial por conocer cómo se desenvuelve el representante en el uso del crédito horario sindical, si dicho interés no obedece a una fundada sospecha de utilización fraudulenta de aquel⁶.

No obstante el parecer de quien redacta estas líneas, lo único relevante es que los cinco Magistrados que conformaron Sala coincidieron en la perfecta licitud de la

⁶ Por ejemplo, la STSJ Madrid 27-02-2012, Rec. 5379/2011, consideró que el seguimiento estaba justificado porque la empresa tenía sospechas razonables del uso abusivo del crédito horario: el representante había solicitado determinadas ausencias -cambios de horarios o jornadas- que se le denegaron, y seguidamente solicitó esos mismos días por razones sindicales en parte, y en otra parte presentando un justificante médico inhabitual. Además, solicitó el empleo de su crédito horario en un día como el 30 de julio viernes inmediatamente anterior a sus vacaciones, sin que el otro representante perteneciente al mismo sindicato efectuara petición alguna, todo lo cual indujo a la empresa a desconfiar de la correcta utilización del derecho en el que se amparaba el demandante. O la STSJ Andalucía 20-12-2011, Rec. 1023/2011, que justificó la actividad indagatoria en el patrón de comportamiento reiterado por el representante consistente en solicitar como horas sindicales los viernes por la tarde, y cuando dicho crédito horario se terminaba, o bien se daba de baja, o bien cogía días de asuntos propios, llegando a unir cuatro o cinco días sin prestar servicios.

prueba de detective, trayendo a colación, en primer término, una sentencia previa (STS 13-03-2012, Rec. 1498/2011), que enmarcaba el seguimiento en la “sospecha” que tenía la empresa de que el trabajador, delegado de personal, “iba a realizar un uso incorrecto” del crédito horario “para atender a un negocio particular” (circunstancia que no parece concurrir en la sentencia ahora analizada); y, seguidamente, otra sentencia (STS 12-09-2023, Rec. 2261/2022), que estableció (aunque en ese caso, el despido no era representante ni, consiguientemente, se trataba de cómo usaba el crédito horario) que la licitud o ilicitud de tal prueba no depende “del mero hecho de que se acuerde sobre la base de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes, sino que se basa en criterios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad”, por lo que no se “requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios”, descartándose expresamente “que la calificación de ilicitud de la prueba” se haga “depender de una existencia previa de indicios relevantes de los eventuales incumplimientos en la prestación de servicios”. “La clave del juicio de licitud no resulta, así, “tributaria de la causa remota”. Por otra parte -concluye- “la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios”.

Aplicando al caso la doctrina así expuesta, el TS declara la licitud de la prueba afirmando (y esta es la mayor debilidad, a nuestro juicio, de la argumentación) que “una vez acreditado que la empresa tenía fundadas sospechas de un uso indebido del crédito sindical” (sin indicar qué hecho o circunstancia previa habría provocado tal sospecha), no puede sostenerse que la investigación tuviese un mero carácter prospectivo.

Con todo, por mucho que pueda cuestionarse si existía o no algún dato objetivo para sospechar, o bastaba la mera subjetividad empresarial para investigar al representante, la conclusión principal que cabe extraer de la doctrina unificada consiste en “afirma(r) tajantemente que la licitud o no de la prueba no depende de la concurrencia de sospechas fundadas”, afirmación que consideramos de una enorme relevancia, al debilitar una potente posición doctrinal que justificaba la vigilancia del representante por detective en la existencia de indicios de un uso fraudulento del crédito horario, que deberían ser muy fundados, dado el carácter multiforme de la actividad representativa.

VII. En espera del pronunciamiento del TSJ ¿seguro que despido procedente?

Aunque la reposición de actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia por el Magistrado de instancia parece augurar una declaración de procedencia del despido, aún habrá que esperar a que la misma se publique⁷, más aún si tomamos en consideración los argumentos utilizados por la Sala de suplicación vasca, en la instancia inmediatamente anterior a la casación, según los cuales, la máxima sanción disciplinaria debería quedar reservada a “supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario ... sea manifiesto y habitual” (con cita de la STS 13-03-2012, Rec. 1498/2011), “es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo

⁷ En el momento de redactar estas líneas, 10 de septiembre de 2025, no tenemos información de que haya recaído sentencia.

coherente con los representados”, circunstancia esta última cuya concurrencia deberá ser valorada por el Juez social.

VIII. Apunte final

Ninguna persona trabajadora cuya integridad profesional no haya sido puesta en duda, debiera verse sometida a una vigilancia prospectiva, menos aún si el sujeto fiscalizado es un representante de los trabajadores (que hasta la fecha ha utilizado de forma correcta el crédito horario sindical) y el medio de control es tan intrusivo como el seguimiento por detective privado. Si ni siquiera son exigibles, para justificar la injerencia empresarial en el desempeño de tal labor representativa, la concurrencia de sospechas, aun livianas, de un uso irregular del crédito, vinculando dicha licitud tan solo a los criterios (indeterminados) de “razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad”, es palmario que la garantía del representante queda muy devaluada. Si el control no se somete a estrictas reglas justificativas, la tentación de una vigilancia con finalidad sancionadora puede debilitar la coraza protectora de tales representantes; no siendo el contenido laboral que temporalmente se orilla para desarrollar labores representativas, el que debiera justificar intromisiones ilegítimas. Tampoco el resultado obtenido tras la investigación, pese a confirmarse el comportamiento fraudulento, puede ser la excusa perfecta para descuidar la presunción de probidad. En la sentencia analizada se echa en falta una justificación mínimamente convincente del contenido de las “sospechas” que propiciaron la vigilancia. Si tales sospechas ya no son siquiera necesarias, la propia labor representativa y el beneficio que los representados debieran obtener, quedan muy dañados.

Poder de organización y dirección y negociación colectiva: A propósito del convenio colectivo general de la industria química

JUAN GARCÍA BLASCO

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza
Presidente del Consejo Económico y Social de Aragón*

I. La negociación colectiva como fuente reguladora del poder empresarial

No suele ser habitual que la negociación colectiva dedique una regulación específica las distintas vertientes del poder de dirección, remitiendo por lo general a la normativa laboral. Pero hay algunas excepciones dignas de interés en las que la fuente autónoma aborda algunos aspectos del contenido de esa facultad empresarial, en especial del poder de organización. Es el caso del reciente Convenio Colectivo General de la Industria Química sobre el que quería reparar ahora en esta colaboración.

En efecto, el Convenio comienza por reconocer que la organización del trabajo, con arreglo a lo prescrito en este convenio y en la legislación vigente, es facultad y responsabilidad de la Dirección de la Empresa y reserva una intervención de los representantes de las personas trabajadoras establecida en la legislación laboral y en el convenio.

La organización del trabajo tiene por objeto alcanzar en la empresa un nivel adecuado de productividad basado en la utilización óptima de los recursos humanos y materiales. Reclama para ello una actitud activa y responsable de las partes integrantes: Dirección y personas trabajadoras. Se reserva a los representantes de las personas trabajadoras las funciones de orientación, propuesta, emisión de informes, etc., en lo relacionado con la organización y racionalización del trabajo, de conformidad con la legislación vigente y de acuerdo con lo establecido en el propio convenio y lo que se acuerde en cada empresa y/o centro de trabajo en su desarrollo.

En el marco de la organización del trabajo el convenio determina el deber de la empresa de garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos relacionados con las condiciones de trabajo partiendo de la integración de la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades, como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos.

También, con carácter previo a la modificación de las condiciones de trabajo debido a cambios en la organización del mismo, a introducción de nuevas tecnologías, o cambios en los sistemas de rendimientos, se procederá a realizar la evaluación de los riesgos que pudieran generar la introducción de dichos cambios.

II. El contenido de la organización del trabajo

Se delimita el contenido de la organización del trabajo, que se extiende, entre otras, a las materias siguientes: 1.º La exigencia de la actividad normal. 2.º Adjudicación de los elementos necesarios (máquinas o tareas específicas) para que la persona trabajadora pueda alcanzar, como mínimo, las actividades a que se refiere el número anterior. 3.º Fijación tanto de los «índices de desperdicios» como de la calidad admisible, a lo largo del proceso de fabricación de que se trate. 4.º La vigilancia, atención y limpieza de la maquinaria encomendada, teniéndose en cuenta, en todo caso, en la determinación de la cantidad de trabajo y actividad a rendimiento normal. 5.º La realización, durante el periodo de organización del trabajo, de modificaciones de métodos, tarifa, distribución del personal, cambio de funciones y variaciones técnicas de máquinas y material, sobre todo cuando, respecto a estas últimas, se trate de obtener y buscar un estudio comparativo. 6.º La adaptación de las cargas de trabajo, rendimiento y tarifas a las nuevas condiciones que resulten de aplicar el cambio de determinado método operatorio, proceso de fabricación, cambio de materia, maquinaria o cualquier otra condición técnica del proceso de que se trate. 7.º La fijación de fórmulas claras y sencillas para la obtención de los cálculos de retribuciones que corresponden a todos y una de las personas trabajadoras afectadas, de forma y manera que, sea cual fuere el grupo profesional de los mismos y el puesto de trabajo que ocupen, puedan comprenderlas con facilidad. 8.º Dado que las características relativas a la organización y ordenación del trabajo pueden influir en la magnitud de los riesgos a que esté expuesta la persona trabajadora, deberán tenerse presentes tales características en el marco de los instrumentos para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos concretados en la evaluación de riesgos laborales y en la planificación de la actividad preventiva.

Especial atención dedica a las tecnologías de la información para el control de la prestación laboral, tales como controles biométricos como la huella digital, la video vigilancia, los controles sobre el ordenador (monitorización remota, indexación de la navegación por internet, o la revisión o monitorización del correo electrónico y/o del uso de ordenadores) o los controles sobre la ubicación física de la persona trabajadora mediante geolocalización, que se realizará respetando en todo momento las previsiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y 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 o normas que en el futuro puedan sustituir a las anteriores. Dichas medidas deberán ser proporcionales a la finalidad de verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales. Deberán por tanto respetar su dignidad y su derecho a la protección de datos y a su vida privada teniendo en cuenta, no obstante, que la legitimación para el tratamiento deriva de la existencia de la relación laboral y, por tanto, de acuerdo con la normativa aplicable, no se requiere del consentimiento de la persona trabajadora. Se deberá cumplir con los deberes de información previa a las personas trabajadoras afectadas que se establecen en la legislación vigente. Cuando este tipo de medidas tengan el carácter de colectivas o plurales deberá informarse previamente a su implantación a los representantes de las personas trabajadoras, indicando la finalidad que se persigue. Así mismo, cuando existan instalados sistemas de video vigilancia para el control periódico y regular de la prestación laboral, la empresa deberá informar a los representantes de las personas trabajadoras de los cambios de ubicación de las cámaras con una antelación mínima de 24 horas. Esta notificación podrá realizarse mediante correo electrónico.

El procedimiento para la implantación de un nuevo sistema de rendimientos y/o modificación del existente ocupa igualmente la atención del convenio, de forma que para la implantación de un nuevo sistema de rendimientos en base a prima o incentivos, fijación de la actividad normal y óptima y cambio de los métodos de trabajo, se procederá de la siguiente forma: 1. La Dirección de la Empresa deberá informar previamente por escrito del nuevo sistema que se pretende implantar al Comité de Empresa o Delegados de Personal y a los Delegados Sindicales, si los hubiere, o representantes de las Secciones Sindicales de empresa. 2. En el supuesto de que no hubiese acuerdo entre la Dirección y los representantes de las personas trabajadoras, en relación con la implantación de un nuevo sistema de organización del trabajo, cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación de la Comisión Mixta o, ambas partes de común acuerdo, recurrir a un arbitraje de la misma, de conformidad con lo previsto en los artículos 104 y 105 del presente convenio colectivo y sin que ninguno de dichos procedimientos pueda exceder de quince días de duración. 3. No habiéndose producido el acuerdo exigido ni solicitado el arbitraje externo la implantación del nuevo sistema de rendimientos o de trabajo será facultad y decisión de la Dirección de la Empresa, con independencia de las acciones judiciales que correspondieran a los afectados, si interpretaran éstos que las modificaciones habidas lesionan sus derechos contractuales. En tanto en cuanto no se alcance acuerdo en procedimiento de mediación, o se dicte laudo arbitral o resolución judicial firme, se aplicará el nuevo sistema de rendimientos ordenado por la Dirección, todo ello de acuerdo con los plazos previstos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. 4. La implantación de un nuevo sistema de rendimientos comportará, si procede, la actualización de la evaluación de riesgos laborales.

III. La introducción y aplicación de nuevas tecnologías

En efecto, el Convenio se ocupa de algunos aspectos en esta materia, especialmente en la digitalización, de forma que cuando en una empresa se introduzcan nuevas tecnologías que pueden suponer para las personas trabajadoras modificación

sustancial de condiciones de trabajo, o bien un periodo de formación o adaptación técnica no inferior a un mes, se deberán comunicar las mismas con carácter previo a los representantes de las personas trabajadoras en el plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias en relación con: empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo, aspectos éstos sobre los que deberán ser consultados. Asimismo, se facilitará a las personas trabajadoras afectadas la formación adecuada y precisa para el desarrollo de su nueva función.

En el supuesto de que las nuevas tecnologías a introducir se basen en sistemas de inteligencia artificial (IA), la información a facilitar a los representantes legales de las personas trabajadoras se referirá, al menos, a las siguientes cuestiones: Sistema concreto de IA a implantar. Objetivos y razones para la implantación del sistema de IA. Evaluación de los posibles impactos en el empleo, especificando los puestos de trabajo que puedan verse afectados. Análisis de los posibles cambios en las condiciones de trabajo. Parámetros, reglas e instrucciones en los que se basen los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles, al objeto de evaluar su impacto sobre el empleo y las condiciones de trabajo.

También se ocupa de identificar el contenido y alcance de la inteligencia artificial. A estos efectos y de conformidad con el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, son sistemas de IA aquellos basados en una máquina que están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para esos objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los representantes de las personas trabajadores podrán emitir en un plazo de diez días un informe con sus observaciones y sugerencias sobre la implantación de la nueva tecnología o sistema de IA, que deberá ser valorado por la dirección de la empresa con carácter previo a proceder con la implementación. La introducción de nuevas tecnologías o sistemas de IA comportará, si procede, la actualización de la evaluación de riesgos laborales. Los sistemas de IA garantizarán que no se produzcan prejuicios ni discriminaciones y que el principio rector del mismo deberá ser el control humano. En todo caso, de producirse modificación sustancial de condiciones de trabajo como consecuencia de la implantación de nuevas tecnologías y sistemas de IA, deberá seguirse el trámite del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y lo previsto en el convenio colectivo.

IV. Prestación del trabajo a distancia

Algunas previsiones dedica a la organización del trabajo, particularmente al Trabajo a distancia y teletrabajo. Se remite a lo dispuesto en la legislación vigente en cada momento, actualmente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, así como a las especialidades contempladas en el convenio. De conformidad con lo dispuesto en la citada ley, el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo individual de trabajo a distancia en los términos previstos en el mismo.

El acuerdo individual de trabajo a distancia deberá respetar, en su caso, lo previsto en los Pactos de Aplicación a los que se refiere el artículo 1 del presente convenio colectivo o en los acuerdos de empresa que puedan suscribirse sobre esta específica materia con los representantes de las personas trabajadoras. Solo se considerará trabajo a distancia el realizado en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ésta, durante toda su jornada o parte de ella con carácter regular, quedando por tanto excluida de tal consideración la prestación de servicios en lugares ubicados fuera de las dependencias de la empresa como consecuencia de la actividad realizada (actividades en instalaciones de clientes o proveedores, desplazamientos que tengan la consideración de jornada efectiva, etc.). Para la modificación del lugar de trabajo inicialmente designado en el acuerdo individual de trabajo a distancia será necesario el acuerdo expreso de empresa y persona trabajadora .

Cuando el trabajo a distancia no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo será reversible tanto para la empresa como para la persona trabajadora, debiendo mediar el preaviso previsto en cualquiera de los acuerdos individuales o colectivos citados en el apartado 2 del presente artículo o, en su defecto, treinta días naturales. No obstante, en los acuerdos colectivos que puedan suscribirse sobre esta materia, se podrá contemplar la necesidad de mutuo acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa para la reversibilidad de esta situación tanto cuando el trabajo a distancia forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo como cuando no lo haga. En ausencia de representantes de las personas trabajadores no será exigible el acuerdo colectivo previo para que persona trabajadora y empresa puedan acordar esta cuestión.

En materia de dotación de medios, equipos y herramientas y compensación económica, aspectos a los que se refieren, respectivamente, los artículos 11 y 12 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, las partes firmantes del presente convenio colectivo consideran que, dada la heterogeneidad de actividades reguladas por el mismo, los espacios adecuados para su regulación son los acuerdos individuales.

Por último, las personas trabajadoras a distancia tendrán los mismos derechos colectivos que el resto de personas trabajadoras de la empresa y estarán sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de las personas trabajadoras o que prevean una representación de las personas trabajadoras. A estos efectos, salvo acuerdo expreso en contrario, dichas personas trabajadoras deberán ser adscritas al centro de trabajo de la empresa más cercano a su domicilio en el que pudieran estar funcionalmente integrados o a las oficinas centrales de la empresa si ésta es la práctica existente.

Las empresas, cuando se den las circunstancias para ello por cambios en la situación preexistente, o anualmente a solicitud de los representantes de las personas trabajadoras, informarán de los puestos de trabajo susceptibles de realizarse bajo la modalidad de trabajo a distancia. Los representantes de las personas trabajadoras podrán emitir un informe en el plazo de diez días con sus observaciones y sugerencias en esta materia, que deberá ser valorado por la dirección de la empresa

Poder de dirección, negociación colectiva y jubilación parcial. Análisis de la STS 510/2022, de 1 de junio¹

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

Doctor en Derecho

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

I. Antecedentes

La sentencia objeto del presente comentario se pronuncia sobre el alcance del poder de dirección y las facultades empresariales en relación con la regulación, contenida en el convenio colectivo para el personal laboral de una Administración pública, sobre el acceso por dicho personal a la jubilación parcial anticipada. La regulación convencional, recogida en el art. 86 del “Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta”², establecía que *“El personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio podrá acceder a la jubilación parcial, en los términos y condiciones que establezca la normativa vigente”*.

La actuación empresarial cuestionada estaba constituida, por un lado, por una “Nota Informativa” de la Dirección General de Función Pública de la Administración autonómica, bajo el título “Contratos de jubilación parcial y de relevo en el ámbito de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y sus organismos autónomos”, que recogía una serie de criterios en materia de jubilación parcial, así como una “nota interna” de la Gerencia de Servicios Sociales, dependiente de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Comunidad Autónoma, referente a los criterios a seguir en los procedimientos de gestión iniciados a instancia de parte sobre el acceso a la jubilación parcial de sus trabajadores.

¹ En memoria y homenaje al Prof. D. Alfredo Montoya, maestro de tantos juristas y, sobre todo, excepcional persona.

² Boletín Oficial de Castilla y León de 28 de octubre de 2013.

Dichos criterios eran los siguientes: a) el primero es que no se pueden concertar en jornadas completas la jornada del relevo, “*Por lo que con carácter general, las personas que accedan a la jubilación parcial harán media jornada al día y el relevista la otra mitad*”, b) el segundo de los criterios es el referente al calendario laboral del relevado y relevista, que deberá de ser negociado año tras año la distribución de la jornada de estos dos trabajadores, pudiendo variar de un año a otro, c) el tercer criterio es el de la formalización del contrato, y su inclusión de un clausulado adicional donde se recoja que el horario laboral se revisará cada año en la negociación de los calendarios laborales; y d) el cuarto y último criterio es relativo al procedimiento a seguir en la solicitud y gestión de la autorización de jubilación parcial.

Estas actuaciones de la empleadora tuvieron lugar tras el nuevo criterio aplicable desde el 1 de enero de 2018 en materia de cálculo de la correspondencia entre las bases de cotización del jubilado parcial y del trabajador relevista exigida en el art. 215.2.e) LGSS.

Estos instrumentos fueron impugnados por una organización sindical, por considerar que las mismas infringían los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución, referentes al derecho a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia en relación a los artículos 3.1 ET referente a las fuentes de la relación laboral y la exclusión de las instrucciones dadas por el empleador en el ejercicio del poder de dirección, 5 ET referente al cumplimiento de las instrucciones dadas por el empleador al trabajador y 20 ET referente al poder de dirección del empleador, así como del art. 8 del convenio colectivo sobre “Poder de dirección”³, La demanda interpuesta fue desestimada por la STSJ CyL (Valladolid) 26 julio 2019 (Rec. 3/2019), contra la que se interpuso recurso de casación, que es resuelto por la sentencia objeto del presente comentario.

II. La pluralidad de sujetos intervinientes en la constitución de la jubilación parcial anticipada

La jubilación parcial es una institución compleja, no exclusivamente de Seguridad Social, en la que confluyen diversos objetivos, como son el fomento del empleo, el retiro progresivo y la flexibilidad en la gestión del trabajo en la empresa⁴, y en la que también resultan trascendentes los condicionantes financieros del sistema de Seguridad Social⁵. Recuérdese que, como destacaba el Prof. Montoya, la estructura contractual de la jubilación parcial anticipada, figura introducida por la Ley 32/1994, sigue integrándose de dos elementos: a) un trabajador que reúne las condiciones para

³ En cuya virtud “*De acuerdo con las disposiciones vigentes, la organización del trabajo es facultad exclusiva de la Administración, y su aplicación práctica corresponde a los titulares de las Jefaturas de las distintas Unidades, Centros y Servicios de la misma, sin perjuicio de los derechos y facultades de audiencia, negociación e información reconocidos a los trabajadores en la legislación vigente*”.

⁴ SÁNCHEZ-URÁN, AZAÑA, YOLANDA, “Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 18, 1999, p. 196.

⁵ Sobre la incidencia de tales condicionantes en la viabilidad de los sistemas de Seguridad Social, LLORENTE ÁLVAREZ, ALBERTO, “¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 213, 2018.

obtener pensión contributiva de jubilación (salvo la edad) pacta con su empresario la conversión de su contrato en otro a tiempo parcial, reduciendo su jornada y salario y completando la reducción salarial con la pensión; b) la jornada dejada vacante es cubierta por un desempleado o trabajador con contrato temporal, contratado al efecto mediante contrato de relevo⁶.

De este modo, la jubilación parcial anticipada involucra a diversos sujetos, que son la entidad gestora de la Seguridad Social que reconoce la jubilación parcial, el trabajador que se jubila parcialmente y la empresa que debe celebrar un contrato de relevo. A este respecto, la redacción vigente del art. 12.6 ET⁷ afirma que *“Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes, la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo”*, de manera que la celebración de dicho contrato de relevo por la empresa constituye una condición necesaria para el acceso a la jubilación parcial anticipada. La redacción anterior del precepto afirmaba que *“Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial [...] deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario [...] y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo”*. En todo caso, la supresión del inciso relativo a que el trabajador debería acordar con la empresa una reducción de jornada y salario no afecta a lo que va a exponerse, por cuanto el art. 210.2 LGSS exige para el acceso a la jubilación parcial anticipada que tenga lugar una reducción de la jornada de trabajo comprendida entre el 25% y el 75% y, como se advierte, el art. 12 ET sigue requiriendo que la empresa concierte un contrato de relevo. El art. 12.8 ET, por su parte, dispone que *“En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo”*⁸.

Del régimen expuesto resulta que el trabajador no dispone de un derecho a imponer al empresario la aceptación de la jubilación parcial. El acceso a la jubilación parcial (anticipada) implica para el empresario la adopción de medidas organizativas de su actividad, al tener que adaptar la jornada del jubilado parcial y celebrar un contrato de relevo e incorporar a otro trabajador a la empresa para cubrir la parte de jornada dejada vacante por el jubilado parcial, y además supone para el empresario la asunción de determinadas obligaciones durante el desarrollo de la jubilación parcial (conforme al art. 210.2 LGSS) cuyo incumplimiento puede determinar importantes responsabilidades. Teniendo ello en cuenta, la jurisprudencia ha venido reconociendo que el empleador no se encuentra obligado a la novación automática del contrato existente entre las partes y a la suscripción de otro a tiempo parcial, si no media un acuerdo previo entre partes (SSTS 22 junio 2010 (rec. 3046/2009) y 5 octubre 2010

⁶ MONTÓYA MELGAR, ALFREDO., *Derecho del Trabajo*, 38ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 594.

⁷ Redacción dada por el art. segundo del RD-ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.

⁸ Idéntica previsión en el art. 12.7.e) ET en la redacción anterior al RD-ley 11/2024, de 23 de diciembre. Sobre estos incentivos, BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO, en BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO y DEL VALLE DE JOZ, JUAN IGNACIO, *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2013, p. 356 y ss.

(rec. 692/2010), entre otras). Ahora bien, de no mediar acuerdo entre el trabajador que pretenda jubilarse y su empleadora, la posible obligación empresarial podría derivar de las previsiones que a tal fin pudieran contenerse en convenio colectivo, en el bien entendido de que se ha aceptado la existencia de un derecho perfecto de la persona trabajadora para acceder a la jubilación parcial (y la consiguiente obligación empresarial) cuando la regulación convencional es inequívoca, de manera que si el convenio colectivo recogía el compromiso empresarial de atender a la petición del trabajador relativa a la jubilación parcial, siempre que concurriesen los requisitos legales exigidos, la citada regulación convencional imponía a la empresa la obligación de acceder a la solicitud del trabajador y cumplimentar las formalidades necesarias para que pudiera jubilarse anticipadamente (STS num. 793/2024, de 30 de mayo).

Tratándose, como en el presente supuesto, de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (no así para el personal funcionario o estatutario), no existen obstáculos jurídicos para que puedan acceder a la jubilación parcial, más allá de los que se refieran a los aspectos organizativos de cada una de dichas Administraciones. En todo caso, ello dependerá, en los términos expuestos, del acuerdo al respecto con el empresario, en el presente supuesto, público, o, en su caso, de lo que se haya acordado en pacto colectivo.

III. EL PODER DE DIRECCIÓN EN RELACIÓN CON LA JUBILACIÓN PARCIAL

La sentencia comentada analiza, en primer lugar, si las notas o circulares controvertidas invadieron el espacio de la negociación colectiva. A tal fin, señala que el art. 6.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regula las instrucciones y las ordenes de servicio, prevé que *“Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”* y recuerda la doctrina de la Sala sobre el papel de dichas instrucciones o circulares, en relación con el poder de dirección del empresario, así como su papel respecto a la negociación colectiva (STS 11 junio 2008, rec. 17/2007). Conforme a dicha doctrina, el poder de dirección empresarial, establecido en los arts. 1, 5.c y 20.1 ET, se proyecta en la prestación de trabajo en la medida en que la actividad laboral está dentro del “ámbito de organización y dirección” del empresario (art. 1 ET), al que corresponde la dirección de la realización del “trabajo convenido” (art. 20.1 ET), dictando sobre el mismo las órdenes e instrucciones que estime convenientes y que pueden ser tanto de carácter general como de carácter particular; órdenes que el trabajador tiene, en principio, la obligación de cumplir (arts. 5.c) y 20 ET), sin perjuicio de la posibilidad de impugnarlas o de ejercitar el derecho de resistencia cuando éste resulte justificado. Pero, como aclara, el poder de dirección de la prestación laboral no debe confundirse con un poder regulador de la relación de trabajo puesto que las instrucciones de la empresa no son en nuestro ordenamiento ninguna norma, porque no forman parte del sistema de fuentes de ordenación de la relación laboral que define el art. 3 ET. No obstante, se afirma, no por ello, puede concluirse que este tipo de instrucciones son necesariamente ilícitas, pues las mismas pueden constituir un ejercicio legítimo del poder directivo empresarial, si bien hay que aclarar que no se trata ya del poder de dirección de la prestación laboral (art. 20 ET), sino del poder general de dirección en el marco de cualquier organización compleja y jerárquica. En efecto, las instrucciones definen criterios a los que se han de

atener, en virtud del principio de jerarquía, los órganos de la empresa al aplicar las normas convencionales y son así directrices internas que no crean derechos y obligaciones en el marco de la relación de trabajo, sino meras indicaciones u órdenes de actuación para los servicios de personal de la propia empresa. Es claro, por tanto, que las instrucciones del empresario no pueden ocupar el lugar del convenio colectivo, ni el de las decisiones interpretativas de la comisión paritaria; son solamente instrucciones internas sin eficacia reguladora de los contratos de trabajo.

En relación con esta doctrina cabe recordar que, como en su momento puso de relieve el Prof. Montoya, el poder de organización de que dispone la empresa constituye una simple facultad del poder de dirección⁹, de manera que el poder de organización es el mismo poder directivo, solo que a escala de empresa; su objeto, es, por tanto, la estructuración y ordenación laboral de la empresa¹⁰.

Examinando la actuación de la empleadora en el presente caso, la sentencia afirma que la Nota es una nota informativa, en la cual, tras constatar el nuevo régimen de cotización de los contratos de relevo a partir del 1 de abril de 2018, se plantea la idoneidad de celebrar nuevos contratos de jubilación parcial y de relevo debido al incremento de costes, que no están presupuestados, teniendo en cuenta, además, los límites presupuestarios establecidos por el art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017; destaca, en segundo lugar, que la Administración no está obligada legalmente a aceptar jubilaciones parciales ni a formalizar contratos de relevo y subraya que la Administración debe cohonestar la posibilidad de acceder a la jubilación parcial con el cumplimiento de la normativa estatal básica, razón por la que informa que la política sobre jubilación parcial de la Administración consiste en aceptar únicamente la jubilación parcial cuando se pueda prescindir del 25% del tiempo de trabajo del jubilado, en cuyo caso podrá formalizarse el contrato de relevo para la cobertura de otro puesto, cuya cobertura sea de urgente e inaplazable necesidad.

A partir de dicha toma de posición, afirma la sentencia, la Dirección General de la Función Pública recomienda, lo que descarta que estemos ante ningún tipo de imposición: 1) Que el trabajador, que pretenda acceder a la jubilación parcial, cumpla todos los requisitos legales. 2) Que la Administración valore las circunstancias precedentes y, c) Si se cumplen los requisitos antes dichos establece un procedimiento, dirigido a los órganos competentes, referido a la modalidad de contratación del trabajador relevista, la tramitación y prioridad en el acceso a la jubilación parcial en el ámbito de la Administración General y en los Organismos Autónomos, así como un sistema de seguimiento de la contratación. Así pues, es claro que, las instrucciones controvertidas se dirigen a los órganos competentes de la Administración, para informarles sobre la política sobre la jubilación parcial y la formalización de los contratos de relevo correspondiente, no estableciéndose ningún tipo de regulación sobre la materia que pretenda imponer directamente a sus trabajadores.

