



REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## NUEVAS REALIDADES LABORALES, NUEVOS DERECHOS

NÚMERO 11, JULIO DE 2019

¿HACIA DÓNDE VA EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL?  
EL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LOS PENSIONISTAS,  
LAS EXPECTATIVAS EN LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL,  
LAS MEJORAS EN EL SUBSIDIO PARA DESEMPLEADOS MAYORES DE 52 AÑOS,  
LA EQUIPARACIÓN ENTRE REGÍMENES Y LA ESPERADA MEJORA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

*Eva María Blázquez Agudo*

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS EMPLEADOS  
EN EL REGISTRO DE LA JORNADA Y LOS DENOMINADOS “DERECHOS DIGITALES”

*José Antonio Marcos Herrero*

MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA TRAS EL  
REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

*José Fernando Lousada Arochena*

MODERNIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA: EL INCREMENTO DE ABUSOS EN LA  
CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA NUEVA FIGURA DEL “FUNCIONARIO INTERINO TEMPORALMENTE INDEFINIDO”

*Inmaculada Marín Alonso*

THE NEW OBLIGATION FOR COMPANIES IN SPAIN: WORKING TIME REGISTRATION. INNOVATION OR REGRESSION?

*Íñigo Sagardoy de Simón y Pilar Núñez-Cortés Contreras*

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



Centro de Estudios  
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



#### ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA  
**DERECHO SOCIAL  
Y EMPRESA**

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,  
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS  
ISOC



Dialnet

vlex  
vlex.com

MIAR

*Colabora:*





# Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL

CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

EDITORIAL DYKINSON



## DIRECTORA

**Pilar Núñez–Cortés Contreras**

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy.*

*Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Loyola Andalucía*

## EDITORA

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla*

## SECRETARIA

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Carlos III de Madrid*

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Complutense (Madrid)*

### MIEMBROS

**María del Mar Alarcón Castellanos**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Lourdes Arastey Sahún**

*Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)*

**Philippe Auvergnon**

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,  
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail.  
Université Bordeaux (Francia)*

**Marie Cécile Escande-Varniol**

*Catedrática de Derecho del Trabajo. Université Lyon 2 (Francia)*

**Carolina Gala Durán**

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

**Santiago García Echevarría**

*Catedrático de Política Económica de la Empresa.  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Complutense (Madrid)*

**Abbo Junker**

*Catedrático de Derecho del Trabajo,  
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians.  
Universität München (Alemania)*

**Lourdes Mella Méndez**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Santiago Compostela*

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

**Mariano Sampedro del Corral**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Cristina Sánchez-Rodas Navarro**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla*

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Sevilla*

**Michele Tiraboschi**

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de  
Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

**Jorge Tua Fernández**

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**Fernando Valdés Dal-Ré**

*Magistrado del Tribunal Constitucional*

**Luis Enrique de la Villa Gil**

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Autónoma (Madrid)*

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **PRESIDENTE**

**Íñigo Sagardoy de Simón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Francisco de Vitoria*

### **DIRECTOR**

**Martín Godino Reyes**

*Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

### **MIEMBROS**

**Valentín Bote Álvarez-Carrasco**

*Director del Servicio de Estudios de Randstad Research*

**Jaime Cabeza Pereiro**

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

**Macarena Castro Conte**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Antonio Cebrián Carrillo**

*Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)*

**Teresa Cervera Soto**

*Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo*

**Manuel Correa Carrasco**

*Profesor Titular de la Universidad Carlos III de Madrid*

**Martin Fröhlich**

*Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)*

**María Jesús Herrera Duque**

*Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Fernando Lousada Arochena**

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

**José Antonio Marcos Herrero**

*Abogado, Director de Recursos Humanos de  
Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

**José Manuel Martín Martín**

*Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Profesora Agregada.  
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

**María Luisa Molero Maraño**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Rocío Molina González-Pumariega**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora. Universidad Carlos III (Madrid)*

**Leonor Victoria Pablos Fernández**

*Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)*

**Vicente Pérez Menayo**

*Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica*

**Anselmo Presencio Fernández**

*Director Recursos Humanos, Persan*

**Iván Rodríguez Cardo**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

**Carmen Sáez Lara**

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

**Lavinia Serrani**

*Editorial Coordinator of ADAPT International, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Francesca Sperotti**

*Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Helmut Weber**

*Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)*

## **EVALUADORES EXTERNOS**

**Francisco Alemán Páez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Córdoba*

**Inmaculada Benavente Torres**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Córdoba*

**Jesús Cruz Villalón**

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

**Belen Fernández Docampo**

*Profesora de Contratada Doctora de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Vigo*

**Marta Fernández Prieto**

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

**Francisca María Ferrando García**

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

**José Luis Gil Gil**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

**Luis Gordo González**

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

**María Sonsoles Gutiérrez de la Peña**

*Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)*

**María Teresa Igartua Miró**

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

**Risa L. Lieberwitz**

*Catedrática de Derecho del Trabajo.  
Cornell University, ILR School (USA)*

**María del Carmen López Aniorte.**

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

**Paz Menéndez Sebastián**

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

**Jesús R. Mercader Uguina**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III (Madrid)*

**Julia Muñoz Molina**

*Profesora Titula de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Córdoba*

**Patricia Nieto Rojas**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Daniel Pérez del Prado**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

**María Monserrate Rodríguez Egío**

*Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Murcia*

**Eduardo Rojo Torrecilla**

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

**Tatsiana Ushakova**

*Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas*

**José Manuel del Valle Villar**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*

**Alicia Villalba Sánchez**

*Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela*

## El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



# Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 11, JULIO 2019

## «NUEVAS REALIDADES LABORALES, NUEVOS DERECHOS»

### COORDINADOR

ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN



### PRESENTACIÓN

ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN

### ARTÍCULOS

¿Hacia dónde va el sistema de la Seguridad Social? El mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, las expectativas en la prolongación de la vida laboral, las mejoras en el subsidio para desempleados mayores de 52 años, la equiparación entre regímenes y la esperada mejora de las prestaciones familiares

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

La protección de datos personales de los empleados en el registro de la jornada y los denominados “derechos digitales”

JOSÉ ANTONIO MARCOS HERRERO

**Maternidad y Conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras  
el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

**Modernización del empleo público y crisis económica:  
el incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva  
figura del “funcionario interino temporalmente indefinido”**

INMACULADA MARÍN ALONSO

**The new obligation for companies in Spain: working time registration.  
Innovation or regression?**

ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN Y PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

# PRESENTACIÓN

**E**stamos nuevamente muy satisfechos con la elaboración de este nuevo número (ya van once) de la Revista Derecho Social y Empresa. Como es habitual, siempre buscamos temas que sean de plena actualidad pero que a la vez generen incertidumbre jurídica que convenga interpretar o fomenten la innovación en el ámbito de las relaciones laborales y nuestra disciplina.

Han existido algunas novedades de calado desde la publicación de nuestro último número, sobre todo en materia de jornada de trabajo -que tratamos de recoger con profundidad en un artículo de la Revista- pero igualmente existen cuestiones de política social que siempre consideramos interesante abordar. Este equilibrio entre la temática más puramente social y/o de empleo y la jurídica siempre es el *leit motiv* que guía nuestra Revista y así lo hemos pretendido nuevamente con la publicación que ahora presentamos.

Las nuevas realidades laborales generan nuevos derechos digitales, de conciliación, de prolongación de la vida laboral, de jornada... que van a ser una constante en la legislación laboral de los próximos años. Con este número queremos iniciar una senda de reflexión en torno a los mismos.

En efecto, comenzamos con un tema que siempre es a la par polémico y objeto de numerosas páginas, tanto desde una vertiente más mediática como desde una perspectiva más rigurosa en el ámbito legal. La Profesora Blázquez Agudo, con la profundidad que le caracteriza, hace un repaso de las últimas modificaciones en una materia tan trascendental como es la Seguridad Social, apuntando tendencias de posibles reformas futuras. Su análisis se centra en los aspectos referidos a las prestaciones tanto en el Régimen General como en el de Autónomos, referidas a la jubilación y en los cambios que se están produciendo para el saneamiento de las cuentas públicas y la prolongación de la vida laboral. Acaba su reflexión apuntando cambios necesarios en la protección social de los trabajadores.

Las siguientes páginas de nuestro número se dedican a los novedosos “derechos digitales”, tema de protagonismo claro en el ámbito del Derecho del Trabajo del futuro, que generará polémicas resoluciones y decisiones empresariales y judiciales. El letrado José Antonio Marcos, con pragmatismo elogiabile, hace un repaso detallado de la incorporación de la legislación de varios derechos “digitales” de los trabajadores, entre los que destacaría la posibilidad de la desconexión digital y las incidencias en el tratamiento de datos de los trabajadores. Siendo un tema de tanta trascendencia, a buen seguro le dedicaremos más análisis en sucesivos números de nuestra Revista.

Si hay un tema de plena actualidad, igualmente, es el referido a la maternidad y conciliación, sobre todo tras el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo. El Profesor y Magistrado Lousada Arochena, con su agudeza intelectual y capacidad de anticiparse a los problemas que puedan ocurrir en esta materia, hace una aproximación muy interesante a las medidas que se dictaron en marzo pasado para la igualdad de trato de oportunidades entre hombres y mujeres referidas a permisos a favor de los progenitores, lactancia y el muy controvertido derecho de adaptación de la jornada que se prevé con gran litigiosidad. Se finaliza el estudio con unas conclusiones críticas y con el deseo de que el Decreto se convierta en ley formal.