⁹ MONTAYA MELGAR, ALFREDO., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 113.

¹⁰ *Idem*, p. 114.

Sucede lo mismo, según la sentencia, con la Circular de la Gerencia de Servicios Sociales, que se limita a fijar criterios para la jubilación parcial, calendarios y procedimiento a seguir, dirigida expresamente a los centros de dirección afectados. La Circular precisa e identifica cuál es la política de la Administración en la materia y se informa de la misma a los responsables de los centros directivos. Debe descartarse, por tanto, que las circulares o instrucciones controvertidas contengan una regulación normativa sobre la jubilación parcial y los contratos de relevo, dirigiéndose a sus centros directivos para homogeneizar la aplicación de la política sobre ambas materias.

Sobre la base de que, como anteriormente se ha expuesto, el derecho a la jubilación parcial y la subsiguiente contratación de relevo no constituyen un derecho subjetivo perfecto del trabajador, puesto que está condicionado a que alcance un acuerdo con su empleador, la sentencia comentada afirma que es perfectamente lícito que la empresa, en el ejercicio de su poder de dirección, defina una política específica sobre la materia, que deberá aplicarse por sus centros directivos, cuando así lo aconsejen razones económicas y organizativas, como puede suceder cuando se produzcan solicitudes masivas de jubilación parcial y se incrementen, por ello, los costes de la Seguridad Social.

En cuanto a la afectación de las notas o circulares impugnadas sobre lo pactado en el convenio colectivo aplicable, la respuesta de la sentencia es negativa, por cuanto el art. 86 del convenio se limita a remitir, a los trabajadores, que pretendan acceder a la jubilación parcial, a la normativa vigente¹¹ y, acreditado que, las notas o circulares controvertidas se limitan a definir la posición ante las futuras solicitudes de jubilación parcial, para lo cual establecen un procedimiento a seguir por los órganos dependientes de la misma, la sentencia desestima el recurso interpuesto, afirmando que el ejercicio del derecho a la jubilación parcial no fue bloqueado, de ningún modo, por la Administración demandada.

IV. Valoración

La presente sentencia confirma la doctrina sobre necesidad de acuerdo entre la empresa y los trabajadores para el acceso por éstos a la jubilación parcial y el papel del convenio colectivo a tal efecto, clarificando el alcance del poder de dirección respecto de los aspectos organizativos que deben ser considerados a la hora de materializar dicho acuerdo y de realizar las actuaciones consecuentes para la constitución de la jubilación parcial.

¹¹ La doctrina de la sentencia ha de entenderse aplicable también en relación con la regulación contenida en el art. 117 del vigente convenio colectivo (Boletín Oficial de Castilla y León de 21 de junio de 2023), que establece lo siguiente:

“El personal incluido en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, previo acuerdo entre el trabajador-a y la Administración Autonómica, podrá acceder a la jubilación parcial, en los términos y condiciones establecidas en la normativa general de la Seguridad Social y sin que en ningún caso se modifique el sistema de acción protectora de la Seguridad Social.

[...]

La Administración Autonómica procederá a formalizar el correspondiente contrato de relevo, siempre y cuando sea viable dicha contratación”.



20

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Sobre el desaparecido despido por absentismo (Comentario a la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019)

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional*

Puede a primera vista sorprender que para este homenaje a Alfredo Montoya haya elegido comentar una sentencia del Tribunal Constitucional - la 118/2019- de la que no fue ponente -el ponente de la misma fue el magistrado Andrés Ollero-, y que, además, declaró la constitucionalidad de un precepto que sería luego derogado por el legislador, concretamente el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Pero tengo sólidas razones que avalan mi elección.

En primer lugar, el conocimiento del funcionamiento interno del Tribunal Constitucional. Está en la tradición del órgano de garantías el haber sido siempre un tribunal muy deliberativo, cuyas resoluciones normalmente son el resultado de las largas, sesudas y, por momentos, acaloradas deliberaciones, lo que ha contribuido decisivamente a su solvencia y “autoritas”. Por tanto, aunque las sentencias lleven la firma de un ponente, sus textos son materialmente y no solo formalmente un producto colectivo del pleno o de la sala. Por otra parte, cuando, como en el caso que nos ocupa, la sentencia versa sobre una cuestión de un concreto sector del Ordenamiento, los especialistas suelen compartir con el ponente el peso de la deliberación. Pues bien, cuando leí por primera vez esta sentencia intuí -intuición que luego he corroborado- el papel coprotagonista que Alfredo Montoya tuvo en su deliberación y factura final. Para quien tuvimos el privilegio de conocerlo bien, no resulta difícil leer el texto de la sentencia su mejor doctrina: equilibrada, temperada y siempre cabal.

La elección de glosar una sentencia sobre un precepto derogado tampoco es caprichosa. El legislador se cree a menudo omnipotente, demiúrgico, pero, como decía

Ortega y Gasset, la realidad que se ignora acaba por cobrarse su propia venganza. El problema del absentismo laboral es uno de los más graves problemas del país. Según datos de la encuesta European Labour Force Survey de Eurostat, España lidera en Europa el porcentaje de ocupados que se ausentan del trabajo por enfermedad, accidente o incapacidad temporal, alcanzando la cota del 4,1%, una cota que casi duplica la media europea¹. Según datos de Mutuas, el número total de procesos de baja por Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes entre los ejercicios 2023 y 2034 se ha incrementado un 6,93% y en los últimos diez años ha habido un aumento de un 121,55%². Desde el 2012, en efecto, las cifras se han multiplicado y aumentan año tras año. Un problema al que, por cierto, el Gobierno no deja día tras día de contribuir, la última aportación es del BOE del 30 de abril de 2025, con la Ley que reforma la regulación del Estatuto de los Trabajadores en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente.

Este escenario, resulta adecuado para valorar la sensatez de la doctrina contenida en la sentencia 118/2019 y también -por qué no decirlo- indirectamente la de los enfáticos votos particulares que quisieron deslegitimar la tesis de la mayoría³ y cuyo planteamiento verían luego corroborados por la intervención del legislador. Se ha vertido mucha tinta, quizás demasiada, sobre esta sentencia y sobre el precepto que enjuicia. Los sindicatos mayoritarios haciendo un alarde de desmesura llegaron a calificarla de “inhumana y despiadada”⁴. Pero los hechos son tozudos, los datos de absentismo están ahí y siguen “in crescendo”, y las recetas que se proponen desde los ámbitos críticos con el precepto derogado y con la sentencia no pasan de ser parches para un problema de mayor calado.

La sentencia que comentamos resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, que ponía en entredicho la constitucionalidad del art. 52.d) del Estatuto de los trabajadores, precepto que rezaba como sigue:

“El contrato de trabajo podrá extinguirse:

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”

¹ <https://umivaleactiva.es/blog/competitividad/noticia-absentismo/dynacontent/espaa-lidera-absentismo-laboral-incapacidad-temporal-europa-coste-1-4-pib>.

² <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2025/01/2025-01-23-Informe-de-Absentismo-Laboral-ITCC-2015-2024-en-Espana-y-la-Comunidad-de-Madrid.pdf> pág. 4.

³ El propio Alfredo MONTOTO reseñó en una editorial de la *Revista española de Derecho del Trabajo*, de título “Sobre el derogado art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores”, tanto “los argumentos centrales de la sentencia del Tribunal Constitucional que acordó desestimar la cuestión de inconstitucionalidad contra el precepto” como “los motivos del decreto-ley derogatorio de la norma” (*Vid. op. cit.* REDT, nº 229, Marzo 2020, págs. 13 y ss.).

⁴ Así lo recuerda M. A GÓMEZ SALCEDO, “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 441 (diciembre 2019), pág. 182.

A continuación el precepto enumeraba toda una importante serie de faltas de asistencia que no se computaban a efectos del párrafo anterior, a saber: 1) las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, 2) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, 3) accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, 4) paternidad, licencias y vacaciones, 5) enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, 6) las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género acreditada, y 7) las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

El órgano judicial promotor de la cuestión prejudicial focalizó su atención sobre las ausencias por enfermedad justificadas que la ley computaba a efectos de determinar los niveles de absentismo que eran causa de despido objetivo, por entender que el trabajador no puede ni debe evitarlas sin comprometer su salud. Para el mismo, tal regulación, podía ser contraria a los derechos a la integridad física (art. 15), al trabajo (art. 35.1 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues podía condicionar el comportamiento de los trabajadores que, temerosos de perder su puesto de trabajo, podían verse abocados a descuidar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio que no les era exigible y pudiendo incluso complicar la evolución de su enfermedad.

Para el juez impugnante, aunque el interés de combatir el absentismo laboral podía tener fundamento constitucional -el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada- cabía proteger estos derechos de forma igualmente eficaz por otros medios. En tal sentido, en su auto de planteamiento recordó que las ausencias por baja médica normalmente ya implican una merma económica para el trabajador, por sí misma desincentivadora, pues el subsidio por IT no siempre se devenga desde el primer día y nunca alcanza el 100 por 100 de la base reguladora. De otra parte, sostuvo -y es interesante señalarlo a la luz de las recientes reformas- que en los casos más extremos la relación laboral podía extinguirse bien por acceder el trabajador a la incapacidad permanente, bien por ineptitud sobrevenida.

En definitiva, para el juzgador en la regulación del despido por absentismo debían tenerse únicamente en cuenta las ausencias injustificadas que sí dependen de la voluntad de los trabajadores, pero no las ausencias por enfermedad, aún de breve duración, amparadas por baja médica expedida por los servicios médicos oficiales.

La fundamentación jurídica de la sentencia empieza por sentar la afirmación de que la regulación legal, como el propio órgano promotor de la cuestión había sostenido, persigue un interés legítimo, concretamente el de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador. Un interés cuyo fundamento constitucional se halla en la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE, que encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como “la defensa de la productividad”. “La naturaleza objetiva del despido regulado en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores obedece a la finalidad lícita

de eximir al empresario de la obligación de mantener una relación laboral - aquí veo yo la mano maestra del fino jurista que ha sido Alfredo Montoya- que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto; esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costos laborales que la empresa no tiene por qué soportar. El absentismo conlleva para el empresario un perjuicio de sus intereses legítimos, por la menor eficiencia de la prestación de los trabajadores que faltan a su puesto de trabajo de forma intermitente y con la periodicidad que el precepto legal indica, dados los costes indirectos e indirectos que suponen para la empresa”. Por ello, la Ley - recuerda la sentencia- lo combate no sólo con el precepto legal impugnado sino también con las previsiones contenidas en el art. 64 ET, que recoge el derecho del comité de empresa a ser informado trimestralmente sobre las ausencias al trabajo y sus causas y que le encomienda colaborar con el empresario para establecer medidas que procuren mantener e incrementar la productividad.

Fortalece su argumentación el Constitucional invocando, al amparo del art. 10.2 CE, la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, que resolvió una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art. 52.d) ET ahora al Derecho de la Unión Europea, concretamente a la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En dicha ST, el Tribunal de Justicia sostuvo que la finalidad del precepto, esto es, “combatir el absentismo laboral constituía una finalidad legítima a efectos del art. 2.2.b) inciso 1 de la Directiva, dado que se trataba de una medida de política de empleo”, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar que la medida legislativa no resultaba desproporcionada para alcanzar esta finalidad, verificación en la que había de hacerse teniendo en cuenta “en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo”.

Sobre la base de este presupuesto, que sitúa el debate en el contexto legal adecuado, el de la extinción del contrato por causas objetivas y, en ningún caso, en el del despido disciplinario, el Tribunal entra a examinar los distintos reproches que el órgano judicial realiza a la regulación legal:

1º) El primero es la vulneración del derecho a la integridad física del trabajador (art. 15), que aunque -dice el Tribunal- presenta una cierta conexión con el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), no puede confundirse con él.

Según la doctrina constitucional, “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal”, pero “no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma” (STC 160/2007 y STC 62/2007). De donde se deduce que no existe *ex art. 15 CE* una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud. Para que el art. 15 se vea afectado es necesario que nos encontremos ante “un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio

para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta“ (STC 62/2007).

En definitiva, para el Tribunal “para que pudiera apreciarse la vulneración del art. 15 CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador. En el supuesto del art. 52.d) ET no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que deriva ese riesgo o se produzca ese daño, puesto que se limita a autorizar el despido para el caso de que supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo”. Aquí la causa de despido - recuerda el Tribunal- no es estar enfermo el trabajador, sino el absentismo laboral, es decir, la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que haya tenido lugar en un determinado periodo de tiempo.

El elenco legal de ausencias no computables, entre las que se hallan los supuestos de bajas médicas prolongadas y los derivados de cáncer o enfermedades graves, permite al Tribunal concluir que “el legislador ha pretendido mantener un equilibrio - y de nuevo veo aquí la mano de Montoya- entre los intereses de la empresa y la protección a la seguridad y salud de los trabajadores, evitando que con la medida prevista en el art. 52.d) ET se produzcan situaciones injustas o efectos perversos”.

2º) El segundo precepto constitucional invocado por el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial es el derecho a la protección del derecho a la salud, reconocido en el art. 43 CE.

Para responder a esta alegación el Tribunal, recuerda inicialmente la ubicación del precepto entre los principios rectores de la política social y económica y su eficacia matizada, que no convierte sin embargo al precepto constitucional en una norma programática sino que obliga al legislador a regular las condiciones y términos que permitan a los ciudadanos acceder a las prestaciones y servicios sanitarios.

El auto de planteamiento de la cuestión insistía en la idea de que la regulación legal podía provocar el que los trabajadores, temerosos de perder su puesto de trabajo por su posible aplicación, decidieran acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad o disposición. Sin descartar que en algún caso la regulación pudiera producir este efecto, el Tribunal sostuvo que no podía afirmarse que con esta regulación el legislador estuviera desprotegiendo la salud de los trabajadores. “En ningún momento -dice la sentencia- incide el art. 52.d) LET en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del sistema nacional de salud que correspondan”.

De nuevo el equilibrio de intereses justifica la constitucionalidad de la regulación: “Mediante la regulación controvertida -concluye el Tribunal- el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”.

3º) El tercer precepto constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad planteada entendía lesionado por la norma legal es el art. 35.1 CE que reconoce el derecho

al trabajo, por entender que el interés legítimo que el 52.d) tutelaba podía protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios. Asimismo, el auto de planteamiento de la cuestión invocaba contra el precepto legal el tenor del art. 6.1 de del Convenio 158 de la OIT, conforme al cual “la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”.

Para el Tribunal ninguno de estos argumentos permitían llegar a la conclusión de que el art. 52.d) infringía el art. 35.1 CE.

Partiendo de su propia doctrina tanto sobre el contenido constitucional del derecho al trabajo, que, en punto a la extinción del contrato, se concreta en el derecho a no ser despedido sin justa causa, como de la establecida sobre la causalidad del despido, conforme a la cual “no corresponde al Tribunal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente determinar si la opción asumida por el legislador en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE”, hace el Tribunal tres afirmaciones:

- Primero, que la regulación legal no prescindía del elemento de causalidad del despido constitucionalmente exigible, sino que dotaba a la causa extintiva del contrato que regulaba, el absentismo laboral, de objetividad y certidumbre, determinando el número de faltas que acaecidas en un período determinado, facultaban al empresario para extinguir el contrato, abonando al trabajador la correspondiente indemnización.
- Segundo, que el elenco de ausencias al trabajo que el precepto legal excluía del cómputo a efectos de determinar si se alcanzaban los umbrales de absentismo merecedores del despido, era resultado de una ponderación de los intereses en conflicto, como ya había sostenido el propio Tribunal en su STC 125/2018, de 26 de noviembre.
- Tercero, que la decisión empresarial quedaba siempre sujeta a revisión judicial.

Afirmaciones sobre la base de las que sostuvo que no era “posible apreciar que la delimitación de la causa objetiva de extinción del contrato de trabajo que regula el cuestionado art. 52.d) ET vulnera el art. 35.1 CE, sin que a este Tribunal le corresponda enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles”.

Glosando esta valoración, la sentencia vuelve a retomar la idea del equilibrio de intereses que es el eje vertebrador de su decisión: El precepto cuestionado contiene, es verdad - viene a decir el Tribunal-, una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero este derecho no es absoluto ni incondicional y puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, como es el caso del derecho constitucional a la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa

de la productividad, que, aquí acontece, pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa.

Tampoco la alegación del Convenio 158 de la OIT convence al Tribunal, que por lo pronto recuerda que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad, y sostiene que la eventual contradicción de la Ley con el Convenio remite al control de convencionalidad. Ello no obstante, afirma que no aprecia contradicción entre el art. 6.1 del Convenio internacional invocado y el 52.d), pues entiende que el legislador ha hecho uso al redactar la norma del margen de configuración que le otorgan los arts. 1 y 4 del Convenio. Concretamente, este último precepto previene que cabe poner término al contrato cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre estas últimas- concluyó el Constitucional- había que ubicar la del art. 52.d) que combatía el absentismo y tutelaba la productividad empresarial. Esta incursión de la sentencia en el control de convencionalidad es, a mi juicio, uno de sus aciertos, pues aunque no aborda el necesario debate constitucional sobre esta institución y sobre la competencia del Tribunal Constitucional al respecto, en la medida en la que el Tribunal lo ejerce viene a desdecir y a superar la doctrina de la STC 140/2018 de 20 de diciembre, que afirmaba que este control quedaba extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podría no obstante, por la vía procesal del recurso de amparo constitucional revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias mediante el parámetro del artículo 24. 1 CE.

En la adecuada contextualización del art. 52.d) en la institución del despido objetivo que lleva a cabo la sentencia que comentamos radica, a mi juicio, la clave de su acierto. Contrariamente a lo que algunos han sostenido, el precepto no tenía naturaleza cuasi- disciplinaria o presuntamente disciplinaria, ni presumía un comportamiento irregular o fraudulento de los trabajadores ni mucho menos lo sancionaba⁵, lo que pretendía era proteger a la empresa de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación de un trabajador cuyo nivel de inasistencias al trabajo alcanzaba determinados niveles que el legislador consideraba inaceptables. Se trataba, en efecto, de paliar las consecuencias económicas negativas que, tanto en forma de costes directos como indirectos, tiene el absentismo para la empresa. El hecho de que entre las ausencias computables se incluyeran determinadas ausencias justificadas del trabajador no solo no contradice sino que corrobora el carácter objetivo de la causa de despido. Como en los demás supuestos del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, lo que el legislador pretendía es, no sancionar al trabajador, sino proteger a la empresa frente a situaciones sobrevenidas en las que la prestación del trabajador ha devenido onerosa en exceso, razón por la cual se acompaña al despido de un régimen indemnizatorio adecuado.

La mejor crítica de la Sentencia que comentamos, a nuestro entender, la hizo en su día el Tribunal Supremo, cuando por ST de 29 de marzo de 2022, rec. 2142/2020,

⁵ Tal es el planteamiento de J.L.MONEREO PÉREZ y S. GUINDO MORALES, en "Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7/2019, pág. 9.

estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado contra la sentencia de 17 de enero de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Como es sabido, esta última sentencia había literalmente ignorado la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, por entender que el control de convencionalidad correspondía a la jurisdicción ordinaria y que las manifestaciones al respecto contenidas en la sentencia constitucional constituían por consiguiente un mero “obiter dictum”. Y, ejerciendo este control de convencionalidad, había concluido que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores era contrario al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea, y al art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La sentencia del Tribunal Supremo, “merecedora de elogio por razones de forma y de fondo”⁶ como ha dicho la mejor doctrina, corrige estos planteamientos y corrobora y reafirma los controles de constitucionalidad y de convencionalidad llevados a cabo por el Tribunal constitucional, por cierto que asumiendo a plana y renglón los argumentos del Alto Tribunal que cita profusamente.

La sentencia empieza recordando que el Estatuto de los Trabajadores en su versión inicial regulaba el despido por absentismo justificado e intermitente en términos semejantes al 52.d) objeto de debate, que el convenio 155 de la OIT fue ratificado por España en noviembre de 1985 y el 158 en abril de ese mismo año, y que durante el prolongado lapso temporal transcurrido desde entonces numerosos y reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, al seleccionar la norma aplicable y ejercer el control de convencionalidad, habían rechazado que el art. 52.d) ET fuera contradictorio con dichos tratados internacionales.

A continuación, la sentencia examina uno a uno los preceptos de las normas internacionales invocadas para rechazar su pretendida contradicción con el art. 52.d):

- Sobre la pretendida contradicción del precepto legal con el art. 6.1 del Convenio 158, la Sentencia trae a colación un informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en la 321ª reunión, que la rechaza: “El Comité considera que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158 de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1”. Recuerda asimismo que tal fue el parecer del Tribunal Constitucional en la sentencia que glosamos y reprocha a la sentencia impugnada que “pese a la claridad del pronunciamiento del Alto Tribunal” la haya ignorado, afirmando. 1) que “el TC puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios para garantizar que no incurrir en error”, y 2) que “las resoluciones del Tribunal constitucional vinculan a todos los jueces y tribunales”.

⁶ J. GARCÍA MURCIA, “Despido por absentismo y control de convencionalidad”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm 5/2022, pág. 7.

- Abundando en la argumentación, la sentencia diferencia entre, de una parte, el art. 4 del Convenio que establece una regla general, y los más específicos arts. 5 y 6, señalando que este último regula la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, a la que da un tratamiento propio, remitiéndose expresamente a la legislación nacional o a los contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales. En definitiva, para el Tribunal el art. 52.d) no era contradictorio con el art. 4 del Convenio, “que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad”.
- Sobre la pretendida contradicción del 52.d) con los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen a los Estados miembros adoptar una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y daños para la salud, la sentencia, tras recordar que la STC nº118/2019 rechazó que el precepto legal vulnerase el art. 43.1 CE (protección a la salud) en relación con el art. 15 CE (derecho a la vida y la integridad física), señala que los preceptos internacionales alegados “no establecen un nivel de protección distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales” por lo que “por un elemental principio de seguridad jurídica” concluye en el mismo sentido que el Constitucional.
- Sobre la pretendida inadecuación del art. 52.d) al art. 3 de la Carta Social Europea, el Supremo reprocha al tribunal catalán que fundamente su resolución en una versión de la Carta Social Europea que, en el momento en el que se produjo el despido, no había sido ratificada por España ni publicada en el Boletín Oficial del Estado y pone de relieve que la versión de la Carta vigente hasta entonces se limitaba en su art. 3 a establecer el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene, de tomar medidas para garantizar su aplicación y consultar a los interlocutores sociales sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo. Por ello, el Supremo comparte la valoración del Constitucional y entiende que “no contradice el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el art. 52.d) ET”.
- Por fin, respecto de la supuesta vulneración del art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señala que aunque la STC nº118/2019 no se pronunció sobre la misma, tácitamente la rechazó pues de lo contrario no hubiese afirmado la constitucionalidad del precepto legal, y añade que la Convención “no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna, por lo que se trata de una controversia que debe considerarse resuelta por la sentencia del TC nº 188/2019”

En definitiva, como el Tribunal constitucional en su día, el Supremo consideró a la altura de marzo del 2022, es decir, cuando el art. 52.d) llevaba más de dos años derogado, que “el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna”.

Como ha sido señalado⁷, la declarada constitucionalidad del precepto hoy derogado permitiría al legislador recuperarlo y reintroducirlo en el Estatuto de los Trabajadores. Probablemente se haga necesario hacerlo, desde luego, no aisladamente sino junto a una amplia panoplia de medidas destinadas a afrontar el problema del absentismo, pues no podemos permitirnos los niveles hoy vigentes. Si así se hiciera, yo sería partidario de introducir algunos ajustes en la literalidad del precepto, abundando en la línea reformas que sufrió en el pasado el precepto derogado y que consistió en ampliar la lista de las inasistencias que no pueden contabilizarse. Creo, en efecto, que para satisfacer las exigencias de la jurisprudencia europea, muy señaladamente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto H.K. Danmark y de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero⁸, deberían incluirse entre las ausencias no computables las derivadas de una situación de discapacidad, incorporando al efecto la noción de discapacidad que resulta de la jurisprudencia del TJUE.

Aunque a algunos pretendan negarlo o ignorarlo, la Constitución española de 1978 es un texto que fue elaborado para que fuera un texto de todos, en el que todos cupiéramos, del que nadie pudiera sentirse excluido, por eso, aún al precio de la ambigüedad y la indefinición, en su texto han encontrado cobijo todos los intereses y su articulado recoge numerosísimos y complejos equilibrios, por eso su aplicación cabal pasa por atender y no ignorar esos equilibrios, por recrear el consenso que animó a sus redactores y evitar planteamientos maximalistas y excluyentes. Como resulta notorio, Alfredo Montoya Melgar fue en su vida un hombre equilibrado y ponderado, un jurista eminente, fino, riguroso y ecuánime, que tenía un acendrado sentido de la justicia, pero un no menos acendrado sentido de la realidad, reunía las condiciones óptimas para ser un gran juez constitucional y durante el tiempo que pudo ejercer sus funciones me consta que lo fue. La sentencia que he glosado y cuyo eje vertebrador es el equilibrio, la ponderación de todos - y subrayo el todos- los intereses en conflicto, es una prueba fehaciente de su buen hacer, que ojalá sirva de ejemplo e inspiración para las nuevas generaciones de laboristas.

⁷ M. CRESPI FERRIOL, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Ed Cinca, Madrid 2023, pág. 130.

⁸ Recuérdese que en el fallo de esta sentencia se decía que : “El artículo 2, apartado 2, letra b) inciso i) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

La primera nulidad implícita por despido según Decreto de 29 de febrero de 1936

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández*

I. La tensión Gobierno-Presidente de la República Española a causa de un decreto polémico

Dicen que, a veces, la historia se repite. Y, como no me gustaría que se reprodujera una situación como la que describiré a continuación trataré de resumirla en estas páginas para quedar advertidos. Por eso, aunque la presente obra trata de los problemas y manifestaciones actuales del poder de dirección del empresario, me remonto a un relato del pasado porque extiende sus tentáculos en el presente. Trata de la promulgación de un decreto apenas llegado al poder de la II República el denominado *Frente Popular*, en febrero del año bisiesto de 1936. Año anterior al nacimiento de D. Alfredo Montoya Melgar a quien con todo cariño le dedicamos estas páginas los que fuimos sus alumnos en los años en que impartió clases en el cuarto curso de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

Concretamente, me refiero al *Decreto relativo a la readmisión forzosa de los obreros, empleados o agentes que hubiesen sido despedidos por sus ideas o con motivo de huelgas políticas a partir de 1.º de enero de 1934*¹. Se trataba de la primera disposición legislativa de importancia del nuevo Gobierno, que, además, tenía naturaleza laboral.

El motivo que se invocaba para su efectiva aplicación fue el de los despidos motivados aparentemente por las ideas o las huelgas políticas de los trabajadores cesados. Ciertamente, a priori, no parecían motivos suficientes para un despido ni siquiera con el Código de Trabajo de 1931, entonces vigente, si no hay algo más. Por eso, y tratando de buscar una posición ecuaníme desde una perspectiva jurídica rigurosa,

¹ Gaceta de Madrid. Diario Oficial de la república. Domingo 1 marzo 1936, pág. 1762.

quisiera ahondar en esta cuestión ciertamente espinosa porque tiene, como se verá, un intenso trasfondo político.

Conviene recordar, que, en realidad, buena parte de los despidos tuvieron su causa en la violencia ejercida sobre los empresarios como consecuencia de la revolución que estalló en Asturias en octubre de 1934, entre otros acontecimientos revolucionarios de ese mismo año. Por esa razón muchos trabajadores se encontraban no solo sin trabajo, sino en la cárcel. Y es que, alcanzado el poder en febrero de 1936 el Frente Popular, no solo aplicó la amnistía a los que secundaron las huelgas acompañadas de actos violentos, sino que se obligó a los empresarios, mediante ese decreto, a la readmisión de todos los trabajadores afectados por tales acontecimientos. La patronal reclamó que la obligada readmisión de los obreros en la industria privada conduciría a la anarquía en las empresas, en las que el patrono perdería la autoridad (poder de dirección) indispensable para el mantenimiento de la necesaria disciplina, repercutiendo negativamente en la prosperidad económica.

Y es que, pese a la buena intención expresada en las palabras de la exposición de motivos del Decreto², no se aportaron en el mismo los fundamentos legales que justificaran su aplicación. Así lo reconocieron los propios impulsores del Decreto al ser preguntados por el propio Presidente de la República, D. Niceto Alcalá Zamora³, quien fue sometido por el Gobierno a presión para que lo firmara, alegando que no se podía responder del orden público sin ese decreto cuya responsabilidad asumía. De ahí, que el Presidente acabara firmando, no sin antes dictar un volante al subsecretario, manifestando lo sucedido⁴.

De manera que nos encontramos con dos Decretos de dos Gobiernos antagónicos, que legislan sobre una misma cuestión de cuyos contenidos parece oportuno indagar, a los efectos de conocer si la técnica jurídico-laboral aplicada en cada uno de ellos, con los ojos de entonces, fue la adecuada. Pues, es evidente que hoy día no tendrían un pase, especialmente, el último de los decretos publicados en aquél convulso período de nuestra historia.

² El Decreto comenzaba: «Deseo el Gobierno de poner término al estado de violencia producido por los hechos políticos y sociales que han perturbado el país durante este tiempo, y buscando la concordia y solidaridad nacionales que debe ser lograda con la práctica de una política de pacificación, no ha de omitir medio ni recurso alguno para que desaparezcan las causas de antagonismo e incertidumbre en la vida del trabajo, restableciendo entre todas las clases la normalidad y la confianza».

³ Según confiesa el propio autor de los diarios, en, ALCALÁ ZAMORA, N.: *Asalto a la República. Enero-abril de 1936. Los diarios robados del Presidente de la Segunda República*. La esfera de los libros. Madrid. 2011, pág. 227: «Manifesté entonces que el decreto significaba, por ilegal, inconstitucional y absolutamente nulo, un insólito abuso de poder, que seguramente ni el Tribunal de Garantías ni el Supremo podrían amparar».

⁴ En ese volante, el Presidente de la República, «manifestó al Gobierno que a su entender el decreto de 28 de febrero de 1936 (finalmente se firmó el día 29) sobre readmisión de personal de empresas debía someterse a la Diputación Permanente a seguir el curso de un proyecto de Ley. Y finalizaba dejando constancia de que «habiendo insistido el Gobierno en la necesidad absoluta y urgente de tal decreto por motivos de orden público y paz social, ha firmado éste» (ALCALÁ ZAMORA, N.: *Asalto a la República. Enero-abril de 1936. Los diarios robados del Presidente de la Segunda República*, cit. pág. 228).