En otro plano, el siguiente artículo va referido a un tema de permanente actualidad en el espectro público. La Profesora Marín Alonso, analiza con gran acierto y profundidad, un tema que todavía está pendiente de una clarificación jurídica total como es el referido a la contratación temporal (abusiva) en el ámbito de la Administración Pública. Sentencias de índole nacional y europeo, muy conocidas, han generado mucha incertidumbre sobre esta materia pero sigue estando abierta por las prácticas que diariamente ocurren en nuestra administración. Creemos que es un tema de gran interés.

Y, finalmente, los Profesores Nuñez-Cortés Contreras y yo mismo, tratamos de la nueva obligación del registro horario por parte de las empresas. Tema polémico dónde los haya y cuyo alcance no ha hecho más que empezar. Aparte de hacer unas reflexiones sobre el debate público, si la medida es acertada o no, y si favorece el crecimiento empresarial, también analizamos los aspectos legales de la medida y su aplicación práctica. Al igual que algunas de las cuestiones que se tratan en este número intuimos que va a ser el inicio de una serie de artículos sobre una realidad incipiente.

Esperemos que disfruten de la lectura de estas páginas y gracias por la confianza en esta Revista.

ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN

Madrid, 2019

# ARTÍCULOS

# ¿HACIA DÓNDE VA EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL? EL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LOS PENSIONISTAS, LAS EXPECTATIVAS EN LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL, LAS MEJORAS EN EL SUBSIDIO PARA DESEMPLEADOS MAYORES DE 52 AÑOS, LA EQUIPARACIÓN ENTRE RÉGIMENES Y LA ESPERADA MEJORA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

To where does Social Security go? The maintenance of pensioner's economic power, the promotion of active ageing at workplace, the best protection to unemployed people more than 52, the equality of social protection between workers and self-employed workers and the expectation about family benefits

**EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO**

*Viceconsejera de Empleo de la Comunidad de Madrid*

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

*Universidad Carlos III*

Fecha de recepción: 19/06/2019

Fecha de aceptación: 02/07/2019

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: OTRA VEZ ANTE UN ALUVIÓN DE MODIFICACIONES. 2. EL NECESARIO MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES: EL ANUNCIO DE LA DEROGACIÓN DEL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN. 3. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: ENTRE EL PRINCIPIO DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA JUBILACIÓN FORZOSA. 3.1. Otra vez las cláusulas de la jubilación forzosa. 3.2. Hacia la total compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo: la ampliación del derecho para los artistas. 3.3. La extensión de la

aplicación de la regulación anterior al 2013 a la jubilación parcial. 4. LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE UN COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE: EL SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. 4.1. El acceso cumpliendo todos los requisitos menos la edad. 4.2. La extinción del subsidio por acceso a la jubilación ordinaria y no anticipada. 4.3. Novedades en materia de cotización: Aumento de la cuantía y mejora en el acceso a la jubilación anticipada. 5. HACIA LA TOTAL EQUIPARACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS CON LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DEL RÉGIMEN GENERAL. 5.1. La obligatoria protección por contingencias profesionales. 5.2. La obligación de cotizar por cese de actividad y los cambios en la prestación. 6. EL INCREMENTO DE LAS CUANTÍAS DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES: ESPERANDO LA VERDADERA IMPLANTACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS FAMILIAS.

**RESUMEN:** En los últimos 6 meses se han sucedido modificaciones en el ámbito de la Seguridad Social que reflejan las tendencias en la materia que quizás vayan a marcar también el camino de las reformas futuras. Se suspende la utilización del índice de revalorización de las pensiones con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo; se amplían los supuestos de compatibilidad de jubilación y actividad profesional, buscando la prolongación de la vida laboral, que chocan con otras modificaciones como la admisión de cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos, que parece tener el fin opuesto; se amplía la protección del subsidio por desempleo a los mayores de 52 años; y se da un paso más en la convergencia de la protección social de los regímenes de la Seguridad Social.

**ABSTRACT:** In the last 6 months there have been diverse reforms in the context of Social Security, which show the pathway of the future. The revalorization index has been suspended in order to maintenance of pensioners' economic power, the cases of compatibility between work and pension have been extended in accordance with the principle of active ageing promotion, although there are other modifications in the opposite way as the resurrection of compulsory retirement clauses; the protection of unemployed people more than 52 years has been spread; and it is advanced in the convergence between social protection for workers and self-employed workers.

**PALABRAS CLAVE:** Reformas en Seguridad Social, pensiones, subsidio por desempleo para mayores de 52 años, convergencia regímenes, prestaciones familiares.

**KEYWORDS:** Social Security reforms, pensions, unemployed people benefit, convergence protection, family allowances.

## 1. INTRODUCCIÓN: OTRA VEZ ANTE UN ALUVIÓN DE MODIFICACIONES

En los últimos meses muchas han sido las novedades legislativas en materia de Seguridad Social y de diversa índole. De nuevo se han vuelto a introducir matizaciones, en algunas ocasiones importantes. Si el 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 adelante, LGSS), conseguía ordenar las normas fundamentales de este sistema, muchos de sus artículos ya se han visto otra vez retocados por regulaciones parciales. En concreto, en este trabajo se pretende el análisis de los elementos fundamentales incluidos desde diciembre de 2018 hasta mayo de 2019, introducidos generalmente a través de Reales Decretos Leyes, en los que se manifiesta la necesidad urgente de dichos cambios, tratando de buscar un hilo conductor del que se deduzca las tendencias de la protección social en los próximos tiempos.

Se inicia este estudio por el Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica del sector de la industria y el comercio español, que introdujo novedades en materia de jubilación parcial. El cual fue seguido, a los pocos días, por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. En este último, se recoge el cambio de la controvertida fórmula de actualización y revalorización de las pensiones y prestaciones públicas; reformas, definidas como de calado por la propia Exposición de Motivos, en materia de protección social para los trabajadores autónomos, donde se establece como obligatoria la cotización por contingencias profesionales, cese de actividad y formación profesional; se incluyen cambios en materia de cotización, entre los que destaca el aumento de la consideración de los días cotizados en caso de trabajos de duración inferior a 5 días<sup>1</sup>; algunas modificaciones menores en materia de desempleo; y la vuelta de la cláusulas de jubilación forzosa.

Posteriormente fue el 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, el

.....

1 A los efectos de acreditar los periodos mínimos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días, cada día de trabajo se considerará como 1,4 días de cotización.

que incluye importantes modificaciones en el subsidio por desempleo para mayores de 55 años que pasa de nuevo a ser para mayores de 52 años, regulando cuestiones importantes tales como la eliminación de la extinción automática de la ayuda cuando se alcanzan las condiciones para acceder a la jubilación anticipada o el cambio de la valoración de la cotización que se concede al beneficiario. Pero, también incluyen medidas de fomento del empleo, sobre las cuantías mínimas de las pensiones de incapacidad permanente total y un incremento de los importes de las prestaciones familiares.

No hay que olvidar que seguramente los cambios más importantes en la legislación de estos últimos tiempos se han introducido en materia de igualdad 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 ocupación. Ha regulado dos prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social: una totalmente nueva como es la prestación para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante y otra refundida como es la prestación por nacimiento y cuidado, que aúna la maternidad y la paternidad.

Pero, además, en este período hay más normas que han introducido cambios de menor calado como son el Real Decreto 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal; el Real Decreto-Ley 9/2019 de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria, donde en materia de jubilación destaca la implantación de un régimen de ayudas para facilitar las salidas voluntarias de los trabajadores de mayor edad (a los que les quede como máximo 60 meses para llegar a la edad ordinaria de jubilación) en las mejores condiciones con el fin de contribuir así a la necesaria reestructuración del sector de la estiba, proporcionando a estos trabajadores cobertura económica; o el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, que extiende la compatibilidad de la pensión de jubilación con los derechos económicos de los autores.

Habiendo extenuado seguramente al lector con el listado del elenco de normas aprobadas en materia de Seguridad Social en un período tan corto, en este artículo no se van a analizar cada una de estas modificaciones, que elevaría de forma considerable la extensión de este trabajo, sino que se ha elegido el examen de aquellas cuestiones que se entienden de mayor calado o que apuntan el camino a seguir por la protección social en los próximos tiempos. Dejando a un lado a los beneficios incluidos en el ámbito de la igualdad (presta-

ción para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante y prestación por nacimiento y cuidado), se van a analizar aquí las modificaciones principales aunadas en cinco bloques. En primer lugar, se hace una referencia a las necesarias modificaciones introducidas con el objeto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones; para continuar con el estudio de las reformas introducidas en la pensión de jubilación; pasando al análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años como herramienta principal de atención a un colectivo especialmente vulnerable en el mercado laboral; continuando con los cambios tendentes a la unificación de la protección de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena; para finalizar con un acercamiento al incremento de las cuantías de las prestaciones familiares.