II. Decreto sobre causas legítimas de despido de 1 de noviembre de 1934

Conviene recordar, que el Decreto de 29 de febrero de 1936 fue la contestación a otro Decreto de 1 de noviembre de 1934, dictado por el Gobierno conservador, que establecía en el artículo 1, como «causa legítima de rescisión de los contratos de trabajo toda huelga declarada por cuestiones ajenas al trabajo o sin someterse a los plazos fijados» en el artículo 39 de la Ley de los jurados mixtos, de 27 noviembre 1931⁵, o en los plazos determinados en otras leyes.

A diferencia del Decreto de readmisión forzosa de los obreros de febrero de 1936, se trataba de una disposición que dejaba al patrono la opción del despido. El preámbulo motivó razonadamente esta disposición, partiendo de que la ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, en su artículo 89, cláusula sexta, establecía como causa justificada de despido, las faltas repetidas o injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo. Sin embargo, reconocía que el artículo 91 de la propia Ley de Contrato de Trabajo establecía que las huelgas y paros de industrias no implicaban de por sí rescisión del contrato. Y entra de lleno en la causa por la que se dictó el Decreto, que fue la forma en que se llevó a cabo el derecho de huelga, «pues si se emplea tras el agotamiento de los procedimientos conciliadores que las leyes establecen, se usa debidamente; pero si se utiliza contraviniendo la Ley que lo regula y omitiendo las intervenciones legales que fijan los medios de conciliación y arbitraje, hay que dputar de abusivo su ejercicio»⁶. Y, finalmente, sentencia que «si toda huelga declarada sin el aviso reglamentario es ilícita, con más razón tendrá este carácter cuando con la misma no se persiga ninguna reivindicación profesional, sino que, al contrario, se proponga con ello la realización de un fin subversivo y revolucionario, atentatorio a la tranquilidad pública y a la seguridad del Estado».

El Decreto no abusa de la retroactividad, como sí hizo el Decreto de readmisión al retrotraerse a 1 de enero de 1934 incluso mucho antes del Decreto de 1 de noviembre de 1934. Este último, sin embargo, entró en vigor el mismo día de su publicación, con iguales efectos, sin afectar a situaciones anteriores, lo que respetaba la seguridad jurídica de los trabajadores y patronos.

Y, en fin, aunque se eliminó la posibilidad de entonces, de que los Jurados mixtos de Trabajo tramitaran las reclamaciones de los trabajadores por sus despidos motivados por estas causas, nada les impedía acudir a los tribunales para defenderlas.

⁵ El título completo de la Ley era: Ley relativa a los jurados mixtos, del trabajo industrial y rural, de la propiedad rústica y de la producción y las industrias agrarias, de 27 noviembre 1931 o en los determinados en otras leyes.

⁶ En ese sentido añade que «si la huelga se declara por cuestiones ajenas al trabajo, convirtiéndola en manifestación cuyo derecho se rige por preceptos de índole distinta, si se declara prescindiendo de todo aviso a los Jurados mixtos de Trabajo, si no se siguen todos los trámites legales, (...) lejos de ser el ejercicio legítimo de un derecho, (...) implica una infracción ilegítima del contrato de trabajo, por falta deliberada y no justificada de asistencia al mismo, que *da derecho a su rescisión*, toda vez que un acto ilegal no puede ser estimado nunca motivo de justificación de la falta de asistencia».

III. Análisis del decreto de 29 de febrero de 1936 de readmisión forzosa de los obreros

La primera impresión, a la vista de la redacción del Decreto de 29 de febrero de 1936, es que se trató de una medida creada para contentar a los trabajadores que fueron despedidos desde hacía dos años, no tanto por sus ideas o por el ejercicio de huelgas políticas, como se quiso hacer ver en el Decreto, pues, la realidad es que fueron despedidos a causa de la violencia que ejercieron sobre la población, entre quienes se encontraban sus propios patronos. Por eso sorprende, que, con esta norma se pretendiera que muchos obreros, no solo fueran excarcelados y amnistiadas sus actuaciones, sino que, además, retornaran a sus puestos de trabajo⁷.

Entrando a fondo en el contenido de la norma, no solo no figuraban los fundamentos jurídicos sobre los que se apoyó la norma, porque la verdadera razón contrastada por los hechos fue que, viéndose el Gobierno amenazado, se vio en la necesidad de coaccionar al Presidente de la República para que firmara el Decreto⁸. Con ello, en lugar de utilizarse como instrumento de paz y de justicia, como proclamaba su preámbulo se utilizó más bien, como instrumento de venganza social y política⁹. Con ello, no era posible la búsqueda de una actuación equitativa con esta medida.

En esa búsqueda de la «concordia y solidaridad nacionales» se pretendía realizar una política de apaciguamiento, sin embargo, el instrumento utilizado fue la concesión de las reivindicaciones a los responsables de los disturbios bajo amenaza, con el pretexto de que fueron injustamente represaliados en la etapa conservadora¹⁰, perjudicando de forma notable a los empresarios.

⁷ Miquel Vidal y Guardiola, diputado en 1933 y 1936, denunciaba en su intervención parlamentaria en las Cortes, el 7 de mayo de 1936, que no solo se estaban readmitiendo a simples trabajadores, sino también a profesionales de la delincuencia y es posible que también a personas que tenían manchadas las manos de sangre, es decir incluso, en algunos casos, a auténticos asesinos y por supuesto a no pocos amigos de la propiedad ajena. Se estaba premiando a los trabajadores ineficaces o ineptos y castigando a los que, sin embargo, podían tener un cumplimiento estricto y responsable con su deber en su tarea laboral y con natural respeto hacia la empresa que les había contratado (LÓPEZ SÁNCHEZ, C. y MARTÍN MARÍN, F. J.: «El pensamiento social y la operativa de un ministro republicano de Trabajo, Sanidad y Previsión Enrique Ramos Ramos, la mano derecha de Manuel Azaña Díaz». *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política*, núm. 10 diciembre 2015, pág. 23).

⁸ Resulta inquietante, el relato que el propio Presidente de la República plasmó en su diario de 29 de febrero, cuando Azaña, Presidente del Gobierno le visitó para la firma del Decreto, y escribe refiriéndose a este: «sin discutir ni negar tampoco que *el Gobierno comete un delito*, confía en la absolución por las Cortes, donde ofrece aprovechar la oportunidad para proclamar que mi firma se ha obtenido bajo la *invocación coactiva de una suprema necesidad de orden social*» (ALCALÁ ZAMORA, N.: *Asalto a la República. Enero-abril de 1936. Los diarios robados del Presidente de la Segunda República*, cit., pág. 229).

⁹ DE LA CIERVA, R.: 1936. El Frente Popular triunfo y radicalización. Episodios históricos de España. Arc Editores. Madrid. 1997, pág. 67. Como apunta el autor, el decreto llegó a casos límite, como el sucedido en Toledo, en donde «la viuda de una víctima de la revolución se vio obligada a readmitir e indemnizar a los asesinos de su marido». En otros casos, cuando fueron readmitidos ocuparon el lugar del patrono, relegando a este a la condición de obrero.

¹⁰ El propio Ministro de Trabajo, Sanidad y Previsión, Enrique Ramos Ramos, expresó en el Parlamento: «...si queremos ser lógicos, si queremos utilizar argumentos lícitos en la polémica, tendremos que referirnos al despido de esos hombres que luego la república de ahora ha considerado y ha tenido como represaliados» (*Diario de sesiones de las Cortes*, de 7 de mayo de 1936, p. 640).

1. La obligación de readmitir a todos los obreros

El art. 1 del Decreto, comienza diciendo:

«Todas las entidades patronales, tanto las que tengan a su cargo la explotación y el funcionamiento de servicios de carácter público o asimilados por disposiciones legales, como las de índole privada, *se hallan obligadas*, desde la publicación de este Decreto, a readmitir a todos los obreros empleados o agentes que hubiesen despedido por sus ideas o con motivo de huelgas políticas, a partir de 1.º de Enero de 1934».

Desde una visión laboralista es claro que los despidos efectuados en ese largo período se consideraron implícitamente nulos por el decreto, ya que ni siquiera contemplaba la opción de sustituir la readmisión por una indemnización. Y así, en la práctica, por vez primera vez se declaran nulos por vulneración de derechos fundamentales¹¹ los despidos realizados a partir de la indicada fecha.

Por otro lado, se produce una situación inédita por inaudita, y es, no solo la obligación forzosa de readmitir a los trabajadores despedidos, que, de por sí resulta inquietante desde el punto de vista de la seguridad jurídica; es que se utiliza el instrumento de la retroactividad en su grado máximo¹², al afectar a despidos realizados hacía más de dos años. Concretamente a partir del 1.º de enero de 1934. De manera, que todos aquellos trabajadores, tanto de empresas públicas como de índole privada, que fueron despedidos “por sus ideas o con motivo de huelgas políticas” desde tal fecha, debían ser readmitidos por las empresas afectadas.

Sin embargo, siguiendo con la óptica jurídico laboral, el medio empleado para sustanciar la readmisión forzosa fue el decreto cuando debió hacerse por ley, como todos los protagonistas de esta historia reconocieron¹³.

Es evidente que se trataba de una obligación excesiva, establecida sin medida. Más parece el resultado de un impulso irracional que del uso de la cordura. Ni siquiera se establece un procedimiento iniciado por el trabajador despedido para reclamar su readmisión, sino que directamente se obliga a los empresarios a readmitir a los trabajadores despedidos por las ideas o por huelgas políticas, sin que, parece, deba el obrero aportar prueba alguna. De hecho, bastaba con que este considerara que sus ideas o su participación en huelgas políticas era la causa del despido para que no solo fuera obligatoriamente readmitido, sino que debía pagársele una indemnización a cargo del patrono.

¹¹ El despido nulo tiene lugar cuando se extingue la relación laboral por causas discriminatorias o, cuando se violan derechos fundamentales libertades públicas de la persona trabajadora afectada.

¹² La retroactividad en su grado máximo significa que la misma afecta a los efectos nacidos y ejecutados antes de la nueva ley, anulándose los efectos de la norma anterior.

¹³ En su visita al Presidente de la República, Azaña reconoció que la aprobación debía serlo por ley, en lugar de decreto, «ya que las obligaciones que impone y la retroactividad que se atribuye son manifestamente contrarias a las leyes de trabajo y a los códigos Civil y Procesal» (ALCALÁ ZAMORA, N.: *Asalto a la República. Enero-abril de 1936. Los diarios robados del Presidente de la Segunda República*, cit., pág. 229).

Asimismo, resulta sorprendente la simpleza del procedimiento de reclamación de la indemnización previsto para los obreros, pues, sencillamente, el artículo 2 del Decreto establece:

«Los obreros que se consideren comprendidos en los casos del artículo anterior, una vez readmitidos, dirigirán por escrito sus reclamaciones, en el plazo de diez días, contados desde la publicación de este Decreto, a los Delegados provinciales de Trabajo, bien directamente o por conducto de las Asociaciones obreras a que pertenezcan, indicando la fecha y causas de su despido, así como las demás circunstancias que en el mismo concurran, a los efectos de la indemnización fijada en el artículo 3».

Parece que bastaba con la mera manifestación escrita, sin exigirse otra prueba que acreditara las causas de su despido.

2. Cuantía y criterios de la indemnización

El artículo 3 del Decreto estableció junto a la obligación de readmisión, una indemnización, por la que debía pagarse a los obreros «por el tiempo que estuvieron privados del ejercicio de su profesión». La indemnización no podía ser inferior a 39 jornales ni superior al salario de 6 meses. Es evidente que, en algunos casos, se perdía la proporcionalidad debida, pues, si, por ejemplo, el despido lo fue una semana antes, parece excesivo que le tuviera que abonar, como mínimo, un salario de 39 días de salario.

La indemnización que debía entregarse al obrero una vez readmitido obedecía a los siguientes criterios:

- a) Naturaleza del empleo e importancia de la Empresa o del patrono.
- b) Tiempo que el obrero venía prestando sus servicios al ser despedido.
- c) Cargas familiares del trabajador.
- d) Ocupación eventual o fija que el obrero hubiese encontrado durante el tiempo de su despido.
- e) Las demás circunstancias del perjuicio ocasionado

Se trata de criterios ambiguos, pues no se determinaba cómo se decidía la importancia de la empresa ni las consecuencias, según fuera más o menos importante; no se valoraba el papel que juega el tiempo de antigüedad del trabajador ni el de las cargas familiares, ni tampoco la relevancia de estar ocupado, una vez fue despedido el trabajador, y dejó abierto un portillo que extremaba la inseguridad jurídica, como es el de “las demás circunstancias del perjuicio”. Con ello se planteaba otro problema no menor, como era el de decidir qué organismo debía aplicar semejante normativa, decantándose finalmente, mediante la creación de unas Comisiones u órganos que se encargarían de determinar el importe de las indemnizaciones.

3. Las Comisiones u órganos que señalaban las indemnizaciones

El decreto dispuso, que se iban a crear en cada capital de provincia, los que denominaron como “Comisiones u órganos” constituidos por vocales de los dos

sectores profesionales con la intervención de un representante del Ministerio de Trabajo. Cabría interpretar que esos dos sectores profesionales aluden a los representantes de patronos y obreros, pero no se concreta la forma de elección ni el procedimiento (artículo 2 del Decreto). Ciertamente, se trataba de una normativa precipitada y llena de improvisaciones. Tan solo se establece, a continuación, en el artículo 3 del Decreto, que tales Comisiones empezarán a actuar con toda urgencia, examinarán las distintas condiciones que concurran en cada caso a los efectos de señalar la indemnización, teniendo en cuenta el tiempo que estuvieron privados del ejercicio de su profesión, así como los criterios comentados. Fue el propio ministro, el que organizó las comisiones especiales compuestas por dos trabajadores y dos patronos bajo la presidencia de un funcionario del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión¹⁴, que se encargaron de establecer las indemnizaciones.

Otra cuestión importante a resaltar era que los fallos de las Comisiones especiales eran inapelables. Aunque cabe pensar que al igual que en el anterior Decreto de 1934 era posible recurrir ante los tribunales de justicia.

IV. Una reflexión final

No resulta extraño que Gobiernos de distinto signo, fieles a su concepción de lo que debe ser una legislación laboral regulen la normativa de forma acorde con sus convicciones. En el caso que traigo a colación, se producen graves perjuicios, especialmente, por la inseguridad jurídica que supuso para la patronal que, en 1934, siguiendo la normativa laboral promulgada por el Gobierno de turno despidiera a los obreros, y que dos años después, en 1936, a causa de otra norma laboral también promulgada por el Gobierno (de diferente signo), se encontraran en situación ilegal obligándoles a readmitir a los despedidos. Y todo ello siguiendo y aplicando la literalidad de ambas normas eminentemente contradictorias. En ese sentido, la Cámara de Industria elevó al gobierno sus quejas por aquellas disposiciones que «ponían en grave riesgo a muchas industrias y alegaban que en octubre de 1934 al rescindir los contratos de trabajo con los obreros huelguistas se limitaron a cumplir la ley tal y como había sido interpretada no sólo por el ministro de Trabajo en aquel entonces, sino por el propio ministro socialista en su resolución del 10 de febrero de 1932»¹⁵.

La reflexión a la que se llega es clara y no necesita demasiadas argumentaciones, porque puede servirnos para cualquier tiempo: se debe respeto a los ciudadanos y no cabe utilizarles, sirviéndose de ellos para imponer la ideología del poder aun a costa de perjudicarles, con regulaciones contradictorias o antagónicas que pongan en riesgo su seguridad jurídica.

¹⁴ Estos funcionarios pertenecían en Madrid a los escalafones del Ministerio y a los secretarios de Jurados Mixtos de Trabajo, y no tenían posibilidad de renuncia. Las resoluciones que dictaban tenían carácter inapelable y no requerían de motivación jurídica (Mariano González-Rothvoss, *La política laboral de los ministros españoles de trabajo*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1968, pág. 11).

¹⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, C. Y MARTÍN MARÍN, F. J.: «El pensamiento social y la operativa de un ministro republicano de Trabajo, Sanidad y Previsión Enrique Ramos Ramos, cit., pág. 20.

La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba ante la concurrencia de una incapacidad temporal

FRANCISCO JAVIER TOROLLO GONZÁLEZ

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

I. El período de prueba y el poder de dirección del empresario

Sin duda, el ámbito del poder de dirección del empresario constituye el núcleo conflictivo por excelencia en el Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Su delimitación y, tras este, su ejercicio legítimo, han sido las líneas de actuación que marcaron la intervención del Estado en la cuestión social. En la actualidad, en el encauzamiento de este poder la negociación colectiva cobra un especial protagonismo y, como no podía ser de otra forma, el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas en la Constitución Española (CE) y en los Tratados y Convenios Internacionales.

Como es sabido, dentro del ámbito del poder de dirección del empresario el período de prueba constituye una institución clásica que, desde su primer reconocimiento en la Ley de aprendizaje de 1911, le ha otorgado sino la más amplia libertad decisoria sí de un extenso margen discrecional para proceder a la extinción del contrato de trabajo durante su vigencia, mediante el desistimiento, esto es, libremente y sin alegar causa alguna. A diferencia de la resolución del contrato que requiere justificarse, al menos formalmente, en una causa asentada en un incumplimiento voluntario y grave del trabajador o en la concurrencia de una causa objetiva, el desistimiento no es una extinción causal. El legislador no exige en la extinción del contrato de trabajo en período de prueba una motivación concreta. Ambas partes son libres de extinguir el contrato de trabajo sin necesidad de alegar causa alguna e, incluso, sin necesidad de ajustarse a un procedimiento formal específico, sin perjuicio de que lo

recomendable es que se recurra formalmente a la comunicación escrita de esa decisión por motivos de prueba.

Así configurado, podría pensarse que el desistimiento constituye una potestad que favorece a ambas partes del contrato de trabajo. Y así es, pero sólo en supuestos muy específicos. En aquellos en los que el trabajador es muy cualificado. Cuando el trabajador no forma parte de ese grupo reconocido el período de prueba es una potestad que habitualmente utiliza sólo el empresario en el ejercicio de su poder de dirección y le permite la extinción del contrato de trabajo al margen de los requisitos formales y sustantivos propios del despido. Y es que, como apuntó el Prof. Montoya Melgar, el período de prueba es la institución laboral que “pone en manos del empresario un instrumento libre de resolución contractual del que el trabajador ya dispone genéricamente”¹.

II. El desistimiento del empresario durante el período de prueba: límites

El período de prueba se reconoce en el art. 14 del ET desde su origen en 1980. No obstante, no puede afirmarse que constituye un precepto ejemplificativo de una buena e inequívoca construcción semántica. No sólo utiliza indistintamente los términos de resolución y desistimiento², también reconoce los derechos al trabajador, como no podrías ser de otra forma, pero sólo “como si fuera de plantilla”, induciendo a confusión. Esta a su vez se ve incrementada cuando seguidamente especifica que durante su vigencia el contrato de trabajo no “producirá plenos efectos”. El precepto es breve, y genérico, como corresponde a todo posible derecho susceptible de un ejercicio abusivo³.

El art. 14 desde su versión originaria en 1980 se ha visto afectado por cuatro reformas laborales. No obstante, en ninguna de ellas se ha procedido a dotarle de una redacción técnicamente más precisa. Ello ha permitido, sino obligado, a que los órganos judiciales afronten la aplicación de la norma con una labor axiológica correctora y complementadora de esos desajustes conceptuales. Y el hecho de que su labor no haya generado una polémica especial, quizás, justifique la inacción del legislador que, pese a que haya reformado el precepto incluyendo nuevos derechos al trabajador, previamente reconocidos por la jurisprudencia, no se ha ocupado de corregir estas disfunciones⁴.

¹ Véase A. MONTOYA MELGAR: “*Derecho del Trabajo*”, Madrid, 1995, Decimosexta Edición, pág. 513.

² Uso equívoco de ambas instituciones que también se produce en el Derecho civil, como denuncia B. MORENO QUESADA en el prólogo al libro de C. RODRÍGUEZ MARÍN: “El desistimiento unilateral”, Madrid, 1992, pág. 8. Tal es el uso que también se realiza en el Derecho italiano, G. GABRIELLI y F. PADOVINI: *Recesso*, “Enciclopedia del Diritto, T. XXXIX, Giuffrè, 1988, págs. 27 y 28; G. Gabrielli: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, “Quaderni di Giurisprudenza Commerciale”, núm. 76, 1985, pág. 1.

³ El Prof. MONTOYA MELGAR en su tesis, “El poder de dirección del empresario”, IEP, 1965, Madrid, pág. 241 acertadamente ya advirtió que “El abuso de poder escapa, por su carácter fluctuante y casuístico, a toda posible regulación legal prohibitiva, quedando su estimación al arbitrio judicial”.

⁴ El art. 14 del ET ha sido afectado (1) por el art. 1 del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que recorta la duración del período de prueba para los contratos temporales y se actualiza el régimen de su interrupción, ampliándolo a otras situaciones relacionadas con la maternidad y la paternidad; (2) por la ley 11/1994, que prohíbe la reiteración del período de prueba del trabajador previamente contratado

Los órganos judiciales se han pronunciado sobre múltiples conflictos derivados del ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario durante la vigencia del período de prueba. Es tema muy amplio que permite una pluralidad de perspectivas⁵. No obstante, en esta ocasión, nos centramos exclusivamente en una: la que deriva de la primera sentencia del Tribunal Constitucional (STC) con la que se perfilan los límites que para el desistimiento empresarial impone el derecho fundamental a que el trabajador no sea discriminado por razón de sexo.

III. Antecedentes: la STC 94/1984, de 16 de octubre

La STC 94/1984 es la primera que se ocupa de valorar la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 CE. El TC asume el punto de partida previamente adoptado por la sentencia recurrida del extinto TCT de 30 de junio de 1983, esto es, que la Ley ha previsto una resolución del contrato de trabajo en el período de prueba diferente a la del despido, cuyas reglas y principios no le son aplicables y, específicamente, la necesidad de motivación. Ello, no obstante, no le impide advertir que cuando entra en juego un derecho fundamental, como puede ser el previsto en el art. 14 de la CE, la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba no ampara un desistimiento empresarial con resultados inconstitucionales.

En la citada STC 94/1984 se desestima el recurso de amparo de la trabajadora que vio extinguido su contrato de trabajo durante el período de prueba por dos motivos: uno, porque la Policlínica contrata habitualmente mujeres y, dos, porque la extinción de la relación laboral se produjo cuando la demandante en amparo ya no estaba embarazada por haber sufrido un aborto. Para el TC no es relevante el hecho de que, como consta en la sentencia de la Magistratura de Trabajo (que revocó la STCT, estimando el recurso de suplicación de la empresa), por parte de esta se procediera a realizar un test de embarazo a todas las trabajadoras en período de prueba.

IV. La STC 166/1988, de 26 de septiembre

El TC tiene la oportunidad de pronunciarse nuevamente, y por segunda vez, sobre la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba cuatro años después. Del recurso de amparo conoce la misma Sala 2ª del TC, pero no coincide ninguno de los Magistrados que integraban la comisión que dictó la STC 94/1984. Quizás ello ayudó a que el discurso en esta sentencia cambiase en su planteamiento y, a

por la empresa si va a desempeñar las mismas funciones; (3) por el artículo 2 del R.D.-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y (4) por la disposición final decimocuarta de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB.

⁵ De este tema también nos ocupamos, con mayor extensión con el título “Extinción del contrato en período de prueba” en el Homenaje que el Departamento de Derecho del Trabajo y, por extensión la Facultad de Derecho de la UCM, ofreció al maestro en el año 1996 en forma de Jornadas con un tema muy relevante: “Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar”, publicados en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, núm. Extra19, págs.325 y ss. Más recientemente, véase A. L. DE VAL TENA: “La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba” en RELJSS, 2021, núm. 2.

diferencia de su precedente, otorgase el amparo que se le solicitaba y revocase la STCT de 12 de mayo de 1987 que, como en el supuesto anterior, también estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa validando la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba sin necesidad de motivación alguna.

El presente conflicto se suscitó porque la trabajadora celebró con el INSALUD un contrato de interinidad por tres meses, con un período de prueba de quince días, para realizar tres sustituciones durante las vacaciones de verano en tres secciones diferentes: primero en cirugía y en el segundo mes en diálisis (del tercero no se da cuenta en la sentencia). No obstante, desde el primer día fue destinada a la sección de diálisis y en ese momento comunicó que estaba embarazada y solicitó ser trasladada a otra compatible con su estado. El séptimo día de vigencia del contrato de trabajo recibió la comunicación de su extinción por no haber superado el período de prueba. La Magistratura de trabajo de Madrid declaró el despido radicalmente nulo por discriminatorio por razón de sexo. En definitiva, consideró que la facultad resolutoria del INSALUD en el período de prueba tiene un límite: el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, si se invoca la violación de uno de ellos -y concurren indicios suficientes- debe acreditarse una actuación objetiva. Lo que no ocurre en el supuesto presente, pues “no existe una explicación razonable de por qué el INSALUD, al tener conocimiento de su estado y de su imposibilidad de prestar servicios en la Sección de Diálisis, no la destinó a cualquier otro que fuera compatible con su estado”.

La STCT, de 12 de mayo de 1987, estimó el recurso de suplicación de la empleadora, anulando la sentencia recurrida y absolviendo al INSALUD habida cuenta que como no consta como hecho probado que el Instituto tuviera otro puesto en sección distinta donde ubicar a la demandante, no cabe apreciar en su comportamiento actitud discriminatoria alguna, sino un correcto uso de la facultad resolutoria consagrada en el art. 14.2 ET. Obsérvese que con este razonamiento, y pese a los indicios de discriminación, el extinto TCT reposó en la trabajadora la carga de la prueba y no en la entidad empleadora que, no puede negarse, podía perfectamente haber acreditado la imposibilidad de haberla destinado a sección distinta compatible con su situación de embarazo por carecer de puesto libre.

La STC 166/1988 en su fundamentación toma un punto de partida completamente distinto a la de su precedente. Por lo pronto, manifiesta su “voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”⁶. Lo determinante para el TC es delimitar la facultad decisoria del empresario desde las perspectivas del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que reconoce el art. 14 de la CE y la de la igualdad material que impone el art. 9.2 de la CE y que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Y

⁶ Precisamente este el fundamento adoptado por la misma Sala segunda del TC en su sentencia 128/1987 para desestimar el recurso de amparo del varón no viudo que se siente discriminado frente a las mujeres en las ayudas de guardería que a estas dispensa en exclusiva el Instituto Nacional de Salud.

dado que ninguna explicación se trasladó a la trabajadora para no acceder a su petición de traslado y se procedió a la extinción del contrato mediante su desistimiento, no ha quedado acreditada una causa razonable que avalara la actuación de la empresa cuando está en juego el principio de igualdad y no discriminación o cualquier otro derecho fundamental. En esta sentencia la carga de la prueba recae sobre el empleador, no sobre la trabajadora, lo que es acertado y proporcional a la facilidad probatoria que ostenta cada una de las partes. Y, en consecuencia, exige al Instituto que aporte una causa objetiva y razonable para proceder a la extinción del contrato de trabajo y destruir cualquier sospecha de que con esta no se vulnera derecho fundamental alguno de la trabajadora embarazada.

Es precisamente esta doctrina la que abre una interpretación flexible y abierta del art. 14.2 del ET y, naturalmente, mucho más acorde al texto constitucional, limitando, en definitiva, esa originaria libertad del empresario de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba sin necesidad de acreditar la concurrencia de la causa que lo provoca, ni siquiera de expresar motivación alguna.

La sentencia supuso un gran avance de extraordinaria importancia en la delimitación del poder de dirección del empresario en su hasta entonces ilimitada facultad de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba. Desde entonces, cuando concurren indicios de vulneración de un derecho fundamental no cabe el desistimiento. Como ya adelantó el Prof. Montoya en su tesis doctoral: el poder de dirección del empresario no es un poder que puede ejercitarse arbitrariamente, pues “posee límites externos de observancia obligatoria”. Específicamente, “todos los derechos -reconocidos legal o convencionalmente- del trabajador suponen otras tantas fronteras al ejercicio del poder directivo del empresario”⁷. Fronteras que se delimitan, sin duda alguna, con los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas a todos los trabajadores, sin distinción de sexo u orientación sexual.

⁷ Cfr. A. MONTOKA MELGAR, “El poder de dirección del empresario”, cit., págs. 30 y 234.

Sobre los fundamentos y conceptos de la indemnización legal tasada del despido en el ordenamiento jurídico español

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Titular de la Universidad de Granada

I. A la persona de D. Alfredo Montoya Melgar

Tuve ocasión de conocer a D. Alfredo Montoya Melgar en una tesis doctoral que presidió en la Universidad Complutense de Madrid y pude confirmar, de primera mano, lo que muchos de sus brillantes discípulos me habían transmitido de él. En efecto, en este imponente escenario de máximo rigor académico, fui testigo de cómo un elegante señor, pulcro y de aspecto impecable, que presidía felizmente un tribunal de tesis doctoral y que se desenvolvía en el mismo de manera confortable, utilizando palabras muy adecuadas y dándonos una verdadera lección magistral, no solo sobre Derecho, sino de otras tantas materias que solo él era capaz de dominar, me confirmaba lo que me habían exteriorizado:

1. Que D. Alfredo Montoya Melgar era un verdadero Maestro (en los términos más amplios de la palabra): se ocupaba por sus discípulos, preguntaba cómo se encontraban, e, incluso, se preocupaba también de los familiares de los mismos a los que lógicamente conocía (lo que ya dice mucho de su liderazgo). Un Maestro de los de verdad, ocupado y preocupado por todo el elenco de brillantes discípulos que se habían reunido para seguir formando escuela: la prolífica escuela del prof. Montoya Melgar, Maestro de Maestros.
2. Pero también pude comprobar un rasgo que me resultó familiar y característico: reconocí en él, no solo a un brillante jurista (sin duda, uno de los mejores), sino un verdadero caballero de aquellos que por naturaleza actúan como tales. Y lo más bonito: sus discípulos, todos ellos, se reunían con él y charlaban felizmente, en un ambiente distendido, pero serio, en un

círculo profesional de admiración, pero también de amistad, en relaciones sanas y verdaderas, de aquellas que hacen legado como la escuela tan prolífica que nos deja el prof. Montoya Melgar.

Siendo justo y necesario reconocer su aportación, no solo académica (que es de una calidad importante e imponente), sino personal: la de tantos y tan excelentes “iuslaboralistas” que hoy recorren las aulas (y todos los rincones profesionales del mundo del Derecho y más allá) con una formación increíble, pero, sobre todo, de personas buenas que él ha formado y con los que hoy tenemos la fortuna de seguir compartiendo vivencias universitarias y personales, porque, ante todo, se ocupó de formar personas nobles y de buenos valores (y así lo demuestran sus todos sus discípulos).