## 2. EL NECESARIO MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES: EL ANUNCIO DE LA DEROGACIÓN DEL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN

**E**l artículo 58 de la LGSS determina que las pensiones contributivas de la Seguridad Social, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado<sup>2</sup>. Dicho índice, aplicable desde 2013, se calcula a través de una complicada expresión matemática, donde se tienen en cuenta valores ajenos a la capacidad económica que ha perdido el pensionista en el último año. Así, por ejemplo, se valoran los ingresos y gastos del sistema de la Seguridad Social, o el número de pensiones contributivas concedidas, de forma que hay que concluir que se busca más la sostenibilidad financiera del sistema que el mantenimiento de la capacidad económica de los pensionistas.

En el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, anunciando ya la necesidad de modificar este sistema de revalorización, suspende la aplicación del índice de revalorización, y señala en su artículo 1 que para el año 2019 las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, experimentarán un incremento del 1,6 % del importe que habrían tenido en 2018 si se hubieran revalorizado en el mismo porcentaje que el valor medio de la variación

.....

2 En idéntico sentido, se recoge en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

porcentual interanual del Índice de Precios al Consumo de cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018<sup>3</sup>. Como en 2018 se aplicó el índice de revalorización, donde se introduce una cautela en la que el incremento no puede ser inferior al 0,25%, es este porcentaje<sup>4</sup>, el que se utilizó para la subida de las pensiones. En definitiva, ahora lo que propone esta normativa es que primero se actualicen las pensiones en 2018 de acuerdo con el valor medio de la variación porcentual interanual del Índice de Precios al Consumo, que fue del 1,7%, y sobre esta cuantía se realice la actualización en 2019<sup>5</sup>.

Asimismo, las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas, las pensiones no contributivas y las del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no concurrentes, así como las pensiones del SOVI concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con 18 o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65% y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte se incrementarán en 2019 en un 3% sobre las nuevas cuantías mínimas de pensión correspondientes al año 2018. El aumento aplicable tiene la misma fundamentación que el indicado para las pensiones contributivas, la suma del incremento que deberían haber sufrido en 2018 (1,7%) y del incremento en 2019 (1,6%).

La intención del legislador va más allá de compensar al pensionista en 2018 y 2019, puesto que decide no solo suspender la aplicación de los artículos correspondientes donde se regula el índice de revalorización, sino que propone su derogación, dándose un plazo de 6 meses para modificar los preceptos pertinentes en el marco de los Pactos de Toledo con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, pero sin perder de vista que es preciso también preservar la sostenibilidad social y financiera del sistema de la Seguridad Social<sup>6</sup>.

.....

3 Otra cuestión para valorar es la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. El RD-ley 28/2018 determina que su importe no podía resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo. El RD-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, después de unos meses en los que no quedaba aclarada la cuantía, resuelve en su artículo 3 que para el año 2019 las cuantías mínimas de las pensiones de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para menores de 60 años del sistema de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, será de 6.991,60, en caso de tener cónyuge a cargo o no se tener cónyuge; y 6.930,00 en caso de tener cónyuge que no esté a cargo. Esta medida, obviamente, se justifica por la imposibilidad de reincorporarse al mercado laboral que en muchos casos han sufrido los trabajadores afectados de una incapacidad permanente total, especialmente cuando es a partir de determinadas edades.

4 Este 0,25% mínimo es el que se ha utilizado para revalorizar las pensiones desde 2014.

5 Y con el objeto de compensar la pérdida de capacidad económica que no se valoró en 2018, se prevé compensar al pensionista de las prestaciones contributivas, ordenando un pago en cantidad que refleja a diferencia entre la pensión percibida en 2018 y la que hubiera correspondido de haber aplicado a dichas pensiones el incremento que ha experimentado el valor medio de la variación porcentual interanual del índice de Precios al Consumo habida en cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018.

6 En este sentido, por ejemplo, se podría plantear la aplicación de la propuesta de FERNÁNDEZ ORRICO sobre aplicar incrementos por tramos de acuerdo con las cuantías de las pensiones, beneficiando a las más bajas. VID. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Sostenibilidad y suficiencia en la pensión de jubilación: un dúo difícil de conciliar*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2018, pp. 457.

El aumento de los costes en pensiones lleva necesariamente a la necesidad de incrementar los ingresos del sistema. Así, se elevan en un 7% los topes máximos de cotización hasta 4.070,10 euros mensuales (48.841,20 euros anuales, dado que hay 12 bases de cotización al año), mientras que la pensión máxima se fija en 2.617,53 (o 36.645,47 euros anuales, dado que se reciben 14 pagas). De esta forma en base al principio de solidaridad se pone más distancia entre lo que se cotiza y lo que se recibe<sup>7</sup>, alejando la tasa de sustitución de las pensiones contributivas.

Por otra parte, se han elevado las cuantías de los topes mínimos de cotización, dado que a través del Real Decreto 1462/2018 de 21 de diciembre, por el que se fija el nuevo Salario mínimo interprofesional para el año 2019, se incrementa el SMI en un 22,3 % respecto al vigente en el año 2018, elevándolo hasta los 900 € mensuales y 12.600 € anuales. De modo que el tope mínimo de cotización será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 1.050 € mensuales. Esta mejora sustancial de los salarios de las personas trabajadoras tiene un efecto positivo en las cotizaciones, incrementando los ingresos de sistema de la Seguridad Social, pero, además, aumentando también los importes de las pensiones futuras.

### 3. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: ENTRE EL PRINCIPIO DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA JUBILACIÓN FORZOSA

Como ya se sabe, España está inmerso en un importante cambio demográfico, donde existe una larga esperanza de vida, lo que conlleva progresivamente al envejecimiento de la población, lo que viene a incrementarse aún más debido a la baja tasa de natalidad. Dicho envejecimiento de la población en general también va a empezar, sino ha empezado ya, a tener un efecto similar en la población activa. Actualmente la edad media de la población inscrita en el Padrón es ya de 43,4 años. Además, se prevé que dicha media se elevará en los próximos años. El efecto de esta realidad se trasladará al mercado laboral, de modo que se calcula que en los próximos años los trabajadores de 55 a 64 años representarán un 30% aproximadamente de la población activa<sup>8</sup>. Por otro lado, se ha producido

7 Asimismo, se busca reducir la carga financiera del sistema de la Seguridad Social, de modo que se posibilite su suficiencia. Vid. GETE CASTILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, 1997, pp. 408.  
8 <http://www.fundacionlaboral.org/actualidad/noticias/entrevistas/la-directora-de-la-eu-osha-en-2030-los-trabajadores-de-55-a-64-anos-representaran-hasta-el-30-o-mas-de-la-poblacion-activa>.

otra consecuencia lógica del incremento de la esperanza de vida que es el aumento de años durante los que se benefician los pensionistas de la prestación por jubilación. Todo ello lleva a que se agudice la crisis del sistema de la financiación del sistema de pensiones.

En este contexto, es preciso la promoción del principio de prolongación de la vida laboral desde dos puntos de vista: como elemento básico para alargar la vida activa y reducir los costes del sistema de pensiones, pero también para atender el reto que va a imponer el propio mercado laboral cuando se agudice el envejecimiento de la población activa.

### 3.1. Otra vez las cláusulas de la jubilación forzosa

Y cuando la necesidad de promover el principio de prolongación de la vida laboral no es discutible, lo que se puede comprobar por las últimas reformas en materia de pensiones que elevan la edad legal de jubilación y exigen un mayor número de años cotizados, esto es, un mayor número de años trabajados, se vuelven a resucitar las cláusulas de jubilación forzosa.

La Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio 1953 configuró la jubilación como un derecho de los trabajadores, que llegaban a cierta edad y cumplían determinados requisitos, y no como un deber. Es decir, se reconocía como una opción personal y no como una obligación, sin embargo, unos años después, en el Estatuto de Trabajo de 1980 ya se incluyó una disposición adicional donde se señalaba que *“la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y el mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de 69 años, sin perjuicio de dispuesto en materia de Seguridad Social”*. El Tribunal Constitucional en sus sentencias 22/1981 y 58/1985 señaló que se admitían dichas restricciones de forma temporal cuando existiesen justificaciones para limitar los derechos e imponer una jubilación forzosa y, quizás, en esos momentos la situación demográfica permitía dicha regulación, puesto que aún no se había empezado a producir el envejecimiento de la población y, además, existía una alta tasa de natalidad. Posteriormente, la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores de 1994 deroga la normativa descrita y determina que *la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos*. De modo que se elimina los 69 años como edad máxima para trabajar, aunque se mantiene la idea de la jubilación forzosa

como instrumento de política de empleo, de viabilidad económica del sistema o cuando así se estime en los convenios colectivos. Pero los vaivenes en esta materia no han parado ahí. En 2001, se deroga esta disposición con el fin de apoyar el fomento de la prolongación de la vida laboral<sup>9</sup>, pero vuelve a ponerse en vigor por la Ley 14/2005, de 1 de julio, aunque de forma atenuada, reconociendo de nuevo la jubilación forzosa impuesta mediante convenio colectivo, siempre vinculada a objetivos de política de empleo y cuando el sujeto jubilado cumpla en general los requisitos demandados para acceder a la pensión de jubilación contributiva, que un tiempo después también se volvió a derogar.

Y otra vez, de nuevo, en forma de pesadilla sin fin, el RD- ley 28/2018, de 28 de diciembre, ha vuelto a incluir la opción negociada de imponer la jubilación a los trabajadores una vez han alcanzado la edad legal de jubilación<sup>10</sup>, en la línea impuesta por el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018 de amortiguar la tasa de desempleo juvenil. Esto es, de nuevo se pone de manifiesto la lucha constante entre el principio de prolongación de la vida laboral y la promoción del empleo juvenil.

En todo caso, solo se admite la jubilación forzosa para aquellas personas trabajadoras que llegan a la edad legal de jubilación con un 100% de la base reguladora de su pensión de jubilación. Es decir, que de esta norma se deduce que no es admisible cuando el sujeto solo tiene derecho al acceso a la jubilación anticipada, seguramente con el fin de evitar que se fuerce a situaciones de insuficiencia económica por el efecto de la aplicación de los coeficientes reductores. Tampoco bastará con que se haya alcanzado la edad legal de jubilación, sino que se demanda haber alcanzado el 100% de la base reguladora para lo cual hacen falta 35 años y medio de cotización en 2019, exigencia que alcanzará los 37 años en 2027. En definitiva, solamente podrán ser obligados a jubilarse forzosamente aquellos trabajadores con largas carreras de cotización. Si bien parece que, en principio, se ha buscado que el jubilado acceda a una pensión económicamente adecuada, sin embargo, no se ha planteado que las bases de cotización pueden no ser suficientes para alcanzar un importe que cumpla con el principio de sustitución del salario. Por ejemplo, puede ocurrir que en los últimos años las bases de cotización sean superiores y al futuro pensionista le convenga trabajar unos años más para elevar la cuantía de las bases de cotización que se vayan a tener en cuenta en el cálculo de la pensión (en 2019 los 22 años últimos, elevándose hasta 25 en el año 2022).

En todo caso, las cláusulas de jubilación forzosa deberán siempre vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la

.....

9 MONTROYA MELGAR, A. /SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de Trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2002, pp. 28 - 29.

10 De acuerdo con lo negociado en el *IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* para los años 2018, 2019 y 2020, que fue suscrito el 5 de julio de 2018.

mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo, señala la nueva regulación. Y en la Exposición de Motivos, se pone en evidencia que, como es habitual, las políticas de empleo fundamentales a valorar serán aquellas que fomenten el empleo juvenil. Y una vez más se elige entre la limitación de los derechos individuales de los que son obligados a jubilarse con el fin de garantizar el derecho al trabajo de otros. Y si bien es cierto que en este momento el desempleo juvenil es un grave problema en el mercado de trabajo español<sup>11</sup>, y que son precisas acciones públicas con el objeto de reducir estas cifras, deberían quedar seguramente desvinculadas de la limitación del principio de prolongación de la vida laboral, un elemento fundamental para el mantenimiento de nuestro sistema de Seguridad Social y de nuestra sociedad.

En conclusión, no se puede olvidar que es preciso reducir el número de años en los que se cobran pensiones y aumentar, inversamente, los de cotización al sistema de la Seguridad Social como fundamento para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones. Pero, además, la prolongación de la vida laboral puede tener otros efectos beneficiosos como son la disminución de los costes del sistema sanitario y de dependencia, ya que se ha demostrado que la actividad tiene consecuencias positivas sobre el estado de salud y el bienestar, o la promoción de la seguridad económica, sobre todo en España, dado que las cuantías de las pensiones no cumplen con el principio de sustitución de los salarios percibidos. Por todo ello, debería repensarse como activar políticas de empleo juvenil sin limitar del derecho de las personas trabajadoras a decidir el momento de su jubilación.

### **3.2. Hacia la total compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo: la ampliación del derecho para los artistas**

Si bien es verdad que de acuerdo con el artículo 213 de la LGSS la pensión de jubilación es incompatible con la actividad laboral del pensionista, acto seguido, se regulan tantas excepciones legales, que se convierte a estas en la regla, ampliando continuamente las situaciones de compatibilidad con las rentas de trabajo. Así, bajo el epígrafe pensión de jubilación y envejecimiento activo, en el artículo 214 de la LGSS se recogen también excepciones a la regla de incompatibilidad. Así, se entiende compatible la actividad laboral por cuenta ajena o propia, con independencia de la retribución obtenida, con el 50% de la pensión de jubilación, siempre que se haya accedido a la jubilación en la edad legal prevista, en el cálculo de su pensión se haya aplicado el 100% a la base reguladora. Este 50% de

.....

11 La tasa de desempleo de los jóvenes menores de 25 años se sitúa en un 32,4 % (datos de febrero 2019).

la pensión de jubilación se eleva al 100%, cuando la actividad que se realiza es por cuenta propia, siempre que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. La lógica de esta tendencia legislativa se encuentra básicamente en buscar el ahorro de costes al sistema, sobre todo en los supuestos en los que mientras se desarrolla actividad laboral no se abona el total del importe de la pensión o se ahorra el complemento por mínimos al que quizás no se tendrá derecho por tener otras rentas, y en el aumento de los ingresos, en los supuestos en los que el pensionista y el empresario aportan cotizaciones de solidaridad al sistema sin generar derecho sobre pensiones futuras.

Volviendo al artículo 213 de la LGSS, además de la jubilación parcial, se regula otra excepción, que es la posible compatibilidad con el desarrollo de actividades por cuenta propia de forma totalmente libre, sin necesidad de cotizar al sistema de la Seguridad Social. En este supuesto, solo se determina una limitación que consiste en que los ingresos anuales totales del pensionista no superen el Salario Mínimo Interprofesional. En este caso, el origen de esta excepción no está en las finalidades indicadas anteriormente de ahorro de gastos o aumento de ingresos. Quizás su fundamento se encuentra en poner a disposición del pensionista opciones para convertir su situación económica en suficiente a través de la consecución de un complemento a su pensión.

Esta última posibilidad de compatibilidad se acaba de extender para los artistas en el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, pero con una mejora, los ingresos compatibles no están limitados económicamente<sup>12</sup>. Es decir, se admite la concurrencia total de su pensión con otras rentas. El objetivo de esta regulación es evitar la limitación de la actividad artística, que se provocaría si sus derechos de autor generan importes superiores al SMI. Así, se reconoce la compatibilidad plena de la pensión de jubilación con los derechos de autor o derechos de propiedad intelectual, cuestión que venía reivindicándose hace tiempo por los afectados. De esta forma, la pensión se puede simultanear con los ingresos generados por la escritura de libros o artículos, así como por la impartición de conferencias. Siendo las rentas compatibles tanto las generadas por obras realizadas antes de la jubilación que sigan generando beneficios, como también por las desarrolladas después de esta, de modo que, como ya se ha señalado, se evita que se coarte su actividad creativa posterior a la adquisición de la pensión de la jubilación.



12 Ya se habían aprobado con anterioridad ciertas medidas relacionadas con este colectivo, en el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y cinematográfica, donde se incluyen mejoras tributarias para este colectivo, así como la posibilidad de mantenerse en el régimen general de la Seguridad Social durante los periodos de inactividad con el fin de incrementar sus cotizaciones para el acceso a la pensión de jubilación, siempre que, al menos, hayan estado 20 días en alta con prestación real de servicios en el ámbito regulado en el año anterior natural.

Con esta reforma se da un paso más en la compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad laboral, que parece que finalmente conducirá a la absoluta concurrencia, de modo que el pensionista libremente podrá optar por complementar su pensión con otras rentas o por la no desvinculación del mercado laboral como forma de envejecimiento activo; y en su caso el sistema de la Seguridad Social, que seguramente incrementará mecanismos de contribución en estos supuestos, conseguirá aumentar sus ingresos y en algunos casos también reducir sus costes, por ejemplo, cuando no se abone la totalidad de la pensión o no se genere el derecho al complemento por mínimos en caso de pensiones inferiores a la mínima.

### **3.3. La extensión de la aplicación de la regulación anterior al 2013 a la jubilación parcial**

El RD- Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica del sector de la industria y el comercio español, recoge nuevas transitorias en materia de jubilación parcial, dado que se prorroga la aplicación de la Ley anterior a 2013, cuya vigencia terminaba el último día de 2018. Las ventajas de mantener este marco ya derogado de forma general son claras para algunos pensionistas. Por ejemplo, el cálculo de la base reguladora se realiza de acuerdo con las bases de cotización de los últimos 15 años, lo cual beneficia a los pensionistas que han visto elevadas sus retribuciones en los últimos años de su carrera profesional; e igualmente la exigencia entre la relación de los años cotizados con el porcentaje aplicable a la base reguladora es más beneficioso (por ejemplo, en 2019 para alcanzar el 100% se demandan 35 años y 6 meses de cotización, mientras que aplicando la anterior regulación son solamente exigibles 35 años). Pero, además, también le interesa a la empresa, dado que la cotización estará relacionada con la jornada de trabajo desarrollada por el pensionista, mientras que con la nueva normativa se tendrá que cotizar al 100% (80% en 2019, llevando al 100% en 2024) con independencia del porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial.

La Disposición Transitoria Cuarta de la LGSS contemplaba la aplicación de dicha normativa anterior, cuando con anterioridad a 1 de abril de 2013 los trabajadores se hubiesen incorporado a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013. En estos casos, es preciso que los acuerdos hubiesen sido registrados en el INSS o Instituto de la Marina.