II. Sobre los fundamentos de la indemnización tasada del despido

La indemnización por despido improcedente tiene fundamento en la presunción *iuris et de iure* del perjuicio que el empleador ocasiona al trabajador con su ilegítima conducta independientemente del daño real producido. En el derecho comparado¹, es costumbre que el juzgador que conoce del asunto establezca el importe a su juicio y prudencia -subjetivamente- teniendo en cuenta factores de conformidad con reglas objetivas localizadas en el ordenamiento jurídico. Elementos tales como la naturaleza del empleo, la antigüedad del trabajador, su edad, los derechos adquiridos, el salario, posibilidad de encontrar otro empleo, perspectivas de carrera, las singularidades del caso y las coyunturas en las que se encuentra el empresario y el empleado, así como la dimensión, facturación y naturaleza de la empresa o la realidad personal y familiar del trabajador. Al ser una suma que se deja a discreción del juez se ha de pretender la búsqueda del equilibrio objetivo-subjetivo con el que complacer a las partes. Pero en España, los daños derivados del despido improcedente -cuya reparación integral no es la finalidad de nuestro derecho- son tasados por la ley, lo que cierra el paso a posibles reclamaciones con fundamento en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil: esta es la razón por la que nuestra tradición jurídica ha acogido desde antiguo la concepción de la indemnización tasada *ex lege*².

Este método -que brinda certeza y predictibilidad³- va a permitir a los empresarios conocer con exactitud y antelación al dictado de la sentencia, el coste exacto que les puede suponer extinguir la relación laboral improcedentemente. Este sistema supone que, en el Derecho del Trabajo y en materia de despido, no resulten aplicables los criterios civiles en orden a la prueba y cuantificación de los daños causados por

¹ A diferencia del derecho español, en donde la compensación económica por despido improcedente se trata de una indemnización tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los perjuicios. ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido disciplinario*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2018, pp. 505 y ss.

² MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 523 y 524. MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, p. 86.

incumplimientos contractuales⁴. En el orden laboral, este régimen específico consistente en el derecho del empresario incumplidor a optar entre la readmisión del trabajador o la indemnización en los términos establecidos en el artículo 56.1 ET -tasada y sin posibilidad alguna de que el juez pueda valorar en cada caso los daños y perjuicios, ni fijar, por consiguiente, ni superior ni inferior cantidad que la establecida rígidamente por la ley⁵- se convierte en un sistema de baremación que unas veces puede beneficiar y otras perjudicar al acreedor⁶: en este caso, al trabajador, que por una parte se ve liberado de probar la existencia de tales daños y perjuicios -por presunción legal *iuris et de iure*, los daños y perjuicios se producen por la simple ruptura del vínculo-, y por otra, se ve privado de poder acreditar la superior cuantía económica del daño y perjuicio que tal extinción indebida del contrato le ha producido frente a los precedentes sistemas legislativos⁷. Alcanza así su expresión más significativa la monetización del despido⁸ y su reparación patrimonial⁹. En suma, “*no es legalmente posible, por tanto, en función de un despido improcedente, traer a colación la variedad de perjuicios causados, para pretender un incremento de la indemnización que la ley marca o para cifrar otra ajena a aquélla, pues dichos perjuicios, en toda su variedad, son considerados por el artículo 56 cuando establece las reglas para su cuantificación. Sólo si el régimen legal hubiera sido mejorado por convenio colectivo cabría el incremento de tal indemnización*”¹⁰.

Este distanciamiento de la regulación laboral del despido improcedente de la que, con carácter general, establece el Código Civil en materia de contratos, impide aplicar al despido no procedente la figura del abuso de derecho: de alguna forma, en muchos de los despidos declarados jurídicamente improcedentes hay -o puede haber- abuso de derecho por utilizarse una norma con fin distinto al que es consustancial, cuyo correctivo jurídico consiste en una indemnización tasada que tiene, como todo sistema, sus inconvenientes, pero también evidentes ventajas, siendo la ley -y no el juez- quién valora y decide¹¹.

⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 115.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 111.

⁶ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El despido: puntos para el debate”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2016, pp. 273 y ss.

⁷ STS 18 de julio de 1985 [RJ 1985, 3809].

⁸ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2001, *passim*.

⁹ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) et al: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 792.

¹⁰ STS 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7709]. En este mismo sentido, STSJ Aragón 10 de diciembre de 2013 [JUR 2014, 16176], STSJ Aragón 25 de enero de 2013 [JUR 2013, 115763] y STSJ Cataluña 26 de abril de 2012 [JUR 2012, 222528].

¹¹ STS 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7709].

La tutela contra el despido infundado se desprende del derecho al trabajo como bien ha exteriorizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el contenido normativo del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹². Por tanto, el derecho al trabajo abarca el privilegio a no ser privado injustamente del empleo¹³. El comité hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo, así como la obligación de adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios de empleo -públicos o privados- en los planos nacional y local¹⁴. En este mismo sentido, el Convenio número 158 de la OIT, en su artículo 10, no impone la readmisión forzosa, sino que establece el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada¹⁵. De igual modo, el artículo 24.b) de la Carta Social Europea revisada de 1996¹⁶, obliga a reconocer el derecho a una compensación adecuada a aquellos trabajadores cuyo contrato se extinguen sin una causa justa¹⁷. La precitada solución es sensata y justa siendo admitida por nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, el juez calificará la extinción de la relación laboral como procedente, improcedente o nula, inclinándose nuestra normativa por asignar al despido improcedente no la consecuencia de la nulidad de pleno derecho, sino otros efectos más dúctiles que se apoyan en el acogimiento de su validez como acto extintivo¹⁸. Por tanto, en nuestro derecho, el empleador que extingue la relación laboral sin justa causa, como regla general podrá inclinarse por readmitir o indemnizar al trabajador: el empresario tiene el derecho de optar, salvo supuestos específicos en los que la opción corresponde al trabajador, entre la readmisión del trabajador y la extinción del contrato mediante el abono de una indemnización, extinción que -señala la ley- se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo¹⁹.

¹² Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”*.

¹³ Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2006, apartado 6.

¹⁴ Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2006, apartado 26.

¹⁵ Artículo 10 Convenio número 158 de la OIT.

¹⁶ *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”*.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 700.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 517 y 518.

¹⁹ STC 84/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 84].

La condición de la justificación de la resolución laboral no disipa su trascendencia por el hecho de que el empleador pueda fracturar el vínculo laboral aún en escasez de justificación redimiéndose mediante el desembolso de una indemnización compensatoria. La antijuricidad de este derecho al trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico, puede quedar sancionada con la obligación de readmitir al trabajador o de indemnizarle. De la necesaria causa que acredite el despido no puede desprenderse que la exclusiva consecuencia jurídica sea la readmisión obligatoria del trabajador despedido injustamente. Jurídicamente, la desobediencia de este derecho también puede traducirse en el pago de una compensación de naturaleza sancionadora y disuasiva. Por tanto, no existe una verdadera protección del puesto de trabajo. Aun así, nuestra normativa puede imponer al empleador una readmisión forzosa con el propósito de preservar al trabajador frente a resoluciones laborales que transgredan principios fundamentales -nos referimos a los despidos nulos por discriminación o atentado a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador donde no cabe hablar de una libertad de desistimiento por parte del empresario-²⁰.

En el derecho español el carácter de la compensación por despido es, sin duda, una indemnización²¹, pues ésta posee finalidad correctora. Esta indemnización tiene el propósito de restituir la desavenencia del contrato de trabajo sin justa causa y no el menoscabo que la extinción pueda ocasionar. La indemnización atiende a finalidades de política social y económica, sin complacer al trabajador de los daños y perjuicios sufridos por la pérdida del puesto de trabajo²². Además, posee carácter punitivo y correctivo, condenando la arbitrariedad de resolver un contrato sin causa justa²³. La indemnización a cargo de la empresa se concibe como una cantidad que sustituye a la indemnización por daños y perjuicios, y que opera -si bien *ex lege*- como una cantidad económica que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia del despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios -aunque esta suma no se calcule en función de los mismos-²⁴. Por tanto, la indemnización que fija la ley es una especie de cláusula penal que posee una doble pretensión: por un lado, beneficiar al trabajador durante la situación de desempleo; por otro lado, neutralizar las consecuencias derivadas de la ruptura de la relación jurídica²⁵.

Pero el debate no se centra solo en considerar la pérdida de empleo como coste económico del empresario que ha ejecutado la ruptura arbitraria del contrato de trabajo, sino que también se produce una agresión empresarial que constituye un

²⁰ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 409.

²¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 532.

²² STC 6/1984, de 24 de enero [RTC 1984, 6].

²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 134.

²⁴ STC 6/1984, de 24 de enero [RTC 1984, 6].

²⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 410.

espacio de inmunidad del empleador, una suerte de patente de corso a cambio de una indemnización -a veces insignificante-²⁶.

La indemnización por despido no posee carácter salarial -no detenta la consideración de salario, ni integra la base de cotización²⁷-. De acuerdo con el artículo 26.2 ET, “*no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos*”. Por ello, al no poseer carácter salarial, no origina intereses de mora -artículo 29.3 ET²⁸-. Además, la indemnización posee la naturaleza de crédito privilegiado -artículo 32.3 ET²⁹- o de crédito contra la masa y crédito con privilegio general si el empleador se encuentra declarado en concurso³⁰. La indemnización legal es un mínimo de derecho necesario lo que significa que el convenio colectivo o la autonomía de la voluntad pueden incrementar el número de días de indemnización por año de servicios o acrecentar el número máximo de mensualidades que puede percibir el trabajador³¹. Pero de calificarse como cláusula penal la indemnización superior a la legal sería mitigada por el juez en virtud del artículo 1154 del Código Civil³². La indemnización legal no computa a los efectos del posible derecho del trabajador a divisar el subsidio de desempleo³³. Por otro lado, es un bien ganancial³⁴ y, en la cuantía que establece la ley, está dispensada del impuesto sobre la renta de las personas físicas³⁵. Es más, el *quantum* de la indemnización, al final, depende de los años de servicio en la empresa quedando convertida en una pura compensación económica por antigüedad en la

²⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009, p. 154.

²⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, p. 526.

²⁸ “*El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado*”. Este precepto se refiere al pago del salario, no a las cantidades extrasalariales.

²⁹ “*Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo*”.

³⁰ Al respecto, artículos 84.2.5º y 91.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³¹ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 113 y ss.

³² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 533.

³³ Artículo 215.3.2 TRLGSS: “*no obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica*”.

³⁴ STS 26 de junio de 2007 [RJ 2007, 3448]: la indemnización “*adquirió la condición de bien ganancial, puesto que se ha obtenido aun vigente la sociedad de gananciales*”.

³⁵ STS 4 de mayo de 2000 [RJ 2000, 4262]. En este sentido, STSJ Castilla-La Mancha 20 de enero de 2015 [AS 2015, 462]. *Vid.* artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

empresa³⁶. Asimismo, podemos confirmar que la tutela de resarcimiento del daño frente al despido ilegítimo es desigual: cuanto más débil es la posición del trabajador en términos de fijeza y antigüedad, superior es su exposición al despido e inferiores son las reparaciones que obtiene tanto de la indemnización como de la prestación por desempleo³⁷.

En España, el deber de fundamentar el despido y los abundantes costes para proceder a la extinción del contrato de trabajo traen como consecuencia la estabilidad en el empleo. Pese a las reformas el tratamiento sigue siendo muy rígido. En comparación con países de nuestro entorno la indemnización parece ser más elevada cuantitativamente: nuestra compensación por despido improcedente es superior a las indemnizaciones que prevén los ordenamientos jurídicos alemán³⁸ e italiano³⁹. Pero claro, la indemnización en España es más elevada si la comparación se realiza en base a los sistemas de cálculo de las indemnizaciones; por tanto, esta comparación económica es incorrecta: hay que estar a las cuantías reales. Un análisis comparativo de costes económicos cuantificado en semanas o meses es interpretado como de mayor coste económico del despido en España: se ofrece así, una visión parcial de la realidad⁴⁰. En muchos otros ordenamientos jurídicos, además de la indemnización tasada, es posible sumar una indemnización por daños y perjuicios -así ocurre con el ordenamiento jurídico francés⁴¹-. Si solo se tiene en cuenta la indemnización tasada, obviamente, la cuantía económica de nuestro ordenamiento jurídico será superior; sin embargo, como afirmamos, esta no es la realidad: en la mayoría de los sistemas jurídicos una parte de la indemnización queda sustentada y fundamentada al arbitrio o apreciación del juez. Asimismo, en nuestro país, la indemnización tasada es impasible a eventualidades tales como la dimensión de la empresa o los perjuicios reales que haya sufrido el trabajador. Igualmente, el sistema no se encuentra preparado para tener presente las percepciones de las “*stock options*” u opciones sobre acciones, de carácter aleatorio y cuya cuantía puede resultar desproporcionada⁴².

Desde una perspectiva económica se apuesta por configurar un sistema de despido con costes económicos más asequibles reduciendo el número de días de

³⁶ MONTTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, p. 525.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011, p. 145.

³⁸ Vid. § 9 y 10 de la Kündigungsschutzgesetz (KSchG) o Ley de protección contra el despido.

³⁹ Vid. artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

⁴⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pp. 245 y 246.

⁴¹ GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Cinca, 2007, pp. 131 y 132.

⁴² GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, pp. 411 y 412.

indemnización por año de servicio o el número máximo de mensualidades. Diferente sería la solución consistente en constituir unos topes mínimos y máximos, referidos al número de días de indemnización, concediendo al juez la facultad de considerar el cómputo preciso de la indemnización según el verdadero menoscabo del trabajador o la dimensión o circunstancias de la empresa⁴³. O podría precisarse un mínimo de mensualidades de indemnización incrementándose por el juez en razón de las coyunturas del caso⁴⁴.

En definitiva, la indemnización por despido detenta el deseo y la intención de reparar la pérdida de empleo⁴⁵, pero no los daños y perjuicios que ocasione la conducta del empresario sobre el trabajador. Es más, el trabajador tiene derecho a la indemnización por despido aun cuando no padezca ningún menoscabo. Además, el sistema de la indemnización tasada resulta rígido⁴⁶. Consagra seguridad jurídica pero

⁴³ Tal margen de apreciación ha existido en nuestro derecho en otros momentos. MONTOTOY MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 524 y 525.

⁴⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 414.

⁴⁵ A mayor abundamiento sobre esta temática, *vid.* GUINDO MORALES, S.: “Particularidades en las vicisitudes de la relación laboral”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. Extra 2 (Extraordinario), 2023, pp. 223-252. GUINDO MORALES, S.: “Sobre la cuantía indemnizatoria del despido a la luz del futuro Estatuto del Trabajo del siglo XXI”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 65, 2023. GUINDO MORALES, S.: “IA y automatización: por un trabajo con derechos”, AA. VV.: *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social: por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, Barcelona, Atelier, 2024, pp. 121-144. GUINDO MORALES, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021. GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020. GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020. Y, muy especialmente, GUINDO MORALES, S.: *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2020.

⁴⁶ Y así ha sido confirmado recientemente por el Tribunal Supremo. Sobre dicha problemática, *vid.*: ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.: “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 47, 2024. ALZAGA RUIZ, I.: “La concesión de una indemnización adicional por despido declarado improcedente en aplicación de lo dispuesto en la Carta Social Europea revisada”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 279, 2024. BALLESTER PASTOR, I.: “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2023. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Decisiones judiciales y “ruido”: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, núm. 166, 2023. CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2024. GARRIDO PALACIOS, M. Á.: “La indemnización adicional por despido improcedente en España: un análisis desde el control de convencionalidad”, *Iuslabor*, núm. 1, 2024. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor*, núm.1, 2023. GUINDO MORALES, S.: “¿Indemnizaciones adicionales en la improcedencia del despido?”, en AA. VV.: *Novedades y focos de conflictividad en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Comares, 2025. JIMENA QUESADA, L.: “La decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales UGT c. España de 20 de

también puede provocar injusticias en relación no solo a las consecuencias proyectadas sobre los trabajadores, sino también sobre los propios empresarios.

marzo de 2024: su obligado cumplimiento normativo y el respaldo explícito al subsidiario control de convencionalidad”, en *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 14, núm. 2, 2024. LAHERA FORTEZA, J.: “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, Brief AEDTSS, núm. 32, 2023. MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 469, 2022. ROJO TORRECILLA, E.: “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”, blog de Eduardo Rojo, 2022. SALCEDO BELTRÁN, C.: “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque”, Brief AEDTSS, núm. 33, 2023. VIVERO SERRANO, J. B.: “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, Brief AEDTSS, núm. 48, 2023.

Ampliación y límites a la facultad empresarial de extinción del contrato de trabajo por la eliminación del efecto extintivo inmediato de la declaración de incapacidad permanente

SUSANA BARCELÓN COBEDO

*Profesora Titular (Acreditada a Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Carlos III, Madrid*

I. Consideraciones generales

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 18 de enero de 2024 (C-231/2022)¹ ha cambiado el panorama en materia de extinción del contrato de trabajo. Lo ha hecho al declarar que el art. 49.1 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) era contrario a la normativa europea² al permitir la

¹ Concretamente la STJUE 18 de enero de 2024 resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares acerca de si el contenido del art. 5 Directiva 2000/78, conforme los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva. Véase el estudio realizado por AGUILERA IZQUIERDO, R. “La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total tras la STJUE de 18 de enero de 2024”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 272/2024.

² Específicamente al art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU. Cuya transposición al ordenamiento jurídico español se realizó a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre,

extinción inmediata del contrato de trabajo como consecuencia de la declaración de una incapacidad permanente sobrevenida, sin que el empresario estuviera obligado legalmente a realizar los ajustes necesarios y razonables para mantener viva la relación laboral.

La STJUE ha tenido como consecuencia la reforma del art. 49.1 del ET mediante la Ley 2/2025, de 29 de abril, que, además de modificar en coherencia el art.174.5 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante), ha alterado la letra e) de dicho art. 49.1 y, de forma, particular ha añadido una extensa letra n), en la que, en relación con la extinción del contrato debida a la incapacidad permanente, total o absoluta, del trabajador o a la gran incapacidad, se ha eliminado toda eficacia extintiva inmediata de dicha declaración por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para, en cambio, obligar a la empresa a realizar los ajustes que se consideren necesarios, siempre que sean posibles y que no supongan una carga excesiva para la empresa, precisando además cuándo se dan estas últimas circunstancias.

Una vez más, la jurisprudencia europea vuelve a marcar el ritmo de las reformas a nivel interno de las causas de extinción del contrato, aunque debe recordarse que la exigencia de realizar ajustes razonables con carácter previo a la extinción del contrato no es algo completamente novedoso. Por el contrario, ya se derivaba del marco normativo nacido a partir de la Directiva 2000/78; es más, en clave interna, ya estaba prevista en Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, RDL 1/2013)³.

II. La negativa de la supuesta automaticidad de la extinción del contrato

Hasta la reciente reforma del art. 49 ET era habitual calificar como automática la extinción del contrato como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente (en adelante IP), total o absoluta o de la gran incapacidad, presentándola como un acontecimiento en el que el empresario no tenía intervención alguna al considerar que

de medidas fiscales, administrativas y del orden social (sección 3.ª del capítulo III del título II). De este modo, la discapacidad como factor prohibido de discriminación fue introducida por la Ley 62/2003 que, como se sabe, añadió un apartado c) al contenido del art. 4.2 ET. A partir de entonces, y en relación con el trabajo, se reconoce que los trabajadores discapacitados tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo; o una vez empleados no serlo por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

³ RIVAS VALLEJO, P. “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2024, cuando señala que la necesaria reforma normativa planteada tras la STJUE de 18 de enero de 2024 resultaría, además, “compatible con la dicción del art. 200.2. 2º LGSS, en cuanto que este precepto dispone la revisión de la situación de incapacidad permanente en todo momento como consecuencia del ejercicio de un trabajo, por cuenta propia o ajena, a los solos efectos de valorar un posible cambio de la capacidad funcional, y no de extinguir la situación de manera automática. Convirtiendo, en consecuencia, la causa del art. 52 a) ET en la única habilitante de la decisión extintiva empresarial y, por consiguiente, con carácter indemnizado (esto es, la extinción por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa ya que la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento)”.

dicha extinción se producía de forma directa; tanto que ni siquiera era necesaria una comunicación por parte de la empresa a la persona trabajador en la que confirmara tal efecto extintivo, bastando por tanto con la comunicación por parte del INSS del reconocimiento de dicha incapacidad. Así se desprendía de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 142/2021, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:408).

Se trataba de un supuesto de una trabajadora, con la categoría de auxiliar domiciliaria, a la que se le reconoce la IP total para su profesión habitual, sin que en la resolución del INSS se previera la circunstancia, establecida en el art. 48.2 ET (y también en la versión modificada por la Ley 2/2025), de una posible mejoría que determinaría la suspensión del contrato durante dos años en vez de su extinción inmediata. Por lo que la STS concretaba, correctamente, que la cuestión se centraba en determinar si la extinción del contrato de la trabajadora requería o no comunicación escrita por parte del empresario y si la ausencia de dicha comunicación constituía o no un despido improcedente. Como se desprende de lo dicho, la empresa no trasladó ninguna comunicación extintiva a la trabajadora, limitándose a darla de baja en la Seguridad Social desde la fecha de efectos de la declaración del INSS.

Para la STS *“La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (...) que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años (...), no requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente”*. Es decir, considera que dicha extinción es automática (salvo en el supuesto del art. 48.2 ET), no abriéndose a la empresa ninguna posibilidad de intervención en el proceso que va desde la declaración de la IP a la extinción del contrato. Para sostener esta tesis, la STS acude al art. 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, de desarrollo reglamentario en materia de incapacidades en el Sistema de Seguridad Social (en lo sucesivo RD 1300/1995) que, en realidad, solo se refiere a la hipótesis del art. 48.2 ET y también al art. 6.4 del citado RD 1300/1995, en el extremo en el que indica que las resoluciones de los directores provinciales del INSS que reconocen las incapacidades son inmediatamente ejecutivas. Lo que, en cuanto a esto último, constituye un exceso interpretativo ya que su alcance afecta exclusivamente a la dimensión de protección social de la incapacidad, sin que deba necesariamente deducirse que esa ejecutividad inmediata también tiene un efecto laboral, como es la extinción directa y automática de la relación laboral.

Es cierto que, como declara la STS, el ET no impone ninguna formalidad a la empresa a los efectos de consolidar la extinción del contrato a consecuencia de la declaración de incapacidad; lo que sirve para rechazar que se trate de un despido improcedente por defecto de forma, entre otras cosas porque, de tener lugar esa comunicación empresarial, no se trataría de un despido ya que la extinción está provocada por la declaración de incapacidad. Pero esta ausencia de requisitos formales no implica que en algún momento no deba manifestarse por parte de la empresa su voluntad de hacer que el efecto extintivo se produzca, de manera que su carencia podría reconducirse a un mantenimiento tácito de la relación laboral por voluntad omisiva de la empresa, reconduciendo la extinción hacia un despido tácito.

Al margen de esta posibilidad, que la nueva versión del art. 49.1, n) ET lleva a un segundo plano, lo cierto es que la propia STS reconoce que es posible que el trabajador siga prestando sus servicios, pese a la declaración del INSS de la IP, realizando tareas distintas de las correspondientes a la profesión habitual que desempeñaba porque exista una obligación de adaptación establecida en convenio colectivo, en acuerdo contractual o, incluso, subraya el TS, por mera decisión unilateral de la empresa. Situaciones o alternativas de las que es independiente la declaración de IP del INSS y que, desde luego, frenan la eficacia extintiva de dicha declaración que solamente producirá sus efectos tras la imposibilidad de cumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones convencionales o contractuales de recolocación o ajuste o de la manifestación expresa de su falta de voluntad de proceder a dicho ajuste o recolocación. De aquí que debiera sostenerse, como hacía la Sentencia recurrida frente a la que se pronunciaba la STS citada, que era necesaria una manifestación empresarial en el sentido de dar viabilidad y eficacia a la declaración de incapacidad permanente⁴.

III. De la extinción automática al filtro de la obligación de la empresa y de la voluntad del trabajador

De compartirse el discurso anterior, la reforma del art. 49.1, n) ET por obra de la Ley 2/2025, tanto ha ampliado las facultades empresariales de intervención respecto de la relación laboral en el caso de una declaración de incapacidad permanente como las ha limitado. Ampliándolas en la medida en que, tras la declaración de IP o de gran incapacidad, la norma abre un espacio de tiempo de tres meses para la intervención del empresario respecto de la vigencia o no de la relación de trabajo. Pero, a la vez, condicionando esa intervención empresarial al no permitirle, sin más, trasladar, con pretensión extintiva, a la persona trabajadora el reconocimiento por parte del INSS de la incapacidad, al estar obligado a intentar en todo caso la introducción de ajustes razonables que permitan la continuidad del vínculo laboral. Aunque obviamente novado en lo que se refiere al contenido de la prestación, salvo que no exista puesto de trabajo vacante y disponible, adecuado al perfil del trabajador y compatible con la nueva situación de incapacidad. Intervención que, en todo caso, queda supeditada a la voluntad del trabajador a quien la norma concede diez días naturales desde la comunicación de la incapacidad para manifestar a la empresa su disposición a mantener la relación laboral; debiéndose entender, en caso de silencio transcurrido dicho plazo, que desea que la declaración de incapacidad surta sus efectos extintivos con las pertinentes consecuencias a efectos de la Seguridad Social.

Lo anterior implica de facto la eliminación de la automaticidad de la extinción del contrato de las personas que acceden a la situación de IP total, absoluta o gran incapacidad. Al tiempo que se condiciona la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora y a la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo o a la existencia de un puesto de trabajo vacante y disponible acorde con su perfil profesional y

⁴ Así lo hacía la STS de 12 de julio de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:15325) que declaraba que “Ciertamente, la incapacidad permanente total no opera efectos extintivos automáticos, ya que para que éstos se produzcan se hace necesario que el empresario decida tal extinción, fundándose en la causa que consagra el mencionado artículo, pues nada le impide acoplar al trabajador en puesto de trabajo, de distinta categoría, que fuera compatible con la incapacidad laboral para la profesión habitual”.

compatible con su nueva situación. En definitiva, la empresa únicamente podrá activar esta causa de extinción del contrato de trabajo cuando la adopción de las anteriores medidas suponga una carga excesiva⁵. Un cambio normativo que además se acerca, a la regulación contenida en la RDL 1/2013, respecto de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 35.1⁶ reconoce el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Equiparando la condición de discapacidad, a efectos del ejercicio de este derecho, a quienes tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran incapacidad. Ejemplo claro de la progresiva igualación a efectos de empleo de las situaciones de discapacidad y de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados⁷.

Por tanto, tras la reforma operada por la Ley 2/2025, la declaración de IP será causa extintiva de la relación laboral si, una vez intentados por el empresario los cambios oportunos del puesto de trabajo o la recolocación en otro distinto, no fuera posible dentro de los parámetros marcados en el propio art. 49 n) ET. Hay que recordar al efecto la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, (C-485/20) cuando señala que el concepto de ajustes razonables “implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario. De modo que sólo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos una vacante que el trabajador pueda ocupar”.

En conclusión, los cambios operados por la Ley 2/2025 constituyen, sin duda, un paso más en la política integradora de las situaciones de incapacidad y discapacidad en la esfera profesional y que, pese a no ser una novedad⁸, lleva necesariamente a reflexionar, aunque sea brevemente, acerca de sus implicaciones prácticas en el ámbito empresarial; esencialmente, porque como se ha visto, la opción del empresario para llevar a cabo la extinción contractual por dicha causa ha quedado muy condicionada.

IV. Ajustes razonables: alcance de la obligación para el empresario

Se ha repetido que el art. 49 n) ET únicamente abre la puerta a la posible extinción de la relación laboral en el caso de haber sido declarado incapaz permanente el trabajador, bien cuando no sea posible la realización de ajustes razonables o ello suponga para la empresa una carga excesiva; lo que se cuantifica teniendo en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos,

⁵ Vid. FABREGAT MONFORT, G. “Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente”, Sagardoy Legal News, abril/2025.

⁶ Modificado por la disposición final segunda de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

⁷ A lo que también se añade la Ley 15/2022 de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio).

⁸ A tal efecto se cita la STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero (C-270/16), que continúa la senda ya iniciada por otras Sentencias anteriores de protección de las personas con discapacidad en el ámbito de la relación de trabajo (baste citar, entre otras, STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05), o STJUE de 22 de julio de 2015, Daouidi (C-395/15)).

la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. De forma que dicha carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas⁹. También se materializará la extinción del contrato si no existe un puesto vacante compatible con la situación del declarado incapaz. En ambos casos, la extinción del contrato seguirá un trámite de urgencia, según la nueva redacción del art. 120 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, también modificado por la Ley 2/2025.

Una regulación que en el ámbito europeo ya recogía la Directiva 2000/78/CE destacando precisamente el protagonismo de las medidas de adaptación en la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad. En concreto, en su Considerando 21, la Directiva establece que las empresas deben adoptar las medidas adecuadas que permitan a las personas con discapacidades acceder al empleo, desempeñar su trabajo y progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para las empresas. Las medidas de ajuste incluyen la adaptación de las instalaciones, los equipamientos, las pautas de trabajo, la asignación de funciones y la provisión de medios de formación¹⁰. No obstante, hay que recordar que la Directiva 2000/78 no obliga al empresario a contratar o mantener en un puesto de trabajo e, incluso, a facilitar formación 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, claro está, de la obligación de realizar los ajustes razonables para la persona con discapacidad. Lo que en la práctica se traducía, en reiteradas ocasiones, en el hecho de que, una vez adoptadas por parte del empresario las medidas oportunas para que el trabajador discapacitado pudiera seguir desempeñando su actividad profesional, caso de seguir la imposibilidad aquél, el empresario podría despedirle; despido, que bien podrá ser calificado de procedente o de improcedente, pero no de nulo por discriminación por razón de la discapacidad ya que la causa resolutoria habrá sido desplazada por el intento real de llevar a cabo las distintas y sucesivas medidas tendentes a la readaptación de la concreta situación del trabajador discapacitado¹¹.

⁹ Asimismo, concreta el concepto de carga excesiva en el caso de empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadores cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes: a) La indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1; b) o seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación.

¹⁰ E, igualmente, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, reconoce que la discapacidad es un concepto en permanente evolución, resultado de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras sociales que evitan su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones con las demás personas. El artículo 27.1 de esta misma norma obliga a los Estados a garantizar que las empresas realicen los ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad el ejercicio de su derecho al trabajo, incluso para las personas que accedan a la situación de discapacidad con posterioridad al inicio de su actividad profesional.

¹¹ Entre otras, STS 194/2018 de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:757).

Sin embargo, la regulación prevista en el articulado de la RDL 1/2013 ofrece ya un panorama distinto que es, en esencia, el que ahora recoge el art. 49.1, n) ET¹². Todo ello, claro está, en el marco de la obligación empresarial relativa a la adopción de las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

En todo caso, es preciso subrayar que el art. 63 RDL 1/2013 califica como conducta discriminatoria que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad “cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”. Lo que, sin duda, permite calificar de despido nulo la extinción del contrato cuando existan incumplimientos empresariales de los ajustes razonables. La aplicación de lo anterior al supuesto que ahora ocupa permitiría igualmente calificar de despido nulo por discriminación (ex. arts. 53.4 y 55.5 ET) la extinción del contrato si, por parte del empresario, no ha habido la correspondiente adopción de esos ajustes razonables o cambio de puesto de trabajo del trabajador, tras haber sido declarado incapaz y solicitar reincorporarse.

Es evidente que con los cambios operados la posición del trabajador declarado incapaz permanente se ha clarificado y fortalecido en la empresa, otorgándole la decisión última acerca de su posible o no continuidad en la empresa. Si bien, no podía ser de otra manera, siempre bajo el escudo empresarial de la imposibilidad, eso sí, real y efectiva, de que los ajustes a realizar no resulten excesivos. Cabe subrayar, adicionalmente, que el papel de los servicios de prevención se acentúa porque, como señala el propio art. 49.1, n) ET, a estos corresponderá determinar, previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora. Debiendo hacerse remisión a la elaboración legal, jurisprudencial y doctrinal referida a los trabajadores que hayan sido calificados, a efectos preventivos, como especialmente sensibles en la correspondiente evaluación de riesgos, de conformidad con el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de riesgos laborales. Dando paso, para el supuesto de que no quepa esa adaptación, a otros mecanismos que configuran

¹² LAHERA FORTEZA, J. se refiere a esta cuestión en el trabajo: “Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente”, Brief AEDTSS, 60/2025 considerando que esta ausencia de remisión se agrava porque se incorpora al art.49.1, n) ET el “cambio de puesto de trabajo” compatible con la situación del solicitante como opción no se sabe bien si alternativa o acumulativa al intento de ajuste. Así como la ausencia, ni siquiera en forma de voluntad política, de un plan de ayudas públicas a los ajustes de puestos de trabajo de las empresas en estas situaciones de incapacidad permanente, en consonancia con el planteamiento del art. 66.2 RDL 1/2013, que tiene en cuenta esta variable para evitar conductas discriminatorias.

el poder de dirección del empresario como son, la movilidad funcional del art. 39 ET, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); quedando, como último recurso, la extinción del contrato (arts. 49 y ss ET).

La Flexibilidad en la terminación del contrato de trabajo por razones económicas como medida derivada del poder directivo y organizativo empresarial

SARA GUINDO MORALES

*Profesora Contratada Doctora indefinida (acreditada a Titular)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

*“La prolongada tendencia al ensanchamiento de los poderes empresariales unida a la no menos consolidada tendencia a la moderación salarial, a la facilitación de la movilidad funcional del trabajador en la empresa, al abaratamiento del despido (todo ello sin hablar de la imparable reducción de la protección a cargo de la Seguridad Social), tales circunstancias inducen a una conclusión pesimista sobre el papel que hoy toca cumplir al Derecho del Trabajo”¹
(ALFREDO MONTOYA MELGAR)*

Las últimas y recientes reformas laborales han flexibilizado los despidos objetivos por causas empresariales y los despidos colectivos² en el sentido de facilitar los mismos, de manera que dejen de ser una medida de carácter extremo, utilizable únicamente en circunstancias sobrevenidas, graves y extraordinarias, esto es, irreversibles, para convertirse en un instrumento más ordinario de la gestión empresarial³.

¹ MONTOYA MELGAR, A.: «Crisis económica y reforma laboral en España» en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARÁZ, J. (Dirs.) *et al: Crisis económica, reformas laborales y protección social*, Universidad de Murcia, Murcia, 2014, pág. 710.

² *Vid.*, al respecto, ampliamente, ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido colectivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada,

Una de las reformas más relevantes introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral fue la redefinición de lo que debe entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de manera que la vigente redacción legal que nos ofrece el artículo 51.1 del ET terminó con la jurisprudencia al respecto existente hasta el momento, pues no condiciona la objetividad del despido a que tales causas supongan una mejora de la situación económica o viabilidad futura de la empresas, lo cual facilita la prueba de la causalidad del despido objetivo por causas empresariales por parte del empleador (especialmente la económica⁴), pues prácticamente basta con su voluntad para extinguir el contrato de trabajo, con la consiguiente desprotección del trabajador despedido⁵.

Por tanto, actualmente, los órganos judiciales únicamente deben controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida extintiva⁶, debiéndose excluir por irrazonables⁷ aquellas decisiones empresariales que ofrezcan una clara desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores⁸.

En este sentido, según la STS de fecha 27 de enero de 2014⁹, *“a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada”*¹⁰.

En otros términos, a día de hoy, el poder legislativo ha querido que el control judicial de los despidos objetivos por causas empresariales se limite a una valoración sobre la concurrencia de las causas alegadas¹¹ (como así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral -en adelante, Ley 3/2012-).

2011, pág. 27; MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) et al: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, pág. 168; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: «Despido por circunstancias objetivas», en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Comares, Granada, 2014, págs. 266 y 267.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 222.

⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J. J.: *Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2012, pág. 218.

⁶ SSTs de fecha 12 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4079] y 18 de septiembre de 2018 [RJ 2018\453].

⁷ Por ejemplificar, la STSJ de Cantabria de fecha 31 de octubre de 2018 [JUR 2018\325053].

⁸ STS de fecha 26 de marzo de 2014 [RJ 2014\2778]. IGLESIAS CABERO, M., ARASTAY SAHÚN, M^a. L. y CORTE HEREDERO, N.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, Colex, A Coruña, 2018, pág. 230.

⁹ [RJ 2014\793].

¹⁰ *Id.*, también, la STS de fecha 18 de febrero de 2014 [RJ 2014\3268].

¹¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 84.

Así se manifiesta, por ejemplo, en la STS de fecha 20 de septiembre de 2013¹², en virtud de la cual, *“el legislador de 2012 ha querido además, y así lo ha hecho constar en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente”*.

No obstante, se debe mencionar que dicha STS fue anulada posteriormente en un incidente de nulidad de actuaciones por el Auto de fecha 26 de marzo de 2014¹³ al considerar que incurría en incongruencia *extra petita*¹⁴.

Por tanto, los juicios concurrentes en materia de despido (independientemente de su modalidad) que debe realizar un Juzgado de lo Social cuando se enfrenta al mismo a la hora de elaborar una sentencia judicial son los siguientes¹⁵:

1. El de constitucionalidad (en el caso de que se denuncie la infracción de artículos de la Carta Magna y/o se constate la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora).
2. El de formalidad, es decir, si el empleador ha cumplido los requisitos formales legal o convencionalmente establecidos¹⁶.
3. El de causalidad (en esencia, el análisis de la existencia de un motivo real y actual, su adecuación a la norma legal o, en su caso, convencional, y su acreditación por el empleador).
4. El de razonabilidad/proporcionalidad o finalista.

¹² [RJ 2013\7744].

¹³ [RJ 2014\3003].

¹⁴ FALGUERA BARÓ, M. Á.: «Modalidades procesales y otras figuras procesales», en FALGUERA BARÓ, M. Á. (Dir.) y SESE OLLE, V. (Dir.) *et al: Practicum proceso laboral 2018*, Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 655.

¹⁵ FALGUERA BARÓ, M. Á.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 7 y ss.

¹⁶ Al respecto, *vid.*, ampliamente, ORTEGA LOZANO, P. G.: *Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Comares, Granada, 2022.

5. Y, en su caso, el de fraude de ley y abuso de derecho¹⁷, por aplicación de la teoría general de las obligaciones y contratos¹⁸ y, en relación a los artículos 6.4 y 7.2¹⁹ del CC.

Las transformaciones producidas han exteriorizado su intención de reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo hacia la vía correspondiente en función de la causa real que motiva su terminación²⁰. Y es que, a título ejemplificativo, muchas extinciones por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción) se venían tramitando a través del despido disciplinario²¹ improcedente²² que, aun con un coste indemnizatorio mayor²³, ofrecía las ventajas de la celeridad procedimental, la elusión del control administrativo previo y la mayor seguridad en cuanto al resultado final (sentencia favorable al empresario)²⁴.

Es decir, los empresarios acudían al despido no causal indemnizado o despido exprés (institución de difícil justificación jurídica y lógica, ya que su esencia consistía

¹⁷ Vid., CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Despido y abuso de derecho en el marco de la suspensión del contrato de trabajo. STSJ Canarias/Las Palmas, de 4 abril 2017 (AS 2017, 470)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, *passim*.

¹⁸ Sobre la causa de las obligaciones, *vid.*, CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, edición y estudio preliminar a cargo de Monereo Pérez, J. L., Colección Crítica del Derecho dirigida por Monereo Pérez, J. L., Comares, Granada, 2019, *passim*.

¹⁹ En virtud del cual, “*la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*”. A lo que se añade a renglón seguido que, “*todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, pág. 143.

²¹ Vid., ampliamente, ORTEGA LOZANO, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: Causali e costi*, CEDAM, Milano, 2021.

²² Vid., al respecto, MONTOYA MELGAR, A.: «El despido improcedente y sus efectos», en CARMONA POZAS, F. (Coord.) *et al*: *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1992, págs. 499-534.

²³ Así se reconoció en el Preámbulo de la Ley 35/2010, en virtud del cual, “*se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores. La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente*”.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, pág. 143.

en que el propio empresario se adelantaba a reconocer la improcedencia del despido que él mismo había decidido²⁵⁾²⁶.

Las reformas laborales llevadas a cabo en el año 2012 volvieron de nuevo a modificar el artículo 51.1 del ET, destacándose las siguientes novedades²⁷: en primer lugar, se amplían los supuestos de causalidad económica al descenso de ventas; y, en segundo lugar, se introducen presunciones legales “*iuris et de iure*”.

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, “*ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*”, es decir, para que la extinción del contrato de trabajo por causas empresariales sea calificada judicialmente como procedente²⁸.

En suma, tras las reformas laborales llevadas a cabo, la justificación del despido objetivo por causas empresariales exigirá superar las siguientes tres fases²⁹: en primer lugar, acreditar la específica causa extintiva de la relación laboral, en segundo lugar, determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir y, finalmente, probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

En conclusión, la reforma laboral del año 2012 simplificó el régimen del despido por causas empresariales, pero no suprimió la conexión funcional que debe darse entre la causa y los contratos de trabajo afectados por la extinción, “*puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio*”³⁰³¹.

Empero, aparte del artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT, el artículo 9.3 del mismo contiene una regla especial para el control de los despidos basados en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio³², en virtud

²⁵ MONTAÑA MELGAR, A.: «La reforma laboral de 2012: los fines y los medios», en MONTAÑA MELGAR, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *et al: Comentario a la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 17.

²⁶ FALGUERA BARÓ, M. Á.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 13 y 14.

²⁷ *Ibidem*, pág. 10.

²⁸ FALGUERA BARÓ, M. Á.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 10.

²⁹ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019 (recurso electrónico).

³⁰ Sentencia de la AN de fecha 21 de noviembre de 2012 [AS 2012\2409].

³¹ GARCÍA ALARCÓN, V.: «Despidos y sanciones», en VV.AA.: *Memento práctico. Procedimiento Laboral 2019-2020*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020 (recurso electrónico).

³² GOERLICH PESET, J. M.: «El problemático fundamento positivo del control de razonabilidad de las causas del despido colectivo», en GOERLICH PESET, J. Mª. (Coord.) *et al: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 907.

del cual, “en los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio”.

El despido por embriaguez habitual o toxicomanía, cuando se ejecuta para evitar una repercusión negativa en el trabajo, también es una manifestación del poder de dirección del empresario

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Murcia

I. El estrecho vínculo entre el poder de dirección y el poder disciplinario

Escribía el profesor Montoya Melgar, en 1965, que el poder dirección era “el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”¹. Cuatro pinceladas cabía retener, según el hoy homenajead, de aquel concepto:

1. Es un poder que se concreta en una pluralidad de facultades diversas, expresadas mediante actos y declaraciones jurídicas unilaterales.
2. Es un poder que constituye, en el reverso de esa misma moneda, los deberes del trabajador.
3. Es un poder que ordena las singulares prestaciones de trabajo, así como las que tienen por marco a la empresa, todas coordinadas y dirigidas hacia el fin económico de la explotación.
4. Trasciende la esfera laboral -afirmación que podría levantar ampollas entre los laboristas de hoy-, abarcando aspectos distintos pero que indirectamente influyen en ella. Piénsese, por ejemplo, en la vida privada del operario.

¹ MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 44.

Así pues, el poder de dirección está integrado por aquellas facultades que pretenden organizar el trabajo ajeno, sea en la empresa o al margen de ella. Tres son las grandes facultades a las que se refería el profesor Montoya: la facultad de decidir ejecutivamente, la facultad de dictar órdenes e instrucciones, y la facultad de control y vigilancia.

Conforme a lo anterior, cabría inferir de manera apriorística que el poder de dirección no abarca entre sus facultades la de imponer sanciones, más propia del poder disciplinario o sancionador. Ahora bien, la doctrina ha hecho notar durante decenios que no faltan conexiones entre estos poderes, frecuentemente como consecuencia “penal” de la vulneración de aquel por parte del trabajador². El de dirección, en líneas generales, impone obligaciones de acatamiento y obediencia dentro de los límites legales, mientras que el disciplinario lo que impone son sanciones una vez se ha comprobado la comisión de faltas laborales por parte de alguno de los integrantes del grupo humano gestionado por el empleador. Desde aquí, se quiere también mantener que los puentes entre estos dos poderes son múltiples y de frecuente tránsito. Y en uno de estos puentes se viene a ubicar el tema elegido, en tanto que el despido, cuando es decidido y ejecutado para erradicar una conducta inapropiada del seno de una organización, es una medida tan organizativa, tan con miras en ordenar adecuadamente las “singulares prestaciones laborales” hacia el fin económico de la explotación, como otra cualquiera.

El despido, por tanto, en cuanto acto de organización de la empresa es un acto unilateral cuya fuente reside en el poder de dirección del propietario de los medios de producción. Determinar hasta qué punto y en qué medida forma parte de su contenido es, no obstante, una tarea compleja que la doctrina ha abordado desde diversas perspectivas, y que no se puede exponer aquí por evidentes motivos de concisión. Baste saber que se ha querido disociar clásicamente el acto del despido en dos aspectos: de un lado como acto determinante de la resolución del contrato; de otro, como acto organizador de los recursos de la empresa³. Si se considera válida la definición de ‘despido’ como la extinción del contrato de trabajo declarada por el empleador con el propósito de conseguir la mejor organización de su explotación, es perfectamente armonizable el aspecto resolutorio del despido con su función directiva. El empresario, conforme a esta línea de razonamiento, usa o ejerce su poder de dirección mediante el instrumento del despido para organizar su centro de trabajo.

El profesor Alonso Olea, atendiendo a la distinción de las dos grandes categorías de despidos -por entonces-, y a través del examen del art. 77 de la Ley del Contrato de Trabajo (en adelante LCT), advertía que la mayoría de los despidos causales o procedentes tenían una misma raíz disciplinaria⁴. Era el caso, por ejemplo, de las faltas de puntualidad o asistencia (letra a), la indisciplina o desobediencia (letra b), los malos tratos (letra c), el fraude (letra e) o la embriaguez (letra h). Pero el ejercicio de este

² Valgan por todos: LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1956, pág. 38; MESQUITA DE, J. L.: *Direito disciplinar do trabalho*, Saravia, Sao Paulo, 1950; o el propio MONTAYA MELGAR, A.: *El poder de dirección...*, op. cit., págs. 142-143.

³ RABAGLIETTI, MAGDA F.: *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1957, pág. 139.

⁴ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

poder, desde cualquiera de las dos caras aquí referidas, tenía unos límites legales que habían de ser rigurosos. La LCT fijaba unas causas y unas formas cuya presencia era forzosa para que el despido pudiera calificarse de procedente, y el art. 93 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral se refería a una facultad que podía ejercitarse “por las empresas sin más requisito formal que comunicar por escrito al trabajador el despido, haciendo constar la fecha y hechos que lo motivaron”.

Conforme a este precepto, ya estaba claro que el despido era un poder empresarial limitado, y que si el proceder empresarial desbordaba esos límites incurría en un vicio que convertía al acto resolutorio en algo atacable jurídicamente. Cuando esto sucedía, cuando el empleador ejercía su poder de dirección -o, si se quiere, disciplinario/ organizativo- rebasando el territorio acotado legalmente para los despidos, ello podía desembocar en una declaración de improcedencia.

II. El despido disciplinario por embriaguez o toxicomanía

La embriaguez fue reconocida como causa de despido en la Ley de 6 de noviembre de 1941, que modificó, a este punto, a la Ley de Jurados Mixtos de 1931⁵. Esta, en su art. 89, recogía las causas de resolución de los contratos individuales de trabajo. La misma causa vino contenida posteriormente en el art. 77.h LCT, en el art. 33.g del RDL de Relaciones de Trabajo de 1977, y en los Estatutos de los Trabajadores de 1980, 1995 y 2015. Ello sin cambios significativos desde que se introdujera la toxicomanía y la repercusión negativa en el trabajo en el ET de 1980.

En el vigente art. 54.2.f ET se establecen dos requisitos fundamentales para que esta causa de despido deba prosperar: la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo. Ahora bien, ¿son necesarios siempre estos dos elementos para que un acto extintivo sea considerado procedente?

1. La habitualidad

El ET no especifica qué debe considerarse *habitual* en estos menesteres. Sí lo han hecho en alguna ocasión los jueces y tribunales de lo Social, concretando, en atención al caso, el número de veces que había de considerarse como habitual⁶.

Una situación de embriaguez esporádica del empleado no puede constituir causa de despido por sí sola, si bien podría darse el caso de que con ella se pusiera en peligro la vida o la integridad física de terceras personas; lo cual ha sido contemplado por

⁵ Según la RAE, la ‘embriaguez’ es el “trastorno temporal de las capacidades físicas y mentales a causa del consumo excesivo de alcohol o de algún tipo de narcótico”. Mientras que la ‘toxicomanía’ es el “hábito de consumir drogas, del que no se puede prescindir o resultar muy difícil hacerlo por razones de dependencia psicológica o incluso fisiológica”. Como se observa, el segundo término lleva ya implícita la nota de habitualidad que el art. 54.2.f ET exige para esta causa de despido.

⁶ Por ejemplo, la STSJ de Castilla La Mancha, de 25 de junio (Rec. 373/2018), que propone un número mínimo de ocasiones para que esta conducta pueda considerarse habitual. Esta resolución así lo considera en el caso de un trabajador que acudió a su puesto embriagado tres veces en unos pocos meses. En el mismo sentido, también el TSJ de Castilla La Mancha, entiende en su sentencia de 24 de mayo de 2021 (Rec. 857/2021) que hubo habitualidad en la embriaguez de un operario sancionado más de una vez por consumo, dentro de un lapso de seis meses, en el tiempo y el lugar de trabajo.

el intérprete social como motivo indubitado de despido disciplinario⁷. Al margen de ello, la jurisprudencia reciente ha reiterado que la habitualidad implica una conducta de la persona trabajadora que sea continuada y persistente. De no ser ambas cosas, se estaría igualmente ante un comportamiento sancionable, pero no con la máxima manifestación del poder disciplinario. En síntesis, habrá habitualidad cuando se dé una reiteración por parte del empleado en el acto de situarse en su puesto bajo los efectos del alcohol u otras sustancias y, además, cuando ello tenga un impacto negativo para con los intereses de la empresa que le paga⁸.

2. La repercusión negativa en el trabajo

El empleador tiene la carga de probar que el estado de embriaguez o intoxicación afecta de manera directa y perjudicial al desempeño laboral del trabajador. Aunque del mismo modo que para la nota de habitualidad, encontrarse ebrio o bajo los efectos de sustancias estupefacientes en determinadas profesiones podría sobrentenderse como repercusión negativa en el trabajo⁹.

La repercusión negativa se puede concebir de distintas maneras. A saber: una reducción del rendimiento del empleado; daños en materiales, maquinaria o herramientas; lesiones a personas; generación de un entorno laboral hostil o conflictivo; menoscabo de la imagen o la reputación empresarial¹⁰.

III. La detección de la influencia de alcohol o narcóticos durante el trabajo puede reconducirse a la transgresión de la buena fe contractual

El despido, por definición, se concibe como la potestad del empresario para extinguir un contrato laboral mediante un acto unilateral, constitutivo y recepticio¹¹.

⁷ La STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2012 (Rec. 4620/2011), resuelve que “no es necesaria la habitualidad en determinadas actividades que añaden gravedad a la conducta del trabajador”. Como es el caso sobre el que se pronuncia: un conductor ebrio que provoca un accidente de tráfico con lesiones y luego se da a la fuga.

⁸ Como ejemplo ilustrativo de ello, léase la STSJ de Castilla La Mancha, de 5 de diciembre de 2024 (Rec. 1943/2024), por cuanto declara improcedente el despido de un peón de limpieza que se personó en su puesto en un estado pésimo para el desarrollo de su trabajo. Después de haber tenido un comportamiento extraño y haber desvariado en distintas conversaciones con compañeros, dijo literalmente “no meo” y abandonó el centro de trabajo sin añadir más explicaciones. Con posterioridad fue ingresado en una planta de psiquiatría, le fue diagnosticado un trastorno psicótico agudo y transitorio, derivado de consumo de cocaína y LSD, y se le emitió parte de incapacidad temporal. Se pudo conocer que el excesivo consumo había tenido lugar el viernes anterior, y que el trabajador había sufrido un trastorno del sueño que le había impedido dormir en todo el fin de semana, por ello al incorporarse el siguiente lunes lo hizo en un estado deplorable que le impidió desempeñar sus labores. El despido se calificó de improcedente por haber sido el consumo fuera del tiempo de trabajo, por no existir habitualidad y por no tratarse de una actividad que pusiera en peligro la integridad de terceros.

⁹ A veces son los propios convenios colectivos los que especifican la cantidad de veces que constituiría la habitualidad.

¹⁰ Sobre el tema, puede leerse a SÁNCHEZ LINDE, M.: «El despido por embriaguez habitual o toxicomanía y el requisito de repercusión negativa en el trabajo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, n° 9, 2023, págs. 63-83; o a ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: «Criterios jurisprudenciales en la finalización de la relación laboral por embriaguez habitual o toxicomanía del trabajador: la repercusión negativa en el trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 227, 2020, págs. 111-145.

¹¹ Como se sabe, el ET recoge distintas modalidades además del disciplinario.

No ha de perderse de vista que el empleador tiene sesenta días para ejercitarlo desde que tuvo conocimiento del supuesto incumplimiento o, en todo caso, seis meses desde la comisión del mismo. Ya se ha referido *supra* que desde aquí se opina, en consonancia con el profesor Montoya Melgar, que los supuestos analizados son, además de una manifestación de la potestad disciplinaria, una decisión encaminada a dirigir u organizar lo más eficazmente posible los recursos de la empresa.

Al margen de ello, embriaguez y toxicomanía encajarían dentro de la transgresión de la buena fe contractual contenida como causa de despido por la letra d del art. 54.2 ET. No obstante, el legislador entendió que por su relevancia había de otorgarles un tratamiento jurídico propio¹².

En este sentido puede resultar ilustrativa la STSJ de Castilla y León, de 1 de octubre de 2018 (Rec. 1371/2018), que considera procedente el despido practicado al conductor de un autobús escolar que da positivo por cocaína en un control efectuado por la policía local. La empresa, que había sido contratada por la Junta de Castilla y León, tuvo que mandar a otro conductor para que le sustituyera y se hiciera cargo del vehículo. La resolución entiende que, a pesar de tratarse de un solo episodio de intoxicación y presentar el operario un aspecto y un estado de coordinación normales -lo que no era incardinable en la causa recogida por la letra f del art. 54.2 ET-, la conducta sí constituyó una transgresión de la buena fe contractual, pues se trataba de un profesional del transporte, a quien se había de exigir un rigor absoluto de abstinencia. El episodio causó a la empresa un desprestigio reputacional, en tanto que la Junta le requirió un informe detallado del incidente y los usuarios del autobús tuvieron conocimiento de los hechos, con la consecuente ineficacia del servicio y la posible pérdida de la contrata. Además, aunque el consumo hubiera tenido lugar fuera del tiempo y del lugar de trabajo, acabó teniendo -o hubiera podido tener- consecuencias en la vida laboral, así como en la vida o integridad de terceras personas¹³.

El deber de buena fe de la persona trabajadora implica comportarse con probidad, honestidad y celo, para no defraudar los intereses de la mercantil ni la confianza depositada. A este profesional se le confió la responsabilidad de cubrir un trayecto escolar contratado con la Administración regional, con las implicaciones derivadas respecto de las vidas de los niños usuarios, y era conocedor de la total prohibición de conducir bajo los efectos del alcohol o sustancias psicotrópicas. En ello reside la transgresión de la buena fe para el intérprete: en la dimensión de las responsabilidades encomendadas y en el conocimiento informado que tenía el trabajador, que había firmado un formato escrito en el que afirmaba conocer el código de conducta empresarial.

En definitiva, cuando la ingesta de sustancias alteradoras del sistema nervioso representa una actuación aislada, la ausencia de habitualidad impide que los hechos sean subsumidos en la causa prevista por el art. 54.2.f ET, pero cabría encajarlos en la

¹² ESCRIBÁ PÉREZ, A.: «El despido disciplinario por embriaguez habitual o toxicomanía», *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 47, nº 3, 2022, pág. 92.

¹³ Puede leerse comentario de la sentencia en POQUET CATALÁ, R.: «Doctrina consolidada: el consumo aislado de drogas se incardina en el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y no por toxicomanía», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 18, 2019, págs. 839-848.

letra d del mismo apartado, esto es, en la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza, siempre que con tal actuación se genere una situación de peligro grave. Dicho de otra manera, el consumo de alcohol o estupefacientes puede constituir un incumplimiento laboral susceptible de despido sin existir reiteración en la conducta, “atendiendo a la actividad desarrollada y a las consecuencias que de ella se hayan derivado o pudieran derivarse”. Ello encaminando los hechos acontecidos por la vía de la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, siempre que ello genere un riesgo importante para los compañeros o cualquier otra persona relacionada con la actividad, pues es fundamental “en el tráfico jurídico que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que debe presidir las relaciones laborales”¹⁴.

IV. Bibliografía

- ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- ESCRIBÁ PÉREZ, A.: «El despido disciplinario por embriaguez habitual o toxicomanía», *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 47, nº 3, 2022.
- LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1956.
- MESQUITA DE, J. L.: *Direito disciplinar do trabalho*, Saravia, Sao Paulo, 1950.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: «Criterios jurisprudenciales en la finalización de la relación laboral por embriaguez habitual o toxicomanía del trabajador: la repercusión negativa en el trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 227, 2020.
- POQUET CATALÁ, R.: «Doctrina consolidada: el consumo aislado de drogas se incardina en el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y no por toxicomanía», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 18, 2019.

¹⁴ STSJ de Madrid, de 13 de mayo de 2010 (Rec. 178/2010).

También en supuestos de tráfico terrestre, la STSJ de Andalucía, de 9 de enero de 2024 (Rec. 3852/2022), que conoce del caso de un camionero que dio positivo en THC en otro control rutinario, en este caso de la Guardia Civil; o la STSJ de Canarias, de 13 de febrero de 2025 (Rec. 1624/2024), ante un conductor de autobús que se accidentó sin culpa y dio positivo por cocaína. En los dos casos el convenio aplicable tipificaba la conducta como causa despido sin necesidad de reiteración, se hubo de sustituir al chófer, con el consiguiente perjuicio reputacional para la empresa, se trató de un consumo aislado y se vehiculó la estrategia de la empresa por transgresión de la buena fe.

En el mismo sentido resuelve la STSJ de Canarias, de 11 de noviembre de 2016 (Rec. 291/2016), el caso de un domador de leones marinos al que se le detectó en un control de orina un consumo ocasional de cocaína, al considerarse que, dada la peligrosidad de la actividad, tal conducta había supuesto un riesgo para el propio profesional, para sus compañeros, para los animales y para todos los visitantes del zoológico.

En fin, la STSJ de Murcia, de 25 de junio de 2024 (Rec. 303/2024), utiliza el mismo razonamiento para con una vigilante de seguridad a la que se sorprendió en un cobertizo de la estación de trenes en la que prestaba servicios bebiendo ron de un bote de coca-cola zero. El organismo gestor de la estación recusó a la trabajadora y requirió a la empresa su sustitución. Se trataba de una vigilante armada, por ello el convenio colectivo calificaba la conducta como muy grave.

RABAGLIETTI, M. F.: *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1957.

SÁNCHEZ LINDE, M.: «El despido por embriaguez habitual o toxicomanía y el requisito de repercusión negativa en el trabajo», *Revista de Derecho Laboral vLex*, nº 9, 2023.

Despido disciplinario por ausencia por cuidado urgente de animal de compañía: sobre la eventual «ideología animalista», la subsunción como deber inexcusable público y personal y la necesidad de una reforma para adecuar el derecho del trabajo español a la normativa de bienestar y protección animal

ORIOl CREMADES CHUECA

*Profesor lector (ac. agregado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona - Institut d'Estudis del Treball
Grupo de investigación «Territori, Ciutadania i Sostenibilitat» (Generalitat de Catalunya)*

<https://orcid.org/0000-0002-9134-1139>

I. A modo de introducción: sobre la paralaboralidad animal

En el actual contexto jurídico multinivel y en una sociedad cambiante, emergen nuevos desafíos en torno a los límites de las facultades empleadoras en la organización y disciplina del trabajo subordinado. Uno de los fenómenos más emergentes por su creciente intensidad es la paralaboralidad normativa, entendida ésta como la incidencia de normas ajenas al orden social laboral que, no obstante, afectan directa o indirectamente al ámbito del trabajo¹.