Si esta transitoria perdía su vigencia el 1 de enero de 2019, ahora el RD-Ley mencionado prorroga dicha aplicación para las jubilaciones parciales con simultánea celebración de contrato de relevo, que estuviese vigente a la entrada en vigor de Ley 27/2011, de 1 de

agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (abril de 2013), siempre que las pensiones se causen antes del 31 de diciembre de 2022 (es decir, se extiende la aplicación de esta transitoria durante otros 3 años).

Se recogen también los requisitos generales que se requieren para acceder a la pensión de jubilación parcial también en la situación regulada: acreditar período de antigüedad de 6 años en la empresa anteriores al hecho causante; que el porcentaje de trabajadores en la empresa con contrato indefinido sea un 70%; que la reducción de la jornada del jubilado parcial sea entre un 25 y un 67% (o un 80% cuando el trabajador relevista sea contratado de forma indefinida y a tiempo completo); que exista correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial en un promedio de 6 meses, al menos, un 65%; y la acreditación de 33 años de cotización (o 25 en caso de personas con discapacidad de, al menos, un 33%).

Y como se entiende preciso mantener aún las condiciones anteriores que sí promovían la jubilación, se decide extender la opción de entrar en el derecho con las normas anteriores durante 4 años más, hasta el 31 de diciembre de 2022, pero no para todos los trabajadores, sino solo para aquellos que desarrollen su actividad en las empresas clasificadas como empresas manufactureras, siempre que se hayan dedicado a funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en labores de fabricación, elaboración o transformación; o a funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en labores de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento, y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas.

En conclusión, dos son los objetivos de esta extensión. En primer lugar, el beneficio de aquellos que hayan desarrollado una actividad especialmente penosa durante cierto tiempo, en la línea que se regulan jubilaciones anticipadas para trabajadores en ciertas actividades, sin ninguna reducción en la cuantía de su pensión. Pero, además, como la Exposición de Motivos de la norma indica, es fundamental la utilización de la jubilación a los efectos de promover el empleo juvenil. Partiendo de que la industria manufacturera es uno de los motores de crecimiento de la economía española y de generación de bienestar, que promociona la creación de empleo, se pone en valor los contratos de relevo que se hagan en dicho sector que pueden servir como instrumento para minorar los porcentajes de desempleo juvenil. Y como la utilización de este contrato se ha reducido debido a las reglas rígidas de acceso a la jubilación parcial introducidas en la última modificación, se entiende adecuada la suspensión de su aplicación en este ámbito. Si es así, la pregunta es cuál es la razón para poner trabas a la jubilación parcial como se ha hecho en la última modificación. Quizás la respuesta es que se ha valorado más en este caso concreto el respeto al principio de prolongación de la vida laboral como fundamento para mantener la viabilidad del sistema de pensiones, provocándose, en cierto modo, después de lo anali-

zado en el epígrafe anterior, la divergencia en los principios que dirigen las reformas de la Seguridad Social.

Posteriormente, el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, extiende el beneficio de la aplicación de las normas anteriores a abril de 2013, modificando la DT Cuarta de la LGSS, para todas las personas trabajadoras que se encuentren en los siguientes supuestos, con independencia del sector en el que desarrollen su actividad: aquellas personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social; y a las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad a 1 de enero de 2020. Así, se prorroga el ámbito temporal de la disposición analizada un año más que en su redacción original, permitiendo en las situaciones descritas la aplicación de la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. En todo caso, siempre los solicitantes de la pensión tendrán también la opción de acogerse a la nueva legislación, si les es más beneficiosa.

#### 4. LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE UN COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE: EL SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS

Una de las modificaciones más importantes de los últimos tiempos ha sido la determinación de los 52 años como edad para el acceso al subsidio por desempleo que hasta ahora era para mayores de 55. La Exposición de Motivos del RD-ley 8/2019 justifica la vuelta a la edad original de atención (los 52 años) en que existen 114.000 personas que no tienen derecho ni a protección contributiva ni a asistencial y que, con esta reforma, pasan a estar cubiertas. Parece que el fundamento de la modificación queda plenamente satisfecho.

No obstante, con toda la importancia de la extensión de la edad, hay otras cuestiones

en este ámbito que también tienen un especial impacto en la consecución de una adecuada atención. De hecho, indica la Exposición de Motivos, estos cambios afectarán a otros 265.465 actuales beneficiarios del subsidio, que verán mejoradas sus cotizaciones y, además, unas 12.000 personas que actualmente cobran el subsidio de forma parcial pasarán a percibirlo a tiempo completo. En consecuencia, la medida afecta a un total de 379.465 personas ampliando el ámbito de cobertura del subsidio asistencial para subvertir una situación de urgente y extraordinaria necesidad. De esta manera, las modificaciones introducidas en la regulación del subsidio para mayores de 55 años (ahora 52) se justifican, fundamentalmente, por incidir sobre un importante colectivo de trabajadores particularmente vulnerable a la situación de desempleo y, por tanto, prioritario para la política de empleo. Se produce un significativo aumento de la protección de este grupo de personas trabajadoras, tanto mientras dura la situación de desempleo, como cuando en el futuro accedan a la jubilación, puesto que no se obliga al trabajador a jubilarse, en su caso, anticipadamente, con la correspondiente aplicación de reducciones en el importe de la pensión.

#### **4.1. El acceso cumpliendo todos los requisitos menos la edad**

Se puede acceder al subsidio por desempleo desde los 52 años, no obstante, la norma prevé la aplicación de reglas especiales para los que aún no acreditan esa edad, pero cumplen con el resto de las condiciones exigidas para acceder al beneficio. En este caso, deberán permanecer inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo y solicitar el subsidio cuando alcancen la edad exigida. De esta forma, si se cumple la condición de entrada en el momento de la inscripción, no tendrán que volverla a cumplir más adelante en el momento del hecho causante.

Hay que recordar que para acceder al derecho es preciso de acuerdo con la LGSS estar en alguna de estas situaciones: a) haber agotado una prestación contributiva por desempleo; b) ser emigrante retornado (cuando se ha trabajado un mínimo 12 meses en el extranjero desde su última salida de España), sin derecho a prestación contributiva por desempleo; c) ser liberado de prisión sin derecho a prestación contributiva por desempleo cuando la privación de libertad hubiera sido por tiempo superior a 6 meses; d) haber sido declarado plenamente capaz o incapaz parcial como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, incapacidad absoluta o total para la profesión habitual; e) estar en situación legal de desempleo y no tener derecho a prestación contributiva por desempleo por no haber cubierto el período mínimo de cotización, siempre que hayan cotizado, al menos, 3 meses. Así, por ejemplo, si se acaba de extinguir la prestación contributiva por desempleo y sigue como demandante de empleo, se entenderá

cumplida las condiciones de acceso<sup>13</sup>, aunque haya pasado ya cierto tiempo. No se precisa cuánto tiempo se mantendrá este paréntesis, en principio, no hay limitaciones temporales.

En conclusión, esta nueva norma parece una extensión de la teoría del paréntesis aplicable al período de carencia específica exigido para el acceso a la pensión de jubilación, que, en una interpretación humanizadora, no obliga a cumplir las condiciones en el momento del hecho causante<sup>14</sup>. Esta nueva regla igualmente facilita la entrada al derecho al subsidio, dejando un espacio en blanco (entre paréntesis) desde que se cumplen las condiciones solicitadas y el momento en que se cumplen 52 años.

Además, asevera la norma que se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida incluso en caso de posibles interrupciones, siempre que hayan tenido una duración inferior a 90 días<sup>15</sup>, no computándose los períodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario, aunque obviamente sí cuando sea involuntario y cumpla algunas de las circunstancias que dan lugar al acceso del subsidio. En este último supuesto, lo que se estaría generando es un nuevo derecho.

#### 4.2. La extinción del subsidio por acceso a la jubilación ordinaria y no anticipada

Se establece en la LGSS como causa de extinción general de la prestación por desempleo, tanto contributivo como asistencial, el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre y cuando se cumplan los requisitos de acceso a esta pensión. Este motivo, por tanto, es aplicable igualmente al subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pero, como una de las condiciones de acceso a este último beneficio es la acreditación en el momento de su solicitud de todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, salvo la edad, llegando a la edad legal de jubilación ya estarán siempre acreditadas las condiciones de acceso.

Así, además de otras condiciones, para acceder al subsidio para mayores de 52 años es preciso probar que se está en alta o situación asimilada al alta y que se tiene cubierto un período mínimo de cotización de 15 años (período de carencia genérica)<sup>16</sup>, de los cuales,

.....

13 Al contrario, en aplicación de la anterior redacción, si en la fecha de agotamiento de la prestación por desempleo no se acreditaban 55 años, se denegaba el derecho al subsidio cuando se solicitaba con posterioridad, debiendo acreditar de nuevo los requisitos exigidos. Vid. STSJ de Andalucía, Málaga, de 14 de mayo de 2015 (JUR 2015, 167508).

14 La teoría del paréntesis se aplica en la acreditación del plazo de carencia específica, aplicando interrupciones al plazo valorado, cuando existen intervalos en los que no se pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad como, por ejemplo, encontrarse en la situación de desempleo. Así, por ejemplo, se beneficia de esta interpretación cuando se ha permanecido ininterrumpidamente inscrito como demandante de empleo en la STS, sala social, de 26 de mayo de 2009 (Recurso 2008, 3031).