En este marco se viene hablando de «paralaboralidad digital» -configurándose un Derecho Digital o Algorítmico del Trabajo-, así como de «paralaboralidad

¹ Sobre la paralaboralidad, pero sin mencionar ni atender en ningún caso la paralaboralidad animal, *vid.* DEL REY GUANTER, SALVADOR, «La reciente intensificación de la “paralaboralidad” normativa: algunas causas y consecuencias», en CASAS BAAMONDE, M.^a E. (Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2024, *passim* (entrecomillado, p. 132).

ambiental» -Derecho Ambiental del Trabajo-²; pero no de paralarobalidad animal, la cual parece históricamente relegada del Derecho del Trabajo. No obstante, como se ha argumentado en otros trabajos, la paralarobalidad animal ya está presente y está impulsando el desarrollo de un incipiente Derecho Animal del Trabajo, el cual exige una integración coherente entre los principios y normas del Derecho Animal -centrado transversalmente en el bienestar y la protección de los animales- y los del Derecho del Trabajo -tradicionalmente orientado a la protección del trabajador asalariado-³. Esta interacción revela posibles convergencias y sinergias entre ambos ámbitos⁴. Es más, consideramos que contraponerlos de forma rígida sería intelectualmente deshonesto o, como mínimo, analíticamente pobre, ya que el ordenamiento jurídico es uno solo y sus distintas ramas no son compartimentos estancos, sino prismas de una misma realidad compleja, lo que exige una cohesión tanto interna como externa⁵.

¿Qué explica, entonces, la escasa atención que ha recibido la paralarobalidad animal en España? La cuestión es indudablemente compleja y excede los límites de este estudio, pero consideramos que, al menos -y sin ánimo de exhaustividad-, puede explicarse por 5 factores: i) una visión antropocéntrica excluyente; ii) significativa resistencia empresarial (conservadora) a asumir nuevas obligaciones derivadas del bienestar y protección animal -incluso aunque ya existan-; iii) una visibilidad mediática distorsionada de la protección animal, con frecuentes caricaturizaciones o malinterpretaciones motivadas por el desconocimiento o el sensacionalismo; iv) ausencia de litigación estratégica en el orden jurisdiccional social -a diferencia de lo sucedido en el orden civil, administrativo y penal-; y v) docencia e investigación jurídicas que escasamente logran integrar de forma efectiva enfoques inter y transdisciplinarios.

Pese a ello, auguramos en un horizonte próximo un cambio de tendencia respecto a la paralarobalidad animal tanto en la conciencia social como en el plano jurídico. En este sentido, a pesar de no ser reciente, la STSJ Cataluña, Social, 12.11.2021

² Utilizando las expresiones de «derecho digital del trabajo» y «derecho algorítmico del trabajo», entre otros, *vid.* GUZMÁN LÓPEZ DE LAMADRID, MARÍA EUGENIA; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL; y ESPINÁS MARTÍNEZ-TASSIS, CONCEPCIÓN, «Hacia una regulación laboral de la gestión algorítmica», *Periscopio fiscal y legal PwC España*, 26 de julio de 2023 - Recuperado de: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/hacia-una-regulacion-laboral-de-la-gestion-algoritmica>; y MERCADER UGUINA, JESÚS RAMON, «Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, *passim*.

Respecto a la paralarobalidad ambiental, *vid.* LAABBAS-EL-GUENNOUNI, MAROUANE, «La creciente normativa ambiental con implicación laboral en la UE: la necesidad de atender a la crisis climática desde una perspectiva paralarobal», en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), *La protección del trabajo frente a las crisis y transiciones actuales: perspectivas nacionales e internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024, *passim*.

³ CREMADES CHUECA, ORIOL y MULÀ ARRIBAS, ANNA, «Los animales de compañía en la negociación colectiva en España: potencialidades, realidad, límites y propuestas», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, n.º 9, pp. 211-212. Recuperado de: <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/20492>.

⁴ CREMADES CHUECA, ORIOL, «Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 479, pp. 88-97. Recuperado de: <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.18951>.

⁵ En esta línea, *vid.* ALONSO OLEA, MANUEL, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 2.ª ed. rev., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, p. 1.

(rec. 5161/2021 - ECLI: ES:TSJCAT:2021:9921 - MP: Miquel Àngel Falguera Baró) es reveladora.

Antes de valorar críticamente la STSJ, conviene presentar el caso, tanto en la sentencia previa del Juzgado Social n.º 11 de Barcelona, 09.03.2021 (autos 841/2019; MP: Pedro Tuset del Pino) como en la STSJ que resuelve el recurso de suplicación contra la primera.

II. El caso catalán sobre despido disciplinario por ausencia para el cuidado urgente de un animal de compañía

Un trabajador prestaba servicios como auxiliar de control para Nightman Grew S.L., dedicada a la seguridad privada, desde el 05.06.2019, con contrato a tiempo parcial de obra y servicio -contrato temporal suprimido tras la reforma laboral de 2021-, con un salario mensual bruto con pagas extraordinarias prorrateadas de 1.296,30 € y siendo de aplicación el Convenio Colectivo de Locales de Espectáculos de Catalunya.

El 10.08.2019 el trabajador no acudió a su puesto (Sala Razzmatazz) y esa misma noche (23:48 h) llevó a su perro, de raza bretón, a un centro veterinario, donde fue diagnosticado de «síncope, ingestión de plantas tóxicas, epilepsia, etc.» y se abonó 73,50 €.

El 16.08.2019 el empleador notificó despido disciplinario con efectos al 10.08.2019, reconociendo en la carta la improcedencia y el trabajador manifestó su disconformidad.

El trabajador demandó al empleador solicitando la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (arts. 14, 16.1 y 2 CE; art. 17 ET; arts. 5.d y 7 del Convenio OIT 158), alegando que la extinción contractual fue discriminatoria por sus convicciones ideológicas y filosóficas animalistas; y subsidiariamente, la improcedencia.

Celebrada sin avenencia la conciliación administrativa (10.10.2019), el juicio tuvo lugar el 09.03.2021 ante el Juzgado de lo Social n.º 11 de Barcelona. Se practicaron prueba documental e interrogatorio del empleador, solicitándose petición de tenerlo por confeso.

Finalmente, el juzgado declaró improcedente el despido, con opción para el empleador entre readmisión con salarios de tramitación (42,62 €/día) o la indemnización legal (351,60 €) conforme al art. 56.1 ET, sobre la base de 3 fundamentos jurídicos.

El primero fue que, aunque el empleador no compareció en el juicio, no procede aplicar automáticamente la confesión presunta del art. 91.2 LRJS, al tratarse de una facultad judicial, reiterando que la carga probatoria sigue recayendo al actor ex 217 LEC.

En cambio, el segundo consistió en que si bien se constató que la ausencia al puesto de trabajo fue para atender a su perro gravemente enfermo y considerado como parte de su familia por el trabajador, y a pesar de que el empleador reconoció la improcedencia del despido, no se acreditó discriminación, pues no constaba que el

trabajador perteneciera a ninguna asociación y entidad animalista, ni que el empleador conociera previamente la causa de la ausencia ni que ésta fuera comunicada al responsable del servicio. Por ello no se apreció intención discriminatoria ni vulneración de derecho fundamental alguno pues falta el «elemento volitivo y culpabilístico necesarios para considerar que la conducta extintiva patronal descansó en un acto premeditado dirigido a discriminar al trabajador ni a vulnerar un derecho que, por muy respetable y sentimental que pudiera ser considerado, no tiene la naturaleza de fundamental». Descartada la nulidad, se precipita la improcedencia ya reconocida por el empleador y con los efectos del art. 56.1 ET.

La sentencia incluye, además, reflexiones que merecen ser consideradas: i) «no puede negarse que determinadas conductas o pautas sociales han evolucionado en nuestra sociedad generando toda una serie de derechos, impensables años atrás y que exigen, incluso legalmente, su regulación y protección legales, como el veganismo o el animalismo, por poner tan solo dos ejemplos»⁶; ii) acerca de la protección de los animales y el reconocimiento de sus derechos, son relevantes los arts. 337 y 337 bis CP sobre delito de maltrato y abandono animal; en el ámbito catalán, la Ley de protección de los animales; y, *de lege ferenda* entonces, la Proposición de Ley de modificación del CC, la LH y la LEC, sobre el régimen jurídico de los animales, destacándose que los animales dejaban de ser considerados objetos de propiedad para pasar a ser considerados «sujetos de derecho» (sic) -reforma art. 333 CC-; y iii) «en el ámbito laboral, el legislador no ha aprobado ninguna reforma legislativa dirigida a reconocer a los trabajadores su derecho de atender al cuidado de sus animales de compañía haciéndolo compatible con la ejecución de su trabajo, en nuestro caso de un perro, gravemente enfermo que requiere del necesario cuidado y atención, salvo que se conceda, dentro del vigente marco legal y/o convencional la concesión de un permiso, retribuido o no, recuperable o no, o, en casos extremos, la suspensión pactada del contrato de trabajo».

El trabajador interpuso recurso de suplicación solicitando la nulidad del despido alegando 2 argumentos: 1) que debía modificarse el relato fáctico para reflejar que el 10.08.2019 comunicó a su encargado su ausencia por enfermedad de su perro y por convicciones animalistas, sin oposición empleadora; y 2) que el despido se basó en dichas convicciones, debiendo aplicarse la *ficta confessio* por la incomparecencia del empleador al juicio.

La STSJ Cataluña, Social, 12.11.2021 resolvió el recurso y lo desestimó confirmando la improcedencia del despido por 3 motivos.

El primer motivo fue el rechazo procesal de la modificación del hecho probado al no derivarse de prueba documental o pericial. También, reiteró que la *ficta confessio* no se aplica automáticamente, sino que es facultad del juzgador de instancia. Asimismo, se indicó que no puede incluirse en el relato fáctico valoraciones jurídicas sobre la motivación del despido, para evitar incurrir en predeterminación del fallo.

El segundo, y más relevante, consistió en el rechazo de vulneración de derecho fundamental alguno por convicciones ideológicas y filosóficas animalistas. Para la Sala

⁶ El entrecomillado de las 2 sentencias es traducción propia del catalán -versión original- al castellano.

«resulta evidente que la creencia en los derechos de los animales y/o de su bienestar debe ser calificado como una convicción personal (máxime cuando va ganando amplio eco social en los últimos tiempos) y, por tanto, ostenta plena tutela constitucional como derecho fundamental (STC 81/2020), incluyendo el mantenimiento de conductas públicas, incluso en el ámbito laboral (aunque con las limitaciones que se derivan de las relaciones laborales)», pero que ésta «comparta una parte de los argumentos del recurso, no comporta que el motivo deba ser estimado sin más, dado que habrá que analizar las circunstancias concurrentes». El tribunal recuerda que en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales el objeto es determinar si ha existido lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de discriminación, y dada la dificultad de probar directamente estas vulneraciones se aplican reglas especiales de carga probatoria: la parte actora debe aportar indicios y la parte demandada justificar objetivamente sus decisiones *ex art.* 181.2 y 96.1 LRJS. Estas reglas pueden variar según el derecho invocado y el caso concreto pues en ciertos supuestos la parte actora debe acreditar previamente tanto la titularidad del derecho como su conocimiento por parte del empleador, salvo que ambos sean notorios. Según el tribunal, esto reviste especial relevancia en supuestos como la discriminación por convicciones, que exige prueba previa de su existencia y conocimiento empleador y en caso el trabajador no lo ha probado. La Sala añade que en este caso la justificación de la ausencia por llevar a su perro al veterinario se vincula al cumplimiento de deberes legales como tenedor, no a una ideología protegida. Por tanto, no se aprecia discriminación por vulneración del derecho a la libertad ideológica o de pensamiento.

El tercer argumento del tribunal fue que la ausencia de un solo día no justifica un despido, lo que lo hace en ilícito y carente de causa. Ahora bien, recuerda que la falta de causa no implica nulidad, salvo que se vulneren derechos fundamentales. Además, a título de *obiter dictum*, se descarta el incremento indemnizatorio al no haberse solicitado en la demanda ni apreciarse insuficiencia notoria -un incremento que, como es sabido, el Tribunal Supremo ha rechazado recientemente de forma controvertida-.

III. ¿Existe realmente una «ideología animalista»? sobre la subsunción como deber inexcusable público y personal y la necesaria reforma del derecho del trabajo español para adecuarse a la normativa de bienestar y protección animal

Como hemos visto, el caso plantea una posible vulneración de la libertad ideológica de un trabajador por «ideología animalista». No obstante, este enfoque resulta, a nuestro juicio, jurídicamente cuestionable⁷. A diferencia de las convicciones políticas, religiosas o filosóficas tradicionalmente amparadas por el art. 16 CE, el

⁷ Clarivamente, en este sentido, el entonces Fiscal Provincial de Teruel y miembro experto de INTERCIDS Moradell Ávila al comentar la STC, Pleno, 81/2020, 15.07.2020 (rec. 1203-2019 - ECLI:ES:TC:2020:81- Andrés Ollero Tassara): ««No me atrevo a afirmar con rotundidad que exista una ‘ideología animalista’, y menos a dar una definición de la misma; pero esto sí lo hicieron los senadores que interpusieron el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de La Rioja 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja, recurso del que deriva la sentencia mencionada» (MORADELL ÁVILA, JORGE, «El Tribunal Constitucional español y la ‘ideología animalista’ - Jurisprudencia del TC y Protección Animal», *INTERCIDS*, 26.08.2020. Recuperable en: <https://intercids.org/tribunal-constitucional-espanol-ideologia-animalista-jurisprudencia/>.

«animalismo» no constituye un sistema cerrado de creencias ni una cosmovisión estructurada y totalizadora, sino una sensibilidad social transversal políticamente -presente en sectores conservadores y progresistas- y plural, fundamentada en evidencias científicas sobre la sintiencia animal y en valores como la compasión y la prevención del sufrimiento⁸. Además, la sintiencia y sus implicaciones han sido progresivamente acogidas por los ordenamientos jurídicos como cuestiones de orden público, tanto a nivel internacional como nacional, y el propio Tribunal Constitucional español ha reconocido esta evolución social y normativa⁹.

El eje central de las sentencias es acreditar la adhesión del trabajador a dicha ideología y si ésta era conocida por el empleador. Aunque comprensible desde la lógica de la modalidad procesal, esta aproximación resulta insuficiente y descontextualizada del conflicto. Incluso si se aceptara la existencia de tal ideología, ¿bastaría con ser miembro de una asociación o entidad «animalista», como sugiere la SJS? ¿Qué grado de compromiso y exteriorización sería exigible para ser considerado un «(puro) animalista»?

Las sentencias apuntan que el cuidado urgente de un animal de compañía no debe entenderse siempre como una expresión ideológica, sino como el cumplimiento de un deber jurídico objetivo, respaldado por un sólido marco normativo de derecho público que impone al titular de un animal de compañía obligaciones legales de cuidado, atención veterinaria y prevención del sufrimiento y cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidades administrativas, civiles e, incluso, penales -y, como hemos sostenido en otro lugar, también para el empleador y otros sujetos, incluso en el orden social¹⁰-. Precisamente estas obligaciones de orden público deben ser, a nuestro parecer, el único motivo a considerar, no una supuesta ideología animalista.

Vid., GARNER, ROBERT, «Political ideologies and the moral status of animals», *Journal of Political Ideologies*, vol. 8, n. 2, 2003, *passim*; y LUCARDIE, PAUL, «Animalism: a nascent ideology? Exploring the ideas of animal advocacy parties», *Journal of Political Ideologies*, vol. 25, n. 2, 2020, *passim*.

⁸ Vid., entre muchos otros, BROOM, DONALD M., «A history of animal welfare science», *Acta biotheoretica*, vol. 59, n. 2, 2011, *passim*; y GONZÁLEZ LACABEX, MARÍA, «La ciencia, también de su lado», *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 4, n.º 1, 2013, *passim*.

⁹ La protección jurídica de los animales se refleja en múltiples normas, como en el art. 13 TFUE, el Convenio Europeo sobre Animales de Compañía y leyes estatales -ej. la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del CC, la LH y la LEC, sobre el régimen jurídico de los animales; la LO 3/2023, de 28 de marzo, de modificación del CP, en materia de maltrato animal; la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales- y autonómicas. Destaca especialmente el Código Civil catalán ya que desde 2006 reconoce que los animales no son cosas, anticipándose a la legislación estatal.

Por su parte el TC estableció que «[p]rocurar, a través de disposiciones normativas, que se dispense buen trato a los animales de compañía y que se eviten o minimicen, en lo posible, sufrimientos innecesarios, injustificados o evitables a los animales de producción en las actividades ganaderas y comerciales, son medidas legítimas que el legislador estatal y autonómico pueden adoptar [...]». La creciente preocupación por la protección de la naturaleza, y en particular de los animales, constituye una tendencia generalizada en las sociedades más avanzadas, que es vista como una manifestación de progreso moral y como tal perfectamente acomodada a la dignidad del ser humano» -STC, Pleno, 81/2020, 15.07.2020, FJ. 11-.

¹⁰ CREMADES CHUECA, ORIOL, «Bienestar de los...», *op. cit.*, pp. 94-97 y 99.

Aunque el trabajador invocó la libertad ideológica para solicitar la nulidad del despido -por real convicción o estrategia procesal-, el JS y el TSJ pudieron descartar ese argumento y explorar vías más adecuadas al conflicto. Y ello por aunque las sentencias fueran favorables al trabajador por el reconocimiento del empleador de la improcedencia y por la desproporción del despido ante la breve ausencia -cuestión debatible si el convenio colectivo contemplara un breve lapso como falta sancionable con despido-.

Una interpretación alternativa, posiblemente más sólida, podría haberse basado en el art. 37.3.d) ET, que permite ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para cumplir un deber inexcusable de carácter público y personal. El TS ha establecido 3 requisitos acumulativos para su aplicación¹¹: i) que sea inexcusable, entendido como no evitable ni postergable sin incurrir en responsabilidad jurídica; ii) que tenga carácter público -y, por tanto, vinculado a una norma de derecho público o impuesto por una autoridad-; y iii) que sea personal, es decir, que deba ser cumplido directamente por el trabajador, sin posibilidad de sustitución. Según estos criterios, el TS ha considerado que el acompañamiento genérico a servicios sanitarios de familiares no autosuficientes constituye un deber privado, familiar y delegable, lo que podría llevar a excluir el cuidado urgente de animales de compañía del art. 37.3.d) ET.

Sin embargo, las situaciones jurídicas difieren y el marco jurídico vigente permitiría considerar que ciertas ausencias laborales urgentes, breves y específicas para garantizar el bienestar de animales de compañía podrían encajar como deberes inexcusables de carácter público y personal:

- i) La inexcusabilidad: a diferencia del acompañamiento familiar genérico analizado por el TS -reprogramable o asumible por otra persona- una atención veterinaria urgente no admite demora sin riesgo grave para la vida del animal ni prolongación de su sufrimiento y sin que ello derive en responsabilidad para el trabajador.
- ii) El carácter público del deber: la atención veterinaria urgente constituye un mandato público al derivar de obligaciones legales impuestas por normas administrativas, no de normas civiles ni de decisiones privadas, familiares o ético-morales.
- iii) El carácter personal: el cuidado urgente de un animal de compañía difícilmente es delegable. La responsabilidad legal del trabajador y la urgencia hacen que el cumplimiento del deber recaiga directamente sobre él. A diferencia de otros supuestos, como el acompañamiento familiar general sin riesgo vital, no existe una red de sustitución razonable ni margen temporal para organizar una alternativa cuando la situación es urgente y el animal sufre gravemente o está en riesgo su vida.

¹¹ STS, 4.ª, 09.12.2020 (rec. 79/2019 - ECLI:ES:TS:2020:4478 - MP: M.ª Lourdes Arastey Sahún), FJ. 3º.

Vid. VIQUEIRA LÓPEZ, CARMEN, «El acompañamiento de hijos y familiares a la consulta médica no constituye un deber inexcusable de carácter público y personal que genere permiso retribuido», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1/2021.

Por tanto, en línea con lo sostenido en otro estudio, ante sufrimiento intenso o riesgo vital de un animal de compañía que exige atención veterinaria urgente, estaríamos ante un deber inexcusable, personal y público conforme al art. 37.3.d) ET¹².

La omisión de este análisis en las sentencias fue una oportunidad perdida para avanzar hacia una interpretación más coherente con la existencia de la paralaboralidad animal. Además, con otros elementos fácticos y probatorios, podría haberse planteado un escenario de posible represalia empresarial, activando la garantía de indemnidad y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Más allá de esta eventual posibilidad, el caso evidencia la necesidad de adaptar el derecho laboral español a la normativa de bienestar y protección animal, aceptando plenamente la paralaboralidad animal, incluida la vinculada a los animales de compañía, como hemos sostenido en otros trabajos¹³.

En este sentido, la propuesta presentada por la Coordinadora de Profesionales por la Prevención de Abusos (CoPPA) al Ministerio de Trabajo y Economía Social en mayo de 2025 plantea una reforma integral del marco laboral español en materia de protección animal, incorporando permisos retribuidos por enfermedad o fallecimiento de animales de compañía, así como otras modificaciones en el ET, el EBEP, la LRJS y la LISOS¹⁴.

En definitiva, se revela una actual tensión entre 2 fundamentos protectores frente al despido disciplinario por ausencia por cuidado urgente de animal de compañía: una supuesta «ideología animalista» -vía que rechazamos- frente a las obligaciones legales de bienestar y protección animal -vía que respaldamos-, las cuales deben considerarse en determinados supuestos como un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d) ET). Todo ello acentúa una necesaria reforma laboral que incorpore de forma plena, eficaz y efectiva la paralaboralidad animal.

¹² CREMADES CHUECA, ORIOL, «Bienestar de los...», *op. cit.*, pp. 106-107.

¹³ CREMADES CHUECA, ORIOL, «Bienestar de los...», *op. cit.*, pp. 107-111; y CREMADES CHUECA, ORIOL y MULÀ ARRIBAS, ANNA, «Los animales de...», *op. cit.*, pp. 217-223.

¹⁴ Coordinadora de Profesionales por la Prevención de Abusos (CoPPA), «CoPPA presenta una propuesta de reforma laboral para proteger el vínculo entre las personas trabajadoras y sus animales de compañía», CoPPA, 19.06.2025. Recuperado de: <https://coppaprevencion.org/propuesta-reforma-laboral-protger-vinculo-entre-personas-trabajadoras-y-animales/>.

El autor principal de esta propuesta de CoPPA es el autor de este mismo estudio.



ANEXO

CURRICULUM INVESTIGADOR DE ALFREDO MONTOYA MELGAR

1. Libros y monografías

- Instituciones de Seguridad Social*, de M. Alonso Olea (Apéndice 1963, Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- Niveles de empleo y movimientos migratorios en Andalucía*, Instituto Español de Emigración, Madrid, 1964.
- El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965 (Prólogo de Manuel Alonso Olea).
- La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1967.
- Lecciones de Derecho del Trabajo. Curso de Médicos de Empresa* (en colaboración con M. Alonso Olea y J. Serrano Carvajal), Universidad de Madrid, 1967.
- La representación sindical en la empresa*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1968.
- Jurisdicción y Administración de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1970.
- Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Estudios Sociales, Murcia, 1972.
- Casos prácticos de Derecho del Trabajo* (en col. con M. Alonso Olea y otros), Universidad de Madrid, 1973.
- Derecho del Trabajo (I). Concepto y evolución*, Estudios Sociales, Murcia, 1973.
- Derecho del Trabajo (II). Sistema normativo*, Estudios Sociales, Murcia, 1974.
- Derecho del Trabajo (III). Sistema de relaciones laborales*, Estudios Sociales, Murcia, 1976.
- Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid (2ª ed., 1978; 3ª ed., 1979; 4ª ed., 1981; 5ª ed., 1984; 6ª ed., 1985; 7ª ed., 1986; 8ª ed., 1987; 9ª ed., 1988; 10ª ed., 1989; 11ª ed., 1990; 12ª ed., 1991; 13ª ed., 1992; 14ª ed., 1993; 15ª ed., 1994; 16ª ed., 1995; 17ª ed., 1996; 18ª ed., 1997; 19ª ed., 1998; 20ª ed., 1999; 21ª ed., 2000; 22ª ed., 2001; 23ª ed., 2002; 24ª ed., 2003; 25ª ed., 2004; 26ª ed., 2005; 27ª ed., 2006; 28ª ed., 2007; 29ª ed., 2008; 30ª ed., 2009; 31ª ed., 2010; 32ª ed., 2011; 33ª ed., 2012; 34ª ed., 2013; 35ª ed., 2014; 36ª ed., 2015; 37ª ed. 2016; 38ª ed. 2017; 39ª ed. 2018; 40ª ed. 2019; 41ª ed. 2020; 42ª ed. 2021; 43ª ed. 2022 [a partir de ésta, con A. V. Sempere]; 44ª ed. 2023; 45ª ed. 2024).

- Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la crisis de 1917-1923*, Estudios Sociales, Murcia, 1977.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la Dictadura de Primo de Rivera* (Discurso de apertura del Curso 1980-81 en la Universidad de Murcia).
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de la II República* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia), 1983.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- Instituciones de Derecho Social Europeo* (en col. con J.M. Galiana y A.V. Sempere Navarro), Tecnos, Madrid, 1988.
- El nuevo procedimiento laboral* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere y B. Ríos Salmerón), Tecnos, Madrid, 1990.
- El Proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores* (en colaboración con J.A. Sagardoy y otros), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990.
- Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo* (en col. con A. Cámara Botía), Tecnos, Madrid, 1990.
- Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas* (en col. con A. Cámara Botía), Tecnos, Madrid, 1991.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.
- Igualdad salarial por razón de sexo* (en colaboración con A. Cámara Botía), Tecnos, Madrid, 1993.
- Derecho Social Europeo* (en colaboración con J.M. Galiana y A.V. Sempere), Tecnos, Madrid, 1994.
- *Enciclopedia Jurídica Básica* (cuatro volúmenes), Civitas, Madrid, 1995 (Director).
- *Curso de procedimiento laboral* (en colaboración con J.M. Galiana, A.V. Sempere, B. Ríos, F. Cavas y J. Luján), Tecnos, Madrid (12ª ed., 2019).
- Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo* (en colaboración con J. Pizá Granados), Mc Graw Hill, Madrid, 1996; 2ª. ed., 2000; 3ª ed. (en col. con J. Pizá Granados e I. Alzaga Ruiz), Edit. Ramón Areces & Serv. Publics. Univ. Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.
- La sucesión de Notarios y sus efectos laborales* (en colaboración con I. Duréndez Sáez), Tecnos, Madrid, 1997.
- Derecho y trabajo*, Cívitas, Madrid, 1997 .
- Curso de Seguridad Social* (coord. A. Montoya Melgar), Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1998; 2ª. ed., 2000; 3ª. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Política de empleo y jubilación*, Discurso de apertura del Curso 2002-2003 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2002.

- El empleo ilegal de inmigrantes*, Thomson/Civitas, Navarra, 2007.
- El Estatuto del trabajo autónomo* (en col. con R. Martín Jiménez), Thomson/Civitas, Navarra, 2007.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Navarra, 2009.
- El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento*, Thomson/Civitas, Navarra, 2009.
- Derecho del Trabajo. Textos y Materiales* (Dir.), Thomson/Civitas, Navarra, 2011.
- Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, Universidad CEU San Pablo, Facultad de Derecho, 2014.
- Derecho Laboral Concursal*, Thomson/Civitas, Navarra, 2ª ed., 2015.

2. Colaboraciones en obras colectivas

- La emigración a Europa* (en col. con J. Serrano), Anales de Moral Social y Económica, 1964, nº 8.
- La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los antecedentes del régimen de Jurados*, en la obra colectiva “Diecisiete Lecciones sobre participación de los trabajadores...”, Universidad de Madrid, 1967.
- Convenios colectivos y conflictos colectivos*, en la obra *Quince Lecciones sobre convenios colectivos de trabajo*, Universidad de Madrid, 1968.
- Las causas de despido en las Reglamentaciones y en los Reglamentos de Régimen Interior*, en la obra colectiva “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”, Universidad de Madrid, 1969.
- La empresa y el Derecho del Trabajo*, Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970.
- El expediente administrativo de crisis*, en “Diecisiete Lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”, Universidad de Madrid, 1970.
- Los principios jurídicos del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, en “Manual de Seguridad e Higiene” (en col. con otros autores), I.N.P., Madrid, 1971.
- El papel de la falta en el Derecho de la Seguridad social* (en col. con M. Alonso Olea), Académie Polonaise des Sciences, Varsovia, 1973.
- Garantías en la concesión de prestaciones de la Seguridad Social* (en col. con M. Alonso Olea), Informe español al VIII Congreso Internacional de Derecho del trabajo, Ed. Giuffrè, Milán, 1977.
- Arbitraje y papel de los tribunales: la Administración de Justicia en el Derecho del trabajo* (en col. con M. Alonso Olea), Informe español al IX Congreso Internacional de Derecho del Trabajo, Munich, 1978.
- Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo: el derecho de la transición*, en la obra colectiva “Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo”, Colegio de Abogados de Murcia, 1978.
- Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional*, en la obra colectiva “Los trabajadores y la Constitución”, SELSA, Madrid, 1980.

- Sobre el socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado*, “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Bayón”, Tecnos, Madrid, 1980.
- Inspección de Trabajo y efectividad de los derechos laborales: sobre la iniciación de oficio de los procesos de trabajo*, Estudios Jurídicos en Honor del Prof. Martínez Bernal, Murcia, 1980.
- Jurisdicción y administración en el nuevo Derecho del Trabajo*, en la obra colectiva “Las relaciones laborales en la década de los 80”, ACARL, Madrid, 1981.
- El poder de dirección del empresario*, en la obra colectiva “El Derecho laboral en Iberoamérica”, Ed. Trillas, México, 1981.
- La obra científica de Manuel Alonso Olea* (en colaboración con J.M. Galiana y otros), Universidad de Murcia, Murcia, 1983.
- Problemas de legalidad en el desarrollo reglamentario del ET en materia de regulación de empleo*, en la obra colectiva *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.
- La regulación legal del empleo*, en la obra colectiva “La regulación del empleo en un mercado de crisis”, Fundación F. Ebert, Madrid, 1984.
- El canon por negociación colectiva en el debate parlamentario de la LOLS*, en la obra colectiva “Seminario sobre el Proyecto de LOLS”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984.
- La incidencia de la crisis económica en la dogmática de la relación laboral*, en la obra colectiva *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984.
- Sobre la viabilidad de convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores*, en “Problemas actuales de la negociación colectiva”, ACARL, Madrid, 1984.
- Interrogantes del Derecho colectivo postconstitucional en España* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere y J. García Abellán), Revista de Trabajo, 1984, nº 73.
- El compromiso social en torno a los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, en “Confrontación o compromiso social en las relaciones de trabajo en los 80”, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1984.
- Empresas multinacionales y relaciones de trabajo: el estado de la cuestión*, en “Libro Homenaje al Prof. Russomano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.
- Dirección de la actividad laboral*, en “Comentarios a las Leyes Laborales” dir. por E. Borrajo, EDERSA, vol. V, Madrid, 1985.
- La solución de los conflictos colectivos laborales* (en colaboración con W. Giglio, N. de Buen, M. Pasco, A. Plá y otros), Secretaría de Trabajo y Previsión, México, 1985.
- A solução dos conflitos trabalhistas* (trad. portuguesa de la obra anterior), LTr. Editora Ltd., Sao Paulo, Brasil, 1986.
- El Ordenamiento laboral y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario* (en colaboración con F. Durán y T. Sala), Madrid, Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1987.