15 Este mismo período, 90 días, es durante el cual se suspende la prestación en caso de estancias en el extranjero, una vez que se supera este plazo, el derecho se extingue.

16 El esquema de cómputo de cotizaciones para alcanzar los requisitos de carencia en el subsidio para mayores

al menos, 2 deben haberse cotizado en los últimos 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (período de carencia específica). De este modo, una vez que se accede al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, cuando se alcanza la edad legal de jubilación, se accede automáticamente a la pensión de jubilación.

Antes de la normativa analizada, se extinguía el subsidio en el momento en el que se alcanzaban todas las condiciones para acceder a cualquier modalidad de jubilación, incluida la anticipada<sup>17</sup>. Hay que recordar que se puede acceder a la pensión de jubilación en esta modalidad 2 años (jubilación anticipada voluntaria) o 4 años (jubilación anticipada involuntaria) antes de la edad legal de jubilación que corresponda en cada momento y a cada sujeto de acuerdo con sus cotizaciones. En el primer caso, se solicita la acreditación de 33 años de cotización y que el beneficiario haya sido expulsado del mercado laboral, por ejemplo, a través de un ERE; en el segundo, se demandan, al menos, 35 años. Cuando se alcanzan estos requisitos, no se obligaba directamente al subsidiado a jubilarse, pero, sí indirectamente, dado que de modo automático se extinguía su derecho. Ahora con la nueva regulación, la acreditación de los requisitos para acceder a la jubilación anticipada no extingue el subsidio, sino que será una opción del beneficiario jubilarse anticipadamente o no y, por tanto, esperar hasta la edad legal de jubilación, evitando la penalización en la cuantía del beneficio.

Eso sí, cuando el beneficiario del subsidio por desempleo alcance la edad ordinaria que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, los efectos económicos de la pensión se retrotraerán a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar dicha edad. Esto solamente ocurrirá siempre y cuando la solicitud de la pensión de jubilación se produce en el plazo de los 3 meses siguientes a la resolución firme de la extinción.

#### **4.3. Novedades en materia de cotización. Aumento de la cuantía y mejora en el acceso a la jubilación anticipada**

Si hasta ahora la base de cotización en el ámbito del subsidio por desempleo analizado era el tope mínimo de cotización vigente cada mes, esto es, el 100% de dicha base, con la nueva norma se eleva a un 125%, mejorando las cotizaciones de los beneficiarios, que podrán presentar unas bases de cotización más elevadas a la hora de calcular la base reguladora de su pensión de jubilación<sup>18</sup>.

de 52 años es idéntico al de la pensión de jubilación. Vid. STS, sala social, de 16 de septiembre de 2011 (JUR 2011, 369270).

17 Asimismo, no permitía el acceso al derecho cumplidas estas condiciones. En este sentido, la STSJ de Asturias, sala social, de 23 de enero de 2015 (JUR 2015, 41718) declaró que cuando el desempleado cumplía los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, debe acceder a la pensión y no al subsidio.

18 Existen reglas especiales de cotización para los trabajadores fijos discontinuos y para los trabajadores agrarios.

En muchas ocasiones, con el fin de complementar y mantener el mismo nivel en las bases de cotización, que ahora son el 125% de la base de cotización mínima, durante el tiempo en que se percibe el beneficiario se firma un Convenio Especial con la Seguridad Social<sup>19</sup>. De esta forma se mantienen las bases de cotización anteriores y se evita la reducción drástica del importe de la pensión de jubilación futura, sobre todo cuando el salario que se percibía con anterioridad era sensiblemente superior a la base mínima de cotización. La base de cotización de dicho Convenio por contingencia de jubilación estará constituida por la diferencia entre la base de cotización elegida por el interesado de acuerdo con los límites establecidos legalmente y aquella por la que se estaba cotizando. De este modo, como la diferencia en la cotización ahora será inferior al elevar al 125% la base, por tanto, se reducirá el esfuerzo del beneficiario que abone la cuota de estos Convenios.

No hay que olvidar que las cotizaciones durante el tiempo de disfrute del subsidio por desempleo se tendrán en cuenta tanto para la determinación futura de la base reguladora como para el porcentaje aplicable a esta en el cálculo de la pensión de jubilación, que se basa en el número de años cotizados. La norma ya indicaba antes de la reforma, y continua en idéntico sentido que, en ningún caso, dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación ordinaria, lo cual es indiferente, dado que para acceder al desempleo es preciso probar el cumplimiento de este período de carencia.

La gran novedad, sin duda, es que ahora las cotizaciones realizadas a lo largo del tiempo en el que se es beneficiario del subsidio por desempleo para mayores de 52 años sí se contabilizarán a los efectos de completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada. De esta forma, aunque ahora ya no se extingue el subsidio cuando el beneficiario cumple los requisitos para acceder a esta modalidad, sí se le reconocen ciertas ventajas en su acceso, si lo estiman conveniente. Con anterioridad el subsidiado, aunque obligado, accedía a esta modalidad de jubilación cuando en el momento de acceso al beneficio ya cumplía con los requisitos exigidos, excepto la edad, dado que no se valoraban las cotizaciones realizadas durante su disfrute en este sentido. En todo caso, seguramente con la anterior regulación era más adecuado, dado que como el cumplimiento de las condiciones de la jubilación anticipada extinguía el subsidio directamente, el aprovechamiento de las cotizaciones hubiese llevado al aumento de los beneficiarios que eran expulsados del beneficio por cumplir las condiciones exigidas para acceder a la jubilación anticipada.

.....

19 En este sentido, el artículo 24 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, de cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, regula una modalidad de Convenio Especial dirigida a los trabajadores perceptores del subsidio por desempleo con derecho a cotización por la contingencia de jubilación.

## 5. HACIA LA TOTAL EQUIPARACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS CON LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DEL RÉGIMEN GENERAL

Como bien se conoce, los trabajadores por cuenta propia tienen un régimen de protección especial en el marco de la Seguridad Social. El artículo 305.1 de la LGSS incluye en su ámbito subjetivo a *las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores*. La existencia de un Régimen Especial para los Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) se ha justificado históricamente por las diferencias con el trabajo por cuenta ajena, en concreto, no existe ajenidad en su actividad, ni ninguna relación con el empresario, lo que ha llevado a concederles distinta protección, fundamentada en bases de cotización independientes de sus ingresos, puesto que no perciben remuneración determinada por un tercero, sino dependiente de sus beneficios, los cuales son difíciles, por otra parte, de controlar.

No obstante, se han sucedido voces que han estimado que estas diferencias de atención no estaban justificadas y recomendaciones sobre la necesidad de equiparar los distintos regímenes de la Seguridad Social. Así, se reconoce ya desde el origen del sistema en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y se mantiene en las Recomendaciones de los Pactos de Toledo de 1995, donde se abogaba por la simplificación e integración de los Regímenes Especiales, pero, sin embargo, se alienta el mantenimiento del RETA, aunque sí se determina una línea de trabajo hacia la convergencia con el Régimen General (en adelante, RG). En su Recomendación Sexta señala la necesaria ordenación de dos únicos regímenes de la Seguridad Social, uno que comprendiera a quienes prestan sus servicios en régimen de dependencia, y otro a quienes realizan su trabajo por cuenta propia<sup>20</sup>.

En este camino de convergencia, se regula la protección por Incapacidad Temporal por riesgos comunes, primero de forma voluntaria y luego obligatoria para los trabajadores por cuenta propia<sup>21</sup>. Asimismo, también se introdujo la opción de acceso a la protección por riesgos profesionales, aunque voluntaria, quedando como única diferencia funda-

.....

20 Lo que sí se aconsejó fue la inclusión de todos los trabajadores por cuenta propia en uno solo, el RETA, con el objeto de eliminar desigualdades dentro del propio colectivo. En esta línea desde el 1 de enero de 2008 se incluyen a los trabajadores por cuenta propia, que antes se encuadraban en el Régimen Especial Agrario, en un sistema especial dentro de RETA.

21 Real Decreto 1273/2003, 10 octubre, sobre cobertura de accidentes profesionales y la ampliación de la atención por Incapacidad Temporal.

mental entre el RG y el RETA la protección de la situación de desempleo. En este sentido, la Ley 20/2007, 11 julio, que regula el Estatuto del Trabajo, en su artículo 26 declara que la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social y en su Disposición Adicional 4ª pone en evidencia la necesidad de regular una sistema similar de atención al desempleo para los casos de cese de actividad para estos trabajadores.

Más adelante, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2010 insiste en la necesidad de equiparar plenamente los derechos de los trabajadores por cuenta propia con los de los trabajadores por cuenta ajena, sobre todo en materia de jubilación anticipada, trabajadores a tiempo parcial y respecto a las bases de cotización. Y es en ese mismo año cuando la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, crea dicha atención<sup>22</sup>. No obstante, aunque se incluye esta nueva protección, no se consigue una convergencia total con la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena. La atención se relaciona con la imposibilidad de continuar una actividad por motivos inherentes a la situación de un negocio<sup>23</sup>.

En ese momento quedaban dos diferencias fundamentales entre el RG y el RETA: la primera que la protección por accidente de trabajo no era todavía preceptiva, aunque la Ley 27/2011 ya había avisado de la necesaria extensión de la protección por riesgos profesionales a todos los regímenes, incluido, por tanto, el RETA, que devengaría obligatoria en el futuro; y la protección por cese de actividad que quedaba todavía lejos de la atención prestada por la protección por desempleo.

### 5.1. La obligatoria protección por contingencias profesionales

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, viene a completar ese camino hacia la convergencia con el Régimen General, señalando su Exposición de Motivos que en la extensión de su protección debe valorarse tanto sus especiales singularidades como sus necesidades de mayor atención. Y en este contexto, por fin, se reconoce protección en todas las contingencias previsibles, ya sean comunes o profesionales<sup>24</sup>.

.....

22 Esta norma ha sido desarrollada posteriormente por el RD 1541/ 2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

23 Protección ha sido calificada como de “prestación por pseudo desempleo”. Vid. BALLESTER PASTOR, I., “Disposición Adicional Cuarta” en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS, Valencia, 2007, pp. 568.

24 Otra de las mejoras en materia de incapacidad temporal se encuentra en la exención del pago de la cuota por todas las contingencias transcurridos 60 días desde el inicio de la situación de la baja médica por incapacidad temporal. En este caso, el pago de las cuotas, por todas las contingencias, le corresponderá a la mutua colaboradora con

En la nueva redacción dada al artículo 316 de la LGSS se señala que la cobertura de las contingencias profesionales será obligatoria para los incluidos en el ámbito de protección del RETA y se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal. Consecuentemente, se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, se conceden a los trabajadores incluidos en el RG. Esta atención será gestionada, en todo caso, por una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

En este marco, se pasa ahora a analizar los tipos de cotización aplicables para 2019. Tanto en el RETA como en el RG son por las contingencias comunes el 28,30% y por formación profesional un 0,1%. En el ámbito de las contingencias profesionales en el RG el tipo aplicable depende del sector donde se desarrolle la actividad, elevándose el porcentaje de acuerdo con la mayor posibilidad de siniestralidad. En el ámbito del RETA, sin embargo, se establece un tipo fijo para todos los trabajadores autónomos. Se abonará el 0,9%, del que el 0,46 corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,44 a la de incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

Estos tipos también será aplicables para los trabajadores autónomos del Régimen Especial del Mar (en adelante REM), que es el único que mantiene trabajadores por cuenta propia, después de que los del sector agrario se incluyesen en el RETA conformando un sistema especial. La extensión de esta regla viene a cumplir en parte el mandato de los Pactos de Toledo que recomendaban la inclusión de los trabajadores autónomos en un mismo régimen, que aún no se ha cumplido, dado que se mantienen en dos regímenes, de forma que también para los trabajadores autónomos incluidos en el REM también será obligatoria la cotización por contingencias profesionales. No obstante, a pesar de la integración de los trabajadores autónomos del sector agrario, lo curioso es que en esta materia se iguala los protegidos en el ámbito general del RETA con los autónomos de REM, mientras que para el sistema especial de los trabajadores por cuenta propia agrarios existe una normativa diferenciada de acuerdo con sus propias peculiaridades.

En otro orden de cosas, se prevé una subida paulatina de los tipos con el fin de equipararlos con los del Régimen General. Así en contingencias profesionales se elevará en 2020 hasta el 1,1% y en 2021 hasta el 1,3%. Desde 2022, el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. En todo caso, para el REM cuando a sus trabajadores autónomos se les aplique por razón de su actividad un coeficiente reductor de la edad de jubilación, la cotización por contingencias profesionales se determinará de conformidad con el tipo más alto de los fijados en



la Seguridad Social, a la entidad gestora o, en su caso, al servicio público de empleo estatal, con cargo a las cuotas por cese de actividad. En similar sentido, se reconoce este derecho para la cuota de Seguridad Social durante el periodo de percepción de la prestación de cese de actividad.

la tarifa de primas establecida en la norma aplicable, cuando dicho coeficiente reductor no lleve aparejada una cotización adicional por tal concepto. En algunas ocasiones estos trabajadores pueden jubilarse a edades más tempranas de acuerdo con el tiempo durante el cual han desarrollado una actividad que se entiende especialmente penosa o peligrosa. No obstante, como se puede fácilmente deducir, como este beneficio no lleva aparejado la reducción de la cuantía de su pensión de jubilación como en los supuestos generales de jubilación anticipada, para compensar el coste de la anticipación se eleva la cotización, de modo que se cubre el importe pagado durante un mayor lapso de tiempo que el que, en principio, le hubiese correspondido si se jubilasen en la modalidad ordinaria. Dicho en otras palabras, en la jubilación anticipada se reduce el importe de la pensión con el fin de compensar el mayor tiempo que se percibe el beneficio y en este caso lo que se hace es ampliar las aportaciones económicas al sistema<sup>25</sup>.

## 5.2. La obligación de cotizar por cese de actividad y los cambios en la prestación

Asimismo, se impone como obligación la cotización por cese de actividad con el fin de dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el RETA o en el REM, las prestaciones establecidas ante la situación de cese en la actividad que originó el alta en dicho régimen especial. El tipo aplicable a la base de cotización por cese de actividad es el 0,7%, una cuantía ínfima en comparación a la protección por desempleo del régimen general, donde el tipo general se sitúa en el 7,05%, el cual se incrementa hasta 8,30% para los supuestos de contratos de duración determinada. En los años posteriores, se prevé un aumento de los tipos para el cese de actividad que en 2020 será el 0,8%, en 2021 el 0,9% y desde 2022 el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo para ambos regímenes especiales en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Entrando en las condiciones de la prestación, su nacimiento se producía a partir del primer mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad. Ahora, se adapta la regulación a las nuevas reglas aplicables a las altas y bajas de los trabajadores autónomos. Así, el derecho a la prestación nace desde el día siguiente

.....

25 En este sentido, la norma analizada también señala que los empresarios que ocupen a trabajadores, a quienes debido a su actividad les resulte de aplicación un coeficiente reductor de la edad de jubilación, deberán cotizar por el tipo de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales más alto de los establecidos, siempre y cuando el establecimiento de ese coeficiente reductor no lleve aparejada una cotización adicional por tal concepto. Aunque no se aplicará para la jubilación a edades más tempranas reconocidas a las personas discapacitadas, ni a los trabajadores embarcados en barcos de pesca hasta 10 Toneladas de Registro Bruto incluidos en el REM. En la misma línea, en la Disposición Adicional Sexta del RD-ley analizado, y en relación con los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, se procede a aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador, que desde 2019 es un 9,90%, que encuentra su justificación en el anticipo de la edad de jubilación de este cuerpo.

a aquel que tenga efectos la baja en el régimen especial al que estuvieran adscritos en relación con las 3 primeras bajas dentro de cada año natural, las cuales tendrán efectos desde el día en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. De esta manera se acomoda la normativa del cese de actividad a la posibilidad de que las altas y bajas de los trabajadores por cuenta propia puedan tener efectos el mismo día que se solicitan hasta 3 veces al año. Como superado este número, el resto de las bajas tendrán efectos al vencimiento del último día del mes natural en que el trabajador autónomo hubiese cesado en la actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación, entonces el día siguiente se tendrá derecho a la prestación por cese de actividad como ocurría de forma general con la normativa anterior.

Pero, más allá de la coordinación de las normas preexistentes, uno de los cambios más importantes se ha introducido en la duración de la prestación. Para calcularla se valoran las cotizaciones de los últimos 48 meses anteriores (en el RG se tienen en cuenta un total de 6 años). Ahora las mismas cotizaciones generan el doble de meses de prestación que antes de la reforma. Así, si antes en el supuesto de que en los 48 últimos meses se hubiese cotizado de 12 a 17 meses, se hubiera tenido derecho a una prestación con una duración de 2 meses, ahora es de 4 meses; si por cotización de 18 a 23 meses, la duración era de 3 meses, ahora es de 6; si por cotización de 24 a 29 era 4 meses, ahora son 8; si por cotizaciones de 30 a 35 eran 5 meses, ahora son 10; si por cotizaciones de 36 a 42 eran 6 meses, ahora son 12; si por cotizaciones de 43 a 47 eran 8 meses, ahora son 16; y si se llegaba a 48 meses de cotización y la duración era de 12 meses, ahora es de 24. De esta forma, se está igualando la duración de la prestación de cese de actividad con la de la protección por desempleo. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las cotizaciones por desempleo, aquí se valoran por meses, lo que era lógico cuando siempre se cotizaban los meses enteros, pero no ahora cuando hasta 3 altas y bajas al año pueden tener efectos desde el día de su comunicación. En la misma lógica, tampoco se ha cambiado la duración que todavía se presenta en meses.

Como se puede observar la tendencia a la unificación de la prestación por desempleo y la prestación por cese de actividad ha estado muy presente en esta modificación. Pero, hubiese sido conveniente también recoger la posibilidad de computar recíprocamente las cotizaciones realizadas al RETA por cese de actividad y al RG por desempleo. Se reconoce la posibilidad de reconocimiento recíproco de las cotizaciones al cese de actividad en distintos regímenes de autónomos (así, por ejemplo, entre RETA y REM), también es posible hacerlo con las cotizaciones para pensiones (jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia) entre por ejemplo el RG y el RETA, de modo que solo queda completar el círculo, de forma que igualmente se pueda aplicar las reglas del cómputo recíproco entre las cotizaciones por cese de actividad y por desempleo.