- La extinción de la relación laboral* (en colaboración con A. Plá, N. de Buen y otros), Lima, AELE Editorial, 1988.
- Los sindicatos en Iberoamérica* (en colaboración con A. Plá, N. de Buen, M. Pasco y otros), Lima, AELE Editorial, 1988.
- Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo* (en col. con N. de Buen y otros), Gobierno del Estado de Puebla (México), 1988.
- Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea), t. V, 1987-1988, Civitas, 1988, ref. 254.
- El despido improcedente y sus efectos*, en la obra colectiva *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1989.
- Valores, principios y derechos sociales en la Constitución española de 1978*, Libro Homenaje al Prof. Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989.
- La concertación social en España*, en *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social. Perspectiva iberoamericana*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.
- Tendencias actuales del Derecho del Trabajo en España*, en *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.
- El principio de igualdad y la anticipación legal de la edad de jubilación de funcionario excedente que reingresa para completar tiempo de servicios y devengar una pensión*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea), tomo VII, 1988-1989, Madrid, Civitas, 1989, ref. 407.
- El Estado ante la libertad sindical*, en *Principi per un Codice tipo dei Diritto del Lavoro in America Latina*, Roma, 1989.
- El ámbito sustantivo del Orden Social de la Jurisdicción...*, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios Homenaje al Prof. Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- Estructura de la negociación colectiva*, en *Negociación colectiva y Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Presente y futuro de los sindicatos*, en *El cambio laboral en la década de los 90*, Madrid, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
- La negociación colectiva en el horizonte de los 90*, en *El cambio laboral...*” cit.
- Las fronteras del contrato de trabajo*, en *El cambio laboral...*”, cit.
- El contrato de trabajo entre la estabilidad en el empleo y la precariedad*, en *El cambio laboral...*, cit.
- Jornada en régimen de turnos*, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991.
- Conflictos colectivos* (en colaboración con M. Alonso Olea), Atenas, Congrès Mondial de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, 1991.
- De nuevo sobre el acto de extensión del convenio colectivo y las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea), t. IX, 1990-1991, Madrid, Civitas, 1991, ref. 560.

- Los sindicatos en el umbral del siglo XXI*, VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Puebla (México), 1992.
- El régimen jurídico de la jornada y los descansos legales en España*, en “Jornada de trabajo y descansos remunerados” (coord. por N. de Buen), Ed. Porrúa, México, 1993.
- Discriminación por razón de sexo y adecuación del procedimiento de conflicto colectivo*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea), t. X, 1991-1992, Madrid, Civitas, 1992, ref. 653.
- Forma y sustancia en los derechos fundamentales de los penados al trabajo y a los beneficios de la Seguridad Social*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XI, Madrid, Civitas, Madrid, 1993, ref. 695.
- Despido y presunción de inocencia: consolidación de la doctrina que excluye la presunción en el ámbito laboral*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XI, Madrid, Civitas, ref. 700, 1993.
- ¿Discriminación del varón o ‘acción positiva’ a favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, Madrid, Civitas, ref. 732, 1993.
- Derecho “colectivo” de información versus derecho individual a la intimidad*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, Madrid, Civitas, ref. 741, 1993.
- Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad; sobre la procedencia del recurso de suplicación*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, 1993, Civitas, Madrid, ref. 747.
- Discriminación en convenio colectivo sobre el régimen de pagas extraordinarias*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, Madrid, Civitas, ref. 752. 1993.
- De nuevo sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, Madrid, Civitas, ref. 756, 1993.
- Poder del empresario, libertad sindical y libertad ideológica en la comprobación de los presupuestos para la designación de delegado de Sección sindical*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XI, 1993, Civitas, Madrid, ref. 785.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de la etapa socialista*, Libro Homenaje al Prof. García Abellán, Universidad de Murcia, 1994.
- Discriminación salarial por razón de sexo: ¿en el convenio colectivo o en la práctica de la empresa?*, “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 828.

- Naturaleza no contractual del vínculo entre religiosa y Congregación...* “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 829.
- Convivencia extramatrimonial por razones ideológicas y denegación del derecho a pensión de viudedad*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 830.
- Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 839.
- No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 859.
- Discriminación salarial por razón de sexo; incongruencia entre petición colectiva y resolución individual*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 875.
- Discriminación nula pese a ser consentida*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XII, 1994, Civitas, Madrid, ref. 885.
- La nueva configuración del poder de dirección del empresario*, “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García”, Asociación Española de Derecho del Trabajo, Madrid, 1995.
- Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIII, 1995, Civitas, Madrid, ref. 894.
- Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y responsabilidades del empresario directo y el empresario principal*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIII, 1995, Civitas, Madrid, ref. 911.
- La privación por la ley del derecho del empresario al recurso en los pasesos por falta muy grave del trabajador*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIII, 1995, Civitas, Madrid, ref. 917.
- Citación edictal que causa indefensión y ‘uso dispendioso’ del recurso de amparo*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIII, 1995, Civitas, Madrid, ref. 917.
- Derecho del trabajador a informar e inexactitud de los datos comunicados*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 933.
- Derecho a la tutela judicial efectiva y cómputo erróneo del plazo de caducidad*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 944.

- Sobre la falta de legitimación del Comité de Empresa para solicitar el amparo constitucional por lesión del derecho a la libertad sindical*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 947.
- La frontera entre libertad de expresión del trabajador y ofensas al empresario; y la posible vulneración por aquél de derechos fundamentales de éste*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 956.
- Incumplimiento del contrato por trabajadora en estado de gestación; justicia constitucional y revisión de hechos probados*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 960.
- Libertad de expresión del trabajador; facultades organizadoras del empresario y buena fe en el cumplimiento del contrato de trabajo*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 969.
- Trabajos esforzados, condición femenina y derecho a la no discriminación*, en “*Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIV, 1996, Civitas, Madrid, ref. 972.
- La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*, “Puntos críticos de la reforma laboral” (Dir. por R. Martínez Emperador), CEURA, Madrid, 1996.
- La huelga en España*, en *La huelga en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, Mexico D.F., 1996.
- Regime juridico da jornada de trabalho e de descansos legais na Espanha*, en *Jornada de trabalho e descansos remunerados*, coord. N. De Buen, Ed. LTr., Sao Paulo, 1996.
- Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, en *Los horizontes del empleo*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 1996.
- Poderes empresariales y representación de los trabajadores en la empresa*, en *Las relaciones de trabajo en España*, coord. J. García Murcia, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 1997.
- Cara y cruz de la estabilidad en el empleo*, en *Jornadas sobre el presente y el futuro del sistema español de relaciones laborales*, Murcia, 1997.
- Los deberes del trabajador en materia de seguridad en el trabajo y la sanción de su incumplimiento*, en “*Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*” (coord. J. Gárate Castro, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- La aplicación del convenio colectivo*, *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Iberoamérica* (coord. N. de Buen y E. Morgado), México, 1997.
- La evolución del pensamiento jurídico-laboral en España (notas para un estudio)*, *Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, 1997.
- In dubio pro discriminatione. Un caso de discriminación salarial por motivos sindicales*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XV, 1997, Civitas, Madrid, ref. 986.

- Sobre la constitucionalidad del Decreto-ley que desplaza desde la Seguridad Social hasta el empresario el pago del subsidio de ILT desde el cuarto al decimoquinto día de baja*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XV, 1997, Civitas, Madrid, ref. 1000.
- La reclamación administrativa previa en los pleitos de Seguridad Social: una interpretación ‘flexible’ del Tribunal Constitucional*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XV, 1997, Civitas, Madrid, ref. 1003.
- Libertad de expresión y ofensas verbales del trabajador a la empresa y sus directivos*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XV, 1997, Civitas, Madrid, ref. 1005.
- Trabajadores del Estado en Iberoamérica (España)*, “Trabajadores del Estado en Iberoamérica” (coord. por M. Ackerman), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; Porrúa, México D.F., 1999.
- El diálogo social en la Unión Europea*, en *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica* (coord. F. Durán López), Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- Alcance y efectos de los Acuerdos interconfederales*, en *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.
- El principio de celeridad en los procesos laborales*, en “Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo”, San José de Costa Rica, 1999.
- Trato desigual y discriminación; un caso de desigualdad retributiva justificada*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1014.
- Los términos de comparación de la desigualdad de trato y los hechos, indicios y pruebas en el juicio sobre discriminación*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1032.
- La libertad sindical como límite de la movilidad funcional y de la discrecionalidad del empresario*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1034.
- Lo discrecional, lo arbitrario y lo discriminatorio en la extinción de las relaciones del personal estatutario del Insalud*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1051.
- Un nuevo caso de interpretación desmedida del alcance de los derechos fundamentales; el enjuiciamiento de una cuestión retributiva desde la óptica de la libertad sindical*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1057.
- La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales, añadidos*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVI, 1998, Civitas, Madrid, ref. 1058.

- El principio de celeridad en los procesos laborales*, *Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral*. Corte Suprema de Justicia. Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, San José, Costa Rica, junio de 1999.
- El futuro de la subordinación en la evolución del derecho del trabajo*, “Le trasformazioni del lavoro”, Fondazione G. Pastore, Milán 1999.
- El derecho de información y su ejercicio de buena fe*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XVII, 1999, Civitas, Madrid, ref. 1074.
- Actividad informativa de un miembro del Comité de Empresa, límites del derecho de información y límites de esos límites*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVII, 1999, Civitas, Madrid, ref. 1080.
- Invocación inadecuada de la cláusula de conciencia, adecuadamente desestimada por el Tribunal Constitucional*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVII, 1999, Civitas, Madrid, ref. 1105.
- Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVII, 1999, Civitas, Madrid, ref. 1107.
- Contratas y subcontratas en el Derecho español del trabajo*, en “El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio”, Secretaría de Estado de Trabajo, Santo Domingo, 1999 (edición mexicana en Ed. Porrúa, México, 2000).
- El futuro previsible de la Seguridad Social*, en VV. AA: *Don Luis Jordana de Pozas, creador de Ciencia Administrativa*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2000.
- El Libro 2000 de la Formación*, Civitas/Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Madrid, 2000.
- El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social...*, en CGPJ: “Personal estatutario de la Seguridad Social”, Madrid, 2000.
- Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1139.
- Libertad de expresión del trabajador y falta de autoría en la transgresión de la buena fe contractual*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1147.
- Control del trabajador desleal y alcance del derecho de éste a la intimidad*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1150.
- Convenio colectivo y tablas salariales de hombres y mujeres; con una digresión económica sobre la determinación del valor del trabajo*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1164 (también en REDT, núm. 108, 2001).

- El sindicato como coadyuvante en el proceso de despido antisindical*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1166.
- Libertad sindical y eficacia administrativa en la asignación de puesto de trabajo a un “liberado sindical”*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XVIII, 2000, Civitas, Madrid, ref. 1168.
- Insécurité et précarité de l’emploi; réflexions a partir du cas espagnol*, Séminaire International, Univ. Montesquieu-Bordeaux, 2000.
- Contenido y límites de la movilidad funcional (Doctrina Del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, en *Estudios de Jurisprudencia social de Galicia* (ed. J. Gárate Castro), Santiago de Compostela, 2000.
- Proceso civil y proceso laboral*, en “Incidencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral” (coord. B. Ríos y A.V. Sempere), Madrid, 2001.
- Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador*, en *Memorias del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Sinaloa (México), 2001.
- Un conflicto entre sindicatos sobre presentación de candidatos para la elección del Comité de Empresa*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIX, 2001, Civitas, Madrid, ref. 1176.
- La no conversión en indefinido de un contrato de trabajo temporal como supuesta represalia frente al ejercicio de la libertad de expresión*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIX, 2001, Civitas, Madrid, ref. 1184.
- Cambios políticos y ceses de trabajadores de confianza en RTVE*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XIX, 2001, Civitas, Madrid, ref. 1212.
- El marco normativo de las prestaciones derivadas de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y propuestas para la mejora de su gestión*, en *Jornada sobre Incapacidad Temporal*, Instituto Superior de Estudios Empresariales, Madrid, 2002.
- “Indicios” y “sospechas” de discriminación antisindical; variaciones sobre la doctrina constitucional de la prueba, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XX, 2002, Civitas, Madrid, ref. 1235.
- Cláusula de conciencia de periodista y extinción del contrato de trabajo ex artículo 50.1 ET*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XX, 2002, Civitas, Madrid, ref. 1257.
- Seguridad social y asistencia social: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XX, 2002, Civitas, Madrid, ref. 1261.
- El modelo social europeo y los sistemas de protección social en los países de América Latina y el Caribe*, Documento-marco de la Conferencia de Ministros de Seguridad Social de Europa, América Latina y el Caribe, Valencia 13-14 mayo 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

- El proceso laboral en la doctrina española del Derecho del Trabajo*, en “Derecho Procesal del Trabajo”, AIADTSS & IET, Santo Domingo, 2002.
- El trabajo en la Constitución (la experiencia española en el marco iberoamericano)*, en *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea* (coord.: A. Montoya Melgar), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- Seguridad Social, Estado social y Constitución*, en *El sistema de pensiones en España*, INSS, Madrid, 2003.
- El trabajo en la Constitución*, en “El modelo social en la Constitución española de 1978” (dir. A.V. Sempere), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- De sospechas e indicios en la discriminación sindical, Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales / La Ley, Madrid, 2003.
- Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea*, en “Liber Amicorum. Homenaje a Manuel Alonso Olea”, Civitas/Thomson, Madrid, 2003.
- “Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea”, en *Semblanza del Profesor Manuel Alonso Olea*, Montoya Melgar (Coordinador), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- Sanción disciplinaria, ejecución de sentencia y tutela judicial efectiva*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXI, 2003, Civitas, Madrid, ref. 1262.
- Amortización de puesto de trabajo y discriminación por pertenencia a partido político*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXI, 2003, Civitas, Madrid, ref. 1267.
- Derechos del trabajador e informática*, en “Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor de Buen Lozano”, (coord. P. Kurczyn y C.A. Puig), UNAM, México, 2003.
- Garantía de indemnidad en caso de reclamación extrajudicial presentada por abogado del trabajador*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXII, 2004, Civitas, Madrid, ref. 1305.
- Inadmisión de la demanda por caducidad de la acción en un supuesto de invocación del derecho a la intimidad*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXII, 2004, Civitas, Madrid, ref. 1310.
- Libertad de expresión del trabajador, derechos de la empresa y juicio de ponderación del Tribunal Constitucional*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXII, 2004, Civitas, Madrid, ref. 1320.
- Suspensión del contrato de una piloto de líneas aéreas a causa de embarazo, con omisión de la evaluación de riesgos y la oferta de puesto de trabajo alternativo*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXII, 2004, Civitas, Madrid, ref. 1324.
- Manuel Alonso Olea*, en *Juristas Universales* (ed., R. Domingo), Madrid, 2004, vol. IV, págs. 702-707.

- La negociación colectiva en el sector sanitario* (en col.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- Libertad de empresa y poder de dirección del empresario*, en “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (dir. F. Pérez de los Cobos), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.
- Un apunte sobre la experiencia estatutaria en España, y Un apunte sobre la flexibilidad laboral en España*, en “O Direito do trabalho nos grandes Espaços”, Universidade Católica de Lisboa, 2005.
- La Ley 16/2003, de 28 de mayo, y la evolución de la asistencia sanitaria desde la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud*, en Asociación Nacional de Derecho Sanitario: X Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 2005.
- Crisis de empresa y contrato de trabajo (panorama tras la Ley Concursal)*, en “Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia”, tomo III, Madrid, 2005.
- Regulación de las profesiones sanitarias. Código sanitario* (en col. con J. Sánchez Fierro *et al.*), Fundación AstraZeneca, Madrid 2005.
- Principios y valores en el Derecho del Trabajo*, en “En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez”, Porrúa, México, 2005.
- Cuestiones generales de la ejecución definitiva de las sentencias (arts. 235 I 245 LPL)*, en “La ejecución laboral”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Vulneración de la garantía de indemnidad en el cese del trabajador en la fecha prevista para la terminación del contrato; y debate sobre la indemnización en el despido nulo*, “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIII, 2005, Civitas, Madrid, ref. 1347.
- ¿Libertad de cátedra o incumplimiento contractual?* en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIII, 2005, Civitas, Madrid, ref. 1350.
- La compleja historia del despido de un trabajador despedido*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIII, 2005, Civitas, Madrid, ref. 1355.
- La Inspección de Trabajo: orígenes de una institución centenaria*, en *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres*, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al prof. M. Rodríguez-Piñero* (ccord. M.E. Casas, F. Durán y J. Cruz), La Ley, Madrid, 2006.
- El derecho de huelga en los servicios esenciales: visión europea*, en “Decimocuarto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo” (coord. P. Kurczyn), UAM, México, 2006.
- El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres*, en “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, y en *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, 2006.

- Despido de un trabajador homosexual. Puntualizaciones sobre la teoría del despido “pluricausal”*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIV, 2006, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, ref. 1.376.
- De vestimenta laboral: ¿Faldas o pantalones?*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIV, 2006, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, ref. 1.384.
- *Despido vulnerador de derecho fundamental. Discordancias entre el TEDH y los Tribunales españoles*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXIV, 2006, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, ref. 1.403.
- Cien años de Inspección de Trabajo en España*, en *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga* (coord. A. J. Moreira), Almedina, Coimbra, 2007.
- “*El Instituto Nacional de Previsión, fundamento de la protección social española*”, en *Cien años de protección social en España*, Tortuero Plaza, J.L. (Dir. y Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- Un supuesto singular de hermenéutica jurídica: la interpretación del convenio colectivo*, en “Homenaje al Profesor Dr. Ángel Sánchez de la Torre, tomo II, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2008 (pp. 795-816).
- Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del empleado público)*, en “Relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, CGPJ, Madrid, 2008 (pp. 455-519).
- El principio de igualdad y no discriminación. Presentación general*, en “Igualdad y no discriminación en el mundo laboral”, Gobierno del Principado de Asturias y Universidad de Oviedo, 2008 (pp. 23-41).
- “*Matrimonio gitano y derecho a pensión de viudedad*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXV, 2007, Thomson/ Civitas, 2008, ref. 1.441.
- Pluriempleo pese al pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXV, 2007, Thomson/ Civitas, 2008, ref. 1.457.
- Conducta antisindical de un sindicato*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXV, 2007, Thomson/ Civitas, 2008, ref. 1.465.
- Estabilidad en el empleo, globalización económica y “flexiguridad”*, en *El despido disciplinario. Homenaje al prof. J.A. Sagardoy Bengoechea* (coords. J.L. Gil y Gil y J.M. del Valle), Cinca, Madrid, 2009 (pp. 87-109).
- La negociación colectiva en España*, en *Pactos normativos de condiciones de trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez* (coords. M. Pasco y N. de Buen), Ed. Porrúa, México, 2009 (pp. 119-135).
- ¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXVI, 2008, Thomson/ Civitas, 2008, ref. 1.484.

- Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España* (coord.), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010 (dos vols., 1509 págs.).
- La Jurisdicción y la rama social del Derecho*, en *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España* (coord.), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, vol. II (págs. 1091-1102).
- El Derecho del Trabajo ante las crisis económicas*, en *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Estudios en memoria del Prof. Ignacio Albiol Montesinos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 31-42.
- La mediación en el ámbito laboral* (en col. Con N.P. García Piñeiro), en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (dir. J. Rodríguez-Arana y M. de Prada), Villanueva & Netbiblo, La Coruña, 2010, pp. 215-233.
- El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores (Sobre las extinciones, suspensiones y modificaciones de contratos de trabajo en situaciones concursales)*, en *Los acreedores concursales*, II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, (Drs. A. Rojo y E. Beltrán), Thomson/Civitas, 2010, pp. 419-448.
- Comentario al art. 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical* (en col. Con R. Martín Jiménez), en *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia* (Dir. F. Pérez de los Cobos), La Ley, Madrid, 2010, pp. 145-194
- Empleo ilegal de “alternadoras-captadoras de clientes” (con una disgresión sobre el concepto de la moral ante el Derecho)*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXVII, 2009, Thomson/ Civitas, 2010, ref. 1.510.
- Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional* (comentario a 17 sentencias), en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXVIII, 2010, Thomson/ Civitas, 2011, refs. 1529, 1530, 1531, 1532, 1533, 1534, 1735, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542, 1543, 1544 y 1545.
- Para una revisión del derecho de huelga*, en *La regulación del derecho de huelga en España*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núms. 2 y 3, 2010.
- Los orígenes de la Administración laboral en España*, Libro Homenaje al Prof. Fermín Rodríguez-Sañudo, Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, págs. 23 a 39.
- La descentralización productiva ante la Jurisdicción constitucional española*, El outsourcing. Visión Iberoamericana (coord. N. De Buen), Porrúa, México, 2012, págs. 59 a 76.
- La Ley de Huelgas de 1909, cien años después*, en “Legislación histórica sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo” (Drs.: J. García Murcia y M^a A. Castro Argüelles), Thomson Reuters, 2012, págs. 27-36.
- El trabajo en las Constituciones españolas (1812-1978)*, en “Estudios de Derecho Internacional del Trabajo en homenaje al Prof. Dr. D. Rolando Murgas Torrazza”, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2012, págs. 219-256.
- Contrato de trabajo y Expediente de regulación de empleo*, en “Enciclopedia de Derecho Concursal”, Aranzadi/Thomson Reuters, 2012, tomo I, págs. 681-695 y 1379 a 1399.

- Sobre la exclusión del trabajador de la bolsa de empleo como vulneración de la garantía de indemnidad*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXIX, 2011, Thomson/ Civitas, 2012, ref. 1550.
- La gestión flexible del trabajo en la empresa (Ideas para la reforma laboral)*, en J. Martínez-Terrón et al. (coords.): *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en Homenaje al Prof. Rafael Navarro-Valls*, vol. II, Iustel, Madrid, 2013, págs. 3571 a 3585.
- Ley, proceso y contrato, como lenguajes*, en C. Carretero (Dir.): *El Derecho en los medios de comunicación*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, págs. 189 a 204.
- El trabajo en la Constitución de la II República Española y sus antecedentes*, Libro Homenaje a Rafael Forero Rodríguez, Bogotá, 2013 (edición digital www.rfr.hol.es/doc/homenaje_rforeror.pdf), págs.. 172 a 182.
- Los límites del derecho de huelga: presente y futuro*, en A. Arias (coord.): *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Feliciano González Pérez*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 33 a 51.
- *La vejez ante el Derecho del Trabajo*, en A. Uribe (Dir.): *Envejecimiento activo en España*, Tirant Humanidades, Valencia, 2014, págs. 299 a 319.
- *Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo*, en J. Gorelli Fernández (coord.): *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, págs. 309-323.
- *El sindicato como empresario. A propósito de dos recientes sentencias*, en L.E. de la Villa e I. García-Perrote (coords.): *Los sindicatos. Homenaje al prof. D. Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*, Thomson Reuters/Lex Nova, 2014, págs.. 121-132.
- Crisis económica y reforma laboral en España*, en F. Cavas y J. Luján (Dirs.): *Crisis económica, reformas laborales y protección social. Homenaje al Profesor Jesús María Galiana Moreno*, Editum Munera, Murcia, 2014, págs. 681-711.
- Consecuencias sancionadoras de la actividad laboral durante las situaciones de incapacidad temporal y maternidad*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), t. XXX, 2012-2013, Thomson/ Civitas, 2014, ref. 1.570.
- Protección de datos y prueba videográfica*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXX, 2012-2013, Thomson/ Civitas, 2014, ref. 1.586.
- Reducción salarial, competencias del Estado y las Comunidades Autónomas y negociación colectiva*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXX, 2012-2013, Thomson/ Civitas, 2014, ref. 1.611.
- El trabajo y la vida: contradicciones y conciliaciones*, en J.P. Maldonado (coord.): “Mind the Gap. Para un sistema productivo de equidad entre mujeres y hombres”, Ed. Laborum, Murcia, 2015, págs. 111-121.

- Acción resolutoria del contrato de trabajo ex art. 50 ET y cese voluntario en la prestación laboral. Comentario a la STS de 20 de julio de 2012*, en “El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde”, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 472-481.
- Las medidas laborales y concursales de regulación de empleo: concordancias y discordancias*, en “Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum” (coord. A. Rojo y A. B. Campuzano), tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1845-1874.
- Las comisiones paritarias*, en J. García Murcia y M. Borrego Gutiérrez (coords.): *Arbitraje, mediación y comisiones paritarias en la solución del conflicto de trabajo*, Fundación SIMA y UCM, 2015, págs. 97-111.
- Sobre la constitucionalidad del RDL 3/2012 (con una digresión histórica)*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXXI, 2014-2015, Thomson/ Civitas, 2015, ref. 1.616.
- Tres aspectos de la reforma laboral de 2012 ante el Tribunal Constitucional*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXXI, 2014-2015, Thomson/ Civitas, 2015, ref. 1.631.
- Tutela judicial efectiva y denegación de prueba*, en “Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social” (coord. M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar), tomo XXXI, 2014-2015, Thomson/ Civitas, 2014, ref. 1.640.
- Sistema de clasificación profesional*, en J.M. Goerlich Peset (coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 473-483.
- Sobre el arbitraje laboral*, en “Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos”, Editorial Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 2167-2187.
- Comentario a los arts. 64, 65 y 66 de la Ley Concursal*, en *Comentario a la Ley Concursal* (Dir. Juana Pulgar Ezquerro), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 852-883.
- Evolución de la clasificación profesional en la negociación colectiva. Adaptación a la reforma laboral de 2012* (Dir. A. Montoya Melgar), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- El contenido complejo de la libertad sindical: planos individual y colectivo*, en “Sindicalismo y democracia: el ‘Derecho sindical español’ del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)”, Comares, Granada, 2017, págs. 227-239.
- La evolución del convenio colectivo en España*, en “Negociación colectiva: Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela”, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, págs. 375-392.
- Eduardo Dato: el reformismo social*, en “Grandes Juristas, Mártires por la Justicia”, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 165-176.
- Sobre el trabajo en la Constitución*, en “España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas”, Vol. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 1117-1132.

- Conclusiones V* (con Cesáreo Rocha Ochoa), en “X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica”, Vol. 2, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2019, págs. 693-703.
- El convenio colectivo, fuente del Derecho*, en “Estudios jurídicos multidisciplinares: José Iturmendi Morales, Maestro Complutense. Homenaje”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, ISBN 9788413551494, págs. 311-332.
- Huelga*, en “Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas”, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 822-824
- Derecho del Trabajo*, en “Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas”, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 698-700
- Poder de dirección y videovigilancia laboral*, en “Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, ISBN 9788413551524, págs. 190-208.
- El trabajo en los tiempos del virus*, en “Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico: Libro en homenaje a Federico Durán López”, Iustel, Madrid, 2021, ISBN 9788498904123, págs. 81-92
- Comentario a los artículos 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 y 189 de la Ley Concursal*, (con Nuria Paulina García Piñeiro), en “Comentario a la Ley Concursal: Texto refundido de la Ley Concursal” (dir. Juana Pulgar Ezquerro), 3ª ed., La Ley, Madrid, 2023.

3. Trabajos en Revistas españolas y extranjeras

- Acto de tercero y concurrencia de responsabilidades en accidentes de trabajo*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 1961, nº 1.
- La calificación de incapacidades en la doctrina del Tribunal Supremo*, Revista Iberoamericana de Seguridad social, 1961, nº 6.
- La jurisdicción laboral y el Fuero del Trabajo*, Revista de Trabajo, 1963, nº 2.
- La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 1963, nº 5.
- La desobediencia del trabajador en los accidentes “in itinere”*, Revista de Política Social, 1963 nº 60.
- El Derecho internacional de la Seguridad Social*, Revista de Política Social, 1964, nº 61.
- La mora en el pago del salario*, Revista de Política Social, 1964, nº 64.
- El seguro del emigrante: estructura y bases para su reforma*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 1964, nº 6.
- El ámbito personal del Derecho del Trabajo*, Revista de Política Social, 1966, nº 71.
- La Seguridad Social de los emigrantes*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 1966, nº 6.
- El Régimen Agrario de la Seguridad Social*, Revista de Política Social, 1967, nº 72.

- La responsabilidad del empresario frente a la Administración de Trabajo*, Revista de Administración Pública, 1967, nº 52.
- La Administración social española* (en col. con M. Alonso Olea), Revista Internacional de Ciencias Administrativas, 1969.
- El despido por fuerza mayor*, Revista de Política Social, 1970, nº 85.
- La evolución de los convenios colectivos en España*, “Anuario de estudios Sociales y Jurídicos”, 1973, II.
- La fragmentación de la Seguridad social y sus razones*, Revista de Política Social, 1973, nº 98.
- El procedimiento de imposición de sanciones por infracción de la legislación laboral*, “Documentación Administrativa”, 1969, nº 129.
- Aspectos de la política de empleo: la nueva regulación de los expedientes de crisis*, “Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo”, 1974, núm. 0.
- La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, 1976, nº 54-55.
- La aplicación temporal de la Ley de Relaciones Laborales*, “Anales de Derecho”, Universidad de Murcia, 1977, nº 1.
- La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España*, Revista de Política Social, 1978, nº 118.
- Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral*, Revista de Política Social, 1979, nº 121.
- El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo*, REDT, 1981, nº 5.
- Las relaciones colectivas de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, Derecho Laboral, Montevideo, 1981, nº 120.
- La inclusión en los convenios colectivos de cláusulas por cuotas de solidaridad por negociación*, Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT), 1982, nº 8.
- Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones*, REDT, 1982, nº 10.
- ¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?*, Boletín AEDIPE, spbre. 1982.
- El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores*, Documentación Laboral, 1983, nº 7.
- Sistemas de garantía del empleo: el ejemplo español*, Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires), 1983, nº 3.
- La interpretación jurisprudencial de las normas del Estatuto de los Trabajadores sobre contrato de trabajo*, RPS, 1983, nº 137.
- Las respuestas del Derecho del Trabajo a la crisis económica*, REDT, 1983, nº 14.
- Empresas multinacionales y relaciones de trabajo*, REDT, 1984, nº 16.
- Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo*, REDT, 1984, nº 20.
- La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Trabajo, 1984, nº 76.

- La Inspección de Trabajo y el control del cumplimiento de los convenios colectivos*, Relaciones Laborales, 1985, nº 2.
- Jurisdicción laboral y Estado de las autonomías tras la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*, Relaciones Laborales, 1985, nº 8.
- La huelga en hospitales*, Jano, 1985, nº 661-H.
- La reforma del Fondo de Garantía Salarial*, Documentación Laboral, 1985, nº 17.
- Problemas actuales del Derecho colectivo del Trabajo en España*, Deutsch-spanische Juristenvereinigung E.V., 1986, III.
- Los procesos laborales y el sistema del Derecho del Trabajo*, REDT, 1986, nº 25.
- La Inspección de Trabajo y los conflictos laborales*, Relaciones Laborales, 1986, nº 8.
- El sindicato más representativo en la LOLS y la Sentencia del Tribunal Constitucional*, Actualidad Laboral, 1986, nº 10.
- Los sindicatos ante la crisis económica*, REDT, 1985, nº 22 (también en *Derecho Social*, Bogotá, 1987, nº 26). -*La función del Estado en el sistema español del Derecho del Trabajo*, Derecho Laboral (Montevideo), 1987, nº 148.
- La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral*, Relaciones Laborales, 1987, nº 17.
- Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos*, REDT, 1987, nº 31.
- Die Rolle des Staates im spanischen Arbeitsrecht*, Recht der Arbeit, 1988, nº 1.
- El Derecho del Trabajo como factor del desarrollo social*, IUSTA (Universidad Santo Tomás, Bogotá), 1988, nº 12.
- El Estado y la autonomía colectiva*, Actualidad Laboral, 1989, nº 22.
- El contenido de los convenios colectivos*, Relaciones Laborales, 1989, nº 6.
- Poder del empresario y movilidad laboral*, REDT, 1989, nº 38.
- El lugar de los sindicatos en el sistema constitucional español*, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1989, nº 1.
- El principio de igualdad y la anticipación legal de la edad de jubilación...*, REDT, 1990, nº 43.
- Stato e autonomia collettiva in Spagna*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1990.
- The Protection of Workers in the event of the insolvency*, Labour Management Relations Series, 1991, nº 76.
- La Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores...*, La Ley, 15 febrero 1991.
- El acto de extensión del convenio colectivo y las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas*, REDT, 1992, nº 52.
- Discriminación por razón de sexo y adecuación del procedimiento de conflicto colectivo*, REDT, 1993, nº 61.
- Los incentivos públicos a la contratación laboral indefinida como medida política de empleo*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, 1993, enero-marzo.

- Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia*, REDT, 1993, nº 58.
- El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española*, REDT, 1994, nº 68.
- Commentaire sur la doctrine en droit du travail et la méthode comparée en Espagne*, Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, 1994-1.
- Les «actions positives» en faveur de la femme et la jurisprudence constitutionnelle espagnole*, Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, 1994-2.
- Sobre empresa y política*, REDT, 1994, nº 64.
- Discriminación por razón de sexo (cuatro sentencias del Tribunal Constitucional)*, Documentación Laboral, 1995, nº 45.
- El Tratado de la Unión Europea, el Libro Blanco de la Comisión y la reforma laboral española*, Relaciones Laborales y Seguridad Social, mayo 1995.
- El nuevo art. 52,c del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*, Aranzadi Social, nº 1, abril 1996.
- Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica. la reforma del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial*, Aranzadi Social, nº 3, mayo 1996.
- El accidente de trabajo y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, La Ley, nº 4042, 23 de mayo de 1996.
- Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral*, Documentación Laboral, nº 49, 1996.
- Sobre los orígenes de los seguros sociales en España*, REDT, 1996, nº 80.
- El diálogo social en el Derecho del Trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, nº 3.
- La reforma de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del Sistema*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, nº 4.
- La reforma de la contratación laboral (los Reales Decretos-leyes 8 y 9 de 1997)*, Aranzadi Social, octubre 1997, nº 11.
- Comentario a la Sentencia del TS, Sala IV, de 1 de abril de 1998*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, nº 9.
- Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, REDT, 1998, nº 91.
- La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Social, noviembre 1998, nº 13.
- El contrato de trabajo en prácticas*, Anuario Jurídico de La Rioja, 1998, nº 4.
- Contrato de trabajo y economía*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, nº 8.
- El Derecho ante el futuro de la organización del trabajo*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núms. 1-2, 1999.

- Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida*, Documentación Laboral, 1999, nº 58.
- Estructura profesional y movilidad funcional*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1999, nº 21.
- Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)* [en col. con R. Aguilera Izquierdo], Aranzadi Social, enero 2000, nº 18.
- El desarrollo normativo del Pacto de Toledo*, Aranzadi Social, marzo 2000, nº 22.
- El poder de dirección del empresario (art. 20 ET)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, marzo-agosto 2000.
- Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), nº 23, 2000.
- Sobre el futuro de la Seguridad Social*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social), nº 24, 2000.
- Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, nº 13, novbre. 2000.
- La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), nº 33, 2001.
- Libertad sindical, negociación colectiva y relaciones laborales en la Unión Europea*, Relacentro, Revista de Relaciones Laborales (OIT & US Dpt. of Labor), nº 1, año 1, octubre 2001.
- La libertad informativa del trabajador. Tres sentencias del Tribunal Constitucional*, Anuario de Derechos Humanos (Fac. Derecho, UCM), vol. II, 2001.
- El tiempo de trabajo de los médicos de la Seguridad Social y su sistema normativo*, Tribuna Social, nº 135, marzo 2002.
- *Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social* (en col. con Y. Sánchez-Urán y A. Cámara Botía), Foro de Seguridad Social, febrero-junio 2002, núms. 6 y 7, y RTSS (CEF) núm. 230 (2002).
- *Principios jurídicos de la protección de la salud de los trabajadores en la empresa* (en col. con A. Cámara Botía), La Mutua, revista técnica de seguridad social y prevención, núm. extraordinario, junio 2002.
- *Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 109, 2002.
- Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 32, 2002.
- Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo* (en col. con Y. Sánchez-Urán), Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Seguridad Social), núm. Extraordinario sobre “Jubilación flexible”, 2002.
- Derechos del trabajador e Informática*, Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, nº especial, 2002.
- Poder de dirección del empresario y estructuras productivas complejas*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 33, 2003.

- La Justicia Laboral*, Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura, CSIC, julio 2003.
- El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), n° extraordinario, 2003.
- Cien años de reformas sociales* (Introducción a las obras “Boletín del Instituto de Reformas Sociales (1903-1924)” y “Publicaciones del Instituto de Reformas Sociales (1903-1904)”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, soporte DVD, NIPO 201-03-072-5 y 201-03-127-1.
- Crisis de empresa y contrato de trabajo (Panorama tras la Ley Concursal)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 132, abril-junio, 2004.
- Diálogo social y justicia paritaria en los orígenes del derecho español del trabajo*, , Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n° 34, 2004.
- Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para un estudio)*, Aranzadi Social, núm. 5, junio 2004.
- Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), n° 53, 2004.
- Don Quijote, patrono y juez laboral*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 126, 2005; Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n° 35, 2005.
- Don Quijote, juez de lo Social*, Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid, junio 2005.
- La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), n° 58 (2005).
- A Justiça Laboral*, Synthesis, Sao Paulo, n° 40 (2005).
- Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del trabajo*, Temas Laborales, n° 81 (2005).
- Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 129, 2006; Revista Jurídica del Perú, n° 93, novbre. 2008, págs. 489-508.
- El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales*, Aranzadi Social, n° 3 (2006).
- Cien años de Inspección de Trabajo en España*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 132, 2006.
- Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del Trabajo*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n° 36, 2006.
- La Seguridad Social en la reforma laboral de 2006* (en col. con R. Aguilera Izquierdo), Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n° 69, 2007.
- El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, n° 37, 2007.
- Cien años de la Inspección de Trabajo en España*, Revista Jurídica del Perú, núm. 83, enero 2008.

- La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho comparado)*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 69, 2007, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 69, 2007, y Revista Jurídica del Perú, núm. 88, junio 2008.
- Sobre globalización, 'flexiguridad' y estabilidad en el empleo*, Aranzadi Social, julio 2008, nº 6.
- El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 140, octubre-dbre. 2008, págs. 753-768.
- De los seguros sociales a la Seguridad Social (en el centenario del Instituto Nacional de Previsión)*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 38, 2008, págs. 195-224.
- Un apunte sobre los orígenes del contrato de trabajo del futbolista*, Revista Aranzadi de Derecho, Deporte y Entretenimiento, 2008-3, nº 24, págs. 259-262.
- Nuevas tecnologías y buena fe contractual*, Relaciones Laborales, núms. 5-6, marzo 2009, págs. 37-51.
- El Seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla. Recuerdos de hace medio siglo*, Temas Laborales, núm. 100, 2009, I, págs. 179-188.
- Buenos y malos usos del ordenador en la empresa*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 39, 2009.
- Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009, págs. 179-193.
- El empleo ilegal de inmigrantes*, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 17, 2º semestre 2009, págs. 17-32.
- *La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho comparado)*, Soluciones Laborales, nº 27, marzo 2010, págs. 86-94.
- Las pensiones de jubilación y su reforma permanente*, El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, marzo-abril 2010, nº 30, págs. 72-77.
- El nuevo Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo núm. 79/2009*, Aranzadi Social, nº 1, abril 2010, págs. 71-80.
- Para una revisión de los límites del derecho de huelga*, Revista del Instituto de estudios Económicos, núms. 2 y 3 2010 ("La regulación del derecho de huelga"), págs. 3-26.
- Crisis económica y reforma laboral*, IEB Magazine, nº 11, julio 2010, pp. 26-28.
- Jurisdicción y administración en los expedientes de regulación de empleo*, "Estudios", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 207-236.
- Contratas, derechos fundamentales y "desbordamiento" de la jurisdicción constitucional*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 149, enero-marzo 2011, págs. 211-223.
- El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 151, julio-septiembre 2011, págs. 619-631.
- El trabajo en las Constituciones españolas del siglo XIX*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 154, abril-junio 2012, págs. 15-28.

- El Derecho del Trabajo en la REDT*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 154, abril-junio 2012, págs. 11-12.
- El contrato de trabajo tras la reforma laboral*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 155, julio-septiembre 2012, págs. 11-14.
- Reforma laboral y concurso de acreedores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 156, octubre-diciembre 2012, págs. 11-15.
- Continuidad y cambio en el nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 157, enero-marzo 2013, págs. 11-14.
- El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2012-2014)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 158, abril-junio 2013, págs. 11-14.
- Tradición e innovación en las reformas laborales de España (1975-2012)*, Areas. Revista Internacional de Ciencias Sociales, núm. 32, 2013, págs. 17-27.
- El declive de la eficacia normativa del convenio colectivo*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 161, febrero 2014, págs. 15-39.
- El espíritu de las leyes laborales*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 164, mayo 2014, págs. 11-17.
- La reforma laboral ante la Constitución (comentario al Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero)*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº extraordinario, 2014, págs. 257-266.
- La ampliación de la materia contenciosa laboral: luces y sombras*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 167, agosto 2014, págs. 13-16.
- Nuevas políticas de empleo (La Estrategia Española 2014-2016 y el Plan Anual 2014)*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 169, octubre 2014, págs. 13-17.
- Estrategias y planes sobre prevención de riesgos laborales*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 172, enero 2015, págs. 13-18.
- Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 173, febrero 2015, págs. 13-22.
- Equidad y universalidad en la sanidad pública*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 174, marzo 2015, págs. 13-25.
- La progresiva liberalización del sistema de relaciones laborales*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 177, junio 2015, págs. 15-23.
- La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 180, octubre 2015, págs. 15-23.
- Las leyes laborales de la X Legislatura (2012-2016)*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 183, enero 2016, págs. 15-23.
- Cincuenta años de Seguridad Social en España*, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 185, marzo 2016, págs. 15-23.
- La ofensiva contra la reforma laboral: el caso del contrato de apoyo a los emprendedores*, ERASMUS+Instituto de Derecho Europeo e Integración Social (UCM), WP IDEIR nº 29, 2016.

- Ayer y hoy del Estatuto de los Trabajadores (I): el contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 188, 2016, págs. 15-26.
- Ayer y hoy del Estatuto de los Trabajadores (y II): representación en la empresa y negociación colectiva*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 191, 2016, págs. 15-20.
- Las comisiones paritarias*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, nº 123, 2016, págs. 97-108.
- De nuevo sobre el trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 196, 2017, págs. 15-24.
- Cuarenta años del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 199, 2017, págs. 15-19.
- Las reformas urgentes del trabajo autónomo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 205, 2018, págs. 11-18.
- Un año de jurisprudencia constitucional en materia laboral*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 207, 2018, págs. 11-23.
- El ámbito subjetivo del Sistema Nacional de Salud: (doctrina reciente del Tribunal Constitucional)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 210, 2018, págs. 11-16.
- Los precedentes normativos del modelo constitucional de relaciones colectivas de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 213, 2018, págs. 11-15.
- 2018: un año de jurisprudencia constitucional en materia laboral*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 218, 2019, págs. 13-26.
- Utopías laborales y Derecho del Trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 221, 2019, págs. 21-34.
- Once meses de normas laborales y de seguridad social: (junio 2018-abril 2019)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 221, 2019, págs. 13-18.
- Un siglo de pensiones de jubilación*, Revista española de derecho del trabajo, nº 224, 2019, págs. 13-22.
- El Ministerio de Trabajo cumple cien años*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 227, 2020, págs. 15-20.
- Sobre el derogado art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 229, 2020, págs. 13-20.
- Sobre la dignidad del trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 231, 2020, págs. 31-48.
- 2019: un año de jurisprudencia constitucional en materia de trabajo y seguridad social*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 232, 2020, págs. 13-32.
- El convenio colectivo, fuente del derecho*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 235, 2020, págs. 21-42.
- Tres aniversarios*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 235, 2020, págs. 13-18.
- El Derecho del Trabajo antes el covid-19: los motivos del legislador de urgencia*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 238, 2021, págs. 13-32.

- Cien años de la muerte de Eduardo Dato*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 240, 2021, págs. 13-26.
- Trabajadores en plataformas digitales: la STS 805/2020 y el RDL 9/2021*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 243, 2021, págs. 15-31.
- La obra científica del profesor Manuel Alonso Olea*, (con José Serrano Carvajal y Manuel Serrano Ruiz-Calderón), Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 63, 2022.
- Cuestiones básicas sobre la regulación del empleo*, (con Antonio V. Sempere Navarro), Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 265, 2023, págs. 13-46.

4. Enciclopedia jurídica, diccionario jurídico, comentarios y recopilaciones de textos legales y jurisprudencia, formularios jurídicos

- Leyes sindicales francesas* (traducción y estudio preliminar), Instituto de Estudios Sindicales, Madrid, 1968.
- Leyes Sociales de España* (en col. con J. Castán Tobeñas, M. Alonso Olea y otros), Col. Medina y Marañón, Ed. Reus, Madrid, 1968.
- Estatuto de los Trabajadores reformado. Normas de desarrollo y jurisprudencia* (en col. con J.M. Galiana), Tecnos, Madrid, 1984.
- Las sentencias laborales del Tribunal Constitucional* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere y J. García Abellán), Tecnos, Madrid, 1984.
- Legislación Sindical* (en col. con R. Aguilera), Tecnos, Madrid (1ª ed., 1986; 23ª ed., 2014).
- Ley de Procedimiento Laboral* (en col. con B. Ríos Salmerón), Tecnos, Madrid (1ª ed., 1990; 18ª ed., 2011).
- Ley de la Jurisdicción Social* (en col. con B. Ríos Salmerón), Tecnos, Madrid (1ª ed., 2012; 5ª ed., 2016; 7ª ed., 2018).
- Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere y B. Ríos), Aranzadi, Pamplona, 1995; 2ª ed. 1998; 3ª. ed. 2000; 4ª. ed., 2001; 5ª ed., 2003; 6ª ed., 2005; 7ª ed., 2007; 8ª ed., 2010; 9ª ed., 2013.
- Jurisprudencia constitucional de trabajo y seguridad social* (coordinador con M. Alonso Olea), Civitas, Madrid, tomos XI (1993), XII (1994), XIII (1995), XIV (1996), XV (1997), XVI (1998), XVII (1999), XVIII (2000), XIX (2001), XX (2002), XXI (2003), XXII (2004), XXIII (2005), XXIV (2006), XXV (2007), XXVI (2008), XXVII (2009), XXVIII (2010), XXIX (2011), XXX (2012-2013), XXXI (2014), XXXVI (2015-2018, dir. M. Alonso Olea, A. Montoya Melgar y A. V. Sempere Navarro).
- Enciclopedia Jurídica Básica* (director), cuatro vols., Civitas, Madrid, 1995.
- Formularios laborales* (en col. con C. Miñambres y J.A. Quilez), McGraw Hill, Madrid, 1998.
- Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere, B. Ríos), Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2003.
- Comentario a la Ley de Empleo* (en col. con R. Cristóbal Roncero), Civitas, Madrid, 2004.
- Comentario a la reforma laboral de 2006. Ley 43/2006, de 29 de diciembre* (en col. con J.M. Galiana, F. Cavas y A. Cámara), Thomson/Civitas, Navarra, 2007.

- La protección de las personas dependientes. Comentario a la ley 39/2006* (director), Thomson/Civitas, 2007.
- Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (director), Thomson/Civitas, 2007.
- Leyes del trabajo*, Thomson/Civitas, 2007 (9ª ed., 2015).
- Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia* (dir.: F. Pérez de los Cobos), comentario al art. 3 (en col. Con R. Martín Jiménez), La Ley, Madrid, 2010, págs. 145 a 194.
- Comentario a la reforma laboral de 2010* (dir.: A. Montoya Melgar y F. Cavas Martínez), Thomson/Civitas, 2011.
- Comentario a la reforma laboral de 2012* (dir.: A. Montoya Melgar y J. García Murcia), Thomson/Civitas, 2012.
- Comentario a la Ley de la Jurisdicción Social* (en col. con J.M. Galiana, A.V. Sempere, B. Ríos, F. Cavas, J. Luján, J. M. Moya y A. Cámara), Thomson/Aranzadi, 2013.
- Diccionario Jurídico* (director), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Thomson-Aranzadi, 2016.

5. Prólogos

A los siguientes libros:

- J.M. Galiana Moreno: El ámbito personal del derecho a la emigración, Madrid, 1976.
- J. García Abellán: Organización de los gremios en la Murcia del siglo XVIII, Murcia, 1976.
- F. García Ortuño: Seguros privados y seguridad Social, Madrid, 1976.
- A. Montoro Ballesteros: Presupuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo, Murcia, 1980.
- F. González Pérez: El estatuto del artista de espectáculos públicos, Cáceres, 1981.
- A.V. Sempere Navarro: Nacionalesindicalismo y relación de trabajo, Madrid, 1982.
- B. Ríos Salmerón: Los privilegios del crédito salarial, Madrid, 1984.
- A.V. Sempere Navarro: Régimen jurídico de las mutuas patronales, Madrid, 1986.
- J. Vilar, P. Egea y D. Victoria: El movimiento obrero en el distrito minero de Cartagena-La Unión, 1840-1930, Murcia 1987.
- A. Cámara Botía: El contrato de trabajo aeronáutico, Madrid, 1995.
- J. Torollo González: Tiempo de trabajo y contrato ferroviario, Madrid, 1995.
- R. Aguilera Izquierdo: Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Pamplona, 1997.
- I. Duréndez Sáez: La regulación del salario en España, Madrid, 1997.
- R.Y. Quintanilla Navarro: Los convenios colectivos irregulares, Madrid, 1999.
- M.C. San Martín Mazzucconi: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Pamplona, 1999.

- M.R. Cristóbal Roncero: Los derechos de los trabajadores en la transmisión de empresas: un estudio del Ordenamiento jurídico alemán, Madrid, 1999.
- A. Godínez Vargas: El derecho de participación de los trabajadores en el ámbito de la empresa, San José de Costa Rica, 1999.
- B. Gutiérrez-Solar Calvo: Naturaleza y configuración jurídica del deber de seguridad y salud en el trabajo, Madrid, 1999.
- Y. Cano Galán: El despido libre y sus límites en el Derecho norteamericano, Madrid, 2000.
- R. Martín Jiménez: Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional, Madrid, 2001.
- C. Miñambres Puig: La estabilidad de funcionarios y trabajadores, Madrid, 2001.
- I. Alzaga Ruiz: La relación laboral de los artistas, Madrid, 2001.
- G. Barrios Baudor *et al.*: Derecho del Trabajo. Una visión panorámica, 2 ed., Murcia, 2002.
- M.T. Sosa Mancha: La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de leyes de contrato de trabajo: 1821-1924), Madrid, 2002.
- P. Pic: Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898, estudio prel. y trad. de I. Alzaga Ruiz, Madrid, 2002.
- R. Aguilera Izquierdo, G. Barrios Baudor y Y. Sánchez-Urán Azaña: Protección Social Complementaria, Madrid, 2003.
- R.Y. Quintanilla Navarro: Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido, Madrid, 2003.
- J. Gil Plana: El Instituto de Reformas Sociales y los orígenes de la Administración laboral, Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2003.
- Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Civitas, Madrid (en col. con M. Alonso Olea): Prólogo a los volúmenes X a XXXI.
- R. Molina González-Pumariega: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- J. Gil Plana: *La prueba en el proceso laboral*, Thomson/Aranzadi, 2005.
- R. Aguilera Izquierdo, R. Cristóbal Roncero y N.P. García Piñeiro: *El régimen jurídico de la formación continua*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- M^a del Carmen López Anierte y Francisca M^a Ferrando García: *La seguridad social de los trabajadores autónomos: nuevo régimen jurídico*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- N. P. García Piñeiro: *Las asociaciones empresariales en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- J. P. Maldonado: *Las asociaciones religiosas ante el Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- P. Núñez-Cortés y A. Cebrián: El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de vida laboral y personal, *Comunidad de Madrid*, 2006.
- I. Duréndez Sáez: La sanción administrativa en el orden social, *Universidad de Murcia*, 2006.
- L. Pacheco Zerga: La dignidad humana en el Derecho del Trabajo, *Thomson/Civitas*, 2007.

- J.L. Gil y Gil e I. Sagardoy de Simón: *La protección contra el despido disciplinario*, Cinca, Madrid, 2007.
- R. Cristóbal Roncero: *El estatuto jurídico del personal investigador en formación*, Thomson/Civitas, 2008.
- M^a del M. Alarcón Castellanos: *La intermediación en el empleo como instrumento eficaz en tiempos de crisis*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2009.
- Sira Pérez Agulla: *El Estatuto del Trabajo Autónomo y su desarrollo a partir del RD 197/2009*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 2009.
- Francisco Javier Fernández Orrico: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012.
- José María Ríos Mestre: *El despido colectivo y el concurso de acreedores*, Thomson Reuters/Civitas, 2013.
- Yolanda Sánchez-Urán y Juan Gil Plana: *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*, Thomson Reuters/Civitas, 2014.
- Francisco J. Fernández Orrico: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, 2^a ed., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014.
- Juan Antonio Sagardoy Bengoechea: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Ed. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2015.
- Antonio V. Sempere Navarro (Dir.): *El Derecho del Trabajo en el cine*, Ed. Laborum, Murcia, 2015.
- J.M. Ríos Mestre: *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017.
- Antonio V. Sempere Navarro (dir.): *Una mirada laboralista a la pintura del Prado*, Boletín Oficial del Estado, AEBOE, 2020.
- Antonio Folgado Olmo: *La garantía de indemnidad*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 2021.
- Manuela Abeleira Colao: *El trabajo de los menores en espectáculos públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

6. Editoriales

- A todos los números de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (luego Ministerio de Trabajo e Inmigración y actualmente Ministerio de Empleo y Seguridad Social) /serie Derecho del Trabajo, desde su nueva etapa iniciada en 1997.

7. Recensiones

Numerosas recensiones a obras nacionales y españolas, aparecidas en Revistas especializadas desde 1961.

8. Ensayo

- Trabajo, ocio y oficios en las "Empresas Políticas" de Saavedra Fajardo*, discurso de ingreso en la Real Academia Alfonso X el Sabio, de Murcia (1988).

- Notas sobre el trabajo en Kafka*, “Campus” (Revista Informativa y Cultural de la Universidad de Murcia), 1987, nº 16-17.
- “Velázquez y el trabajo”, *Libro Homenaje al Prof. García Abellán*, Universidad de Murcia, 1991.
- El trabajo en la literatura y el arte*, Civitas (Colección Marginalia), Madrid, 1995.
- Los guardo en mi memoria*, en Polo García, Victorino (coord.): “Cinco libros en mi vida”, Cátedra de Literatura Hispanoamericana, Universidad de Murcia, Murcia, 2009, págs. 265 a 273.
- Art. 28.2 *Derecho de huelga. Una huelga de obreros en Vizcaya*, en “Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado”, Tribunal Constitucional, 2020, págs. 50-51.
- Art. 35.1 *Derecho al trabajo. La fragua de Vulcano*, en “Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado”, Tribunal Constitucional, 2020, pág. 56.
- Los trabajos de Don Quijote y Sancho y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Civitas, Madrid, 2020.
- Amos y criados en el teatro de Shakespeare (apunte literario con el Derecho del Trabajo al fondo)*, en “Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto”, Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 1147-1162.
- Amos y criados en el teatro clásico. Cuatro ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Civitas, Madrid, 2022.
- Don Quijote, juez de lo social*, en “Los abogados de Madrid y El Quijote”, 2ª ed., Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 75-78.

9. Varia

- Laudatio* del Prof. Alonso Olea en su investidura como Dr. H.C. por la Universidad de Göttingen (publicado en Revista de Administración Pública, 1987, núm.114).
- Laudatio* del prof. Franz Gamillscheg en su investidura como Dr. H.C. por la Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- El siglo de las Reformas Sociales*, artículo publicado en el diario ABC el 15-XII-2003.
- In Memoriam* Prof. Alonso Olea, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (marzo 2003); Facultad de Derecho de Sevilla (abril 2003).
- Manuel Alonso Olea: in memoriam*, en “El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea” (coord.: A. Montoya Melgar), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- Manuel Alonso Olea. Memoria de un Maestro*, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº 33, 2003 (reproducido en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 117, 2003).
- Manuel Alonso Olea*, en “Juristas Universales” (dir. R. Domingo), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Bartolomé Ríos Salmerón, judex, magister atque amicus*, en “Bartolomé Ríos Salmerón, jurista ciezano”, Murcia, 2005.
- Discurso de investidura como doctor Honoris Causa por la Universidad Rey Juan Carlos*, Madrid, 2006.

- In memoriam Juan Rivero Lamas*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 136, 2007.
- Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Murcia*, 2008.
- La pasión española de Klaus Adomeit*, en Hanau, Thau, Westermann (Dir.): *Gegen den Strich. Festschrift für Klaus Adomeit*, Luchterhand, 2008, págs. 499 y ss.
- Recuerdo familiar de Rafael Lapesa*, Boletín de la Real Academia Española, t. LXXXVII, cuaderno CCXVI, julio-diciembre 2007; y *Actas del simposio internacional “El legado de Rafael Lapesa”*, Valencia, 2008.
- El Seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla (Recuerdos de hace medio siglo)*, Temas Laborales, núm. 100, 2009, vol. I, p. 179-186.
- La reforma laboral necesaria*, El Mundo, 20 febrero 2012.
- Manuel Alonso Olea (en el décimo aniversario de su muerte)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 159, 2013, págs. 11-14.
- Manuel Alonso Olea. La persona y la obra* (en col. con otros), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013.
- Tres maestros complutenses del Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, UCM, 2013.
- Eduardo García de Enterría: in memoriam*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 160, octubre-diciembre 2013, págs. 11-13, incluido en la obra colectiva *Eduardo García de Enterría: semblanzas de su vida y de su obra*, Thomson Reuters/Civitas, 2014, págs. 453-455.
- Los trabajadores ante la Constitución*, El Mundo, 5 agosto 2014.
- Una pieza clave para una política de empleo eficaz*, Cinco Días, 20 julio 2016.
- Semblanza de grandes laboristas. Manuel Alonso Olea* (coord. A. Montoya Melgar), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- Don Eugenio en la Academia (con la Universidad al fondo)*, en VV. AA.: *Semblanza de grandes laboristas. Eugenio Pérez Botija* (coord. L.E. de la Villa) Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- Manuel Alonso Olea: la persona y la obra*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 194, 2017, págs. 15-19.
- Homenaje académico a Eduardo García de Enterría*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 216, 2019, págs. 13-16.
- Declaración pública de abogados, profesores universitarios, académicos de jurisprudencia y legislación, y de Ciencias Morales y Políticas, y otros profesionales del Derecho, ante la posibilidad de una Proposición de Ley Orgánica de Amnistía respecto a los delitos cometidos mediante la declaración unilateral de independencia de Cataluña*, (con Carmen Alonso Ledesma, Manuel Aragón Reyes, Raúl Leopoldo Canosa Usera, Francesc de Carreras Serra Árbol académico, Andrés de la Oliva Santos, Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Teresa Freixes Sanjuán, Julio Iglesias de Ussel, Antonio López Pina, Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel, Jesús María Silva Sánchez, María José Roca Fernández y Francisco Sosa Wagner), e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS), Vol. 8, nº 2, 2023, págs. 8-22.

-*El maestro Alonso Olea, doctor honoris causa por la Universidad de Gotinga*, en “El centenario del profesor Manuel Alonso Olea”, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2024, págs. 9-12.

10. Obra literaria

-*De ornitología*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 60, 1978, págs. 5-7.

-*El Regreso*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 63, 1978, págs. 43-45.

-*El Psiquiatra y la samaritana*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 66, 1979, págs. 33-35.

-*El que hablaba a Dios*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 68, 1980, págs. 35-40.

-*Nombres*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 71, 1980, págs. 61-65.

-*Hombre que cae cantando*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 75, 1981, págs. 99-100.

-*Las visiones del viajero de Praga*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 77, 1982, págs. 43-46.

-*La calle*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 79, 1982, págs. 39-41.

-*Tres variaciones sobre el fin del mundo*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 83, 1983, págs. 37-41.

-*Día de abril en Humahuaca*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 85, 1984, págs. 43-45.

-*La historia de Daniel*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 1, 1985.

-*De Miguel Espinosa*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 1, 1985.

-*El panamá y otros cuentos*, Editora Regional de Murcia, Murcia, 1986.

-*Sueña mi coronel*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 2, 1986.

-*Últimas horas de un caballero andante*, Monteagudo. Revista de Literatura Española, Hispanoamericana y Teoría de la Literatura, nº 6, 1988.