## 6. EL INCREMENTO DE LAS CUANTÍAS DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES: ESPERANDO LA VERDADERA IMPLANTACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS FAMILIAS

Como ya se ha señalado, en la actualidad la población española envejece progresivamente, y uno de los motivos es que la tasa de natalidad se está reduciendo de forma drástica. Así, el número de nacimientos se ha reducido en un 5,8% en el primer semestre de 2018, mientras que el de defunciones aumentó un 2,1%, lo cual lleva a que el crecimiento vegetativo de la población haya presentado un saldo negativo de 46.590 personas durante la primera mitad del año<sup>26</sup>. Esto va a generar un efecto pernicioso en el sistema de la Seguridad Social que todavía no se ha dejado ver y que agravará aún más el funcionamiento de un sistema de reparto como el nuestro.

En este contexto, se señala como uno de los elementos fundamentales de la baja tasa de natalidad que las familias deciden ajustar el número de hijos de acuerdo con las dificultades de conciliación de su vida laboral, y en este sentido han empezado a incrementarse los elementos legislativos que tratan de facilitar esta labor, como por ejemplo la concreción del derecho a la corresponsabilidad en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, recientemente modificado, que abre la posibilidad de que las personas trabajadoras a través de medidas de adaptación de la jornada consigan la conciliación que precisan. Pero, todavía faltan acciones públicas que promuevan la colaboración en el cuidado de los menores. Por una parte, no existe una cobertura universal de escolarización de los menores de 3 años; por otra, fuera de los horarios escolares de los mayores de esa edad, tampoco existen alternativas gratuitas suficientes que colaboren con las familias. Dada esta situación, es precisa la promoción de una protección social y económica de las familias, tal y como promulga el artículo 39 de la Constitución, que persiga no promover la natalidad en sí, sino que las familias puedan decidir los hijos que quieren tener sin verse limitados por cuestiones ajenas a sus propias decisiones personales. En esta línea, muchas son las voces que solicitan la ampliación de las prestaciones familiares que son escasas en España, en el mismo sentido que existen en otros Estados vecinos, donde la tasa de natalidad es superior a la española.

El 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 en su artículo 2 recoge una nueva regulación sobre las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Se elevan las cuantías de las prestaciones, pasando la cuantía general de 291 euros en cómputo anual

.....  
26 FUENTE: INE de noviembre 2018.

a 341 euros, que eleva a 588 en caso de las familias en situación de pobreza extrema. Obviamente el importe de esta prestación sigue siendo irrisoria, sin que pueda ser calificada de suficiente para atender las necesidades que conllevan los menores. Y en consonancia a las cuantías que reconoce, su función no es la que se ha reivindicado con anterioridad, sino el establecimiento de medidas de protección contra la pobreza infantil de acuerdo con la realidad española que arroja que la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social de los menores de 16 años alcanzó el 31%<sup>27</sup>. La norma pone en evidencia que la falta de apoyo a las familias con hijos en situación vulnerable ha sido señalada reiteradamente por la Unión Europea, haciendo constar que el impacto de las transferencias sociales en España es muy inferior a la media de la Unión Europea, e insta a nuestro país a tomar medidas para corregir una situación en la que la eficacia de las prestaciones familiares es baja y la cobertura es desigual.

Pero, el reconocimiento de las prestaciones familiares no solo debe regularse para las familias más pobres, aunque para estas aún más por las necesidades acuciantes que presentan, sino en general para la mayoría de las familias sería preciso la regulación de un sistema completo de prestaciones familiares, donde se evite que cuestiones económicas o de conciliación limiten el número de hijos que se deseen tener y que, por otra parte, atiende adecuadamente a todas aquellas que más ayuda precisan. Y esto que puede parecer un coste ingente para un sistema de Seguridad Social siempre amenazado por la quiebra financiera, no debe evaluarse como tal, en cuanto que como interés de toda la ciudadanía deben ser financiadas, como lo son también ahora, por los impuestos y no por las cotizaciones.

**EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO**

*Viceconsejera de Empleo de la Comunidad de Madrid*

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

*Universidad Carlos III*

.....

27 FUENTE: INE; 2017. Siendo especialmente preocupante, señala la Exposición de Motivos, la situación de 630.000 niños que viven en hogares en situación de pobreza severa, con rentas inferiores al 25% de la mediana de ingresos equivalentes.

# LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS EMPLEADOS EN EL REGISTRO DE LA JORNADA Y LOS DENOMINADOS “DERECHOS DIGITALES”

The protection of employees personal data in the daily log  
and so-called "digital rights"

**JOSÉ ANTONIO MARCOS HERRERO**

*Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*

Fecha de recepción: 31/06/2019

Fecha de aceptación: 04/07/2019

**SUMARIO:** 1. EL ARTÍCULO 34 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR DE IMPLANTAR UN REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA. 2. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE LA JORNADA. 2.1. Obligaciones del responsable en el tratamiento de los datos personales de los empleados para el control diario de la jornada. 2.2. Implantación de dispositivos para el control diario de la jornada que tratan datos biométricos de los empleados. 3. LOS DENOMINADOS “*DERECHOS DIGITALES*” EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE DERECHOS DIGITALES. *LA DESCONEXIÓN DIGITAL* Y OTROS DERECHOS DE APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. 4. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** La obligada implantación del registro diario de la jornada supone también la necesidad de las empresas de cumplir con las exigencias derivadas del Reglamento General de Protección de Datos, con ocasión del tratamiento de los datos personales de los empleados. Igualmente la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, que añade a su

regulación la novedosa garantía de los “derechos digitales”, incorpora una serie de derechos de los trabajadores en el ámbito de la sociedad digital, destacando el “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, que obliga al empleador a hacer efectivo este nuevo derecho.

**ABSTRACT:** The mandatory implementation of the daily log also implies the need for companies to comply with the requirements of the General Data Protection Regulation (GDPR), in relation to the processing of employees personal data. Likewise, the new Organic Act on Data Protection, introduces the new guarantee called ‘digital rights’, it incorporates a number of rights for workers in the field of the digital society, highlighting the ‘digital right to disconnect in the workplace’, which mandates the employer to implement this new law.

**PALABRAS CLAVE:** Registro diario de la jornada, protección de datos personales, datos biométricos, derechos digitales, desconexión digital.

**KEYWORDS:** Daily log, protection of personal data, biometric data, digital rights, digital disconnection.

## 1. EL ARTÍCULO 34 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR DE IMPLANTAR UN REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA

El artículo 10 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”, que regula el registro de la jornada laboral, modifica el apartado 7 del Artículo 34 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y añade un nuevo apartado 9 al citado artículo 34, con el objetivo de crear un marco de seguridad jurídica, tanto para los empleados como para las empresas, facilitando la resolución de discrepancias en cuanto a la jornada laboral y, en consecuencia, sobre el salario. Con este articulado se sientan las bases para combatir la precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva.

Este registro de la jornada laboral supone una obligación para las empresas, que deben garantizar que se incluya el horario de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada trabajador. Para ello, la norma no se pronuncia sobre la forma en la que la empresa tiene que implantarlo, pudiendo por ello articular los instrumentos y procedimientos que entienda pertinentes. Es importante el papel que se le otorga a la parte social, pues la organización del sistema de control que se adopte debe ser fruto de la negociación colectiva, o en su defecto, de la decisión unilateral de la empresa tras la consulta a los representantes de los trabajadores (si existieran).

Un ejemplo de esta participación de los representantes de los trabajadores en la organización del registro, es el acuerdo suscrito (“instrucciones sobre el registro diario de jornada en Telefónica”), en fecha de 17 de Julio de 2019, entre la entidad Telefónica y los sindicatos UGT y CCOO en relación al registro diario de la jornada. Este documento viene a implementar determinadas directrices, de conformidad con la exigencia legal establecida en el artículo 34.9 ET, optando porque los trabajadores fichen a través de su Tarjeta de Identificación Personal (TIP) cuando acceden al centro de trabajo. Si los empleados no prestan sus servicios físicamente en el centro de trabajo (p.ej. teletrabajo), la entidad se compromete a la implementación de un sistema de registro telemático mediante el cual la persona trabajadora procedería al registro diario de su jornada

(el cual no implicará necesariamente la geolocalización). En todo caso, el acuerdo se compromete al cumplimiento de la normativa en protección de datos y respeto al art. 20 bis ET.

Para el cumplimiento de la obligación de registro de la jornada del art. 34 ET será válido “cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático”, debiendo documentarse la información de la jornada “en algún tipo de instrumento escrito o digital, o sistemas mixtos, en su caso, que garanticen la trazabilidad y rastreo fidedigno e invariable de la jornada diaria una vez registrada”. La posibilidad de utilización de diferentes sistemas para implantar el control horario nos conecta directamente con las cuestiones que vamos a tratar posteriormente. Si bien existen dificultades por parte del empleador en la aplicación de la norma, siendo criticada por su ambigüedad, se ha facilitado por el *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* una *Guía sobre el Registro de Jornada* en la que se recogen criterios, a título informativo, en relación con este deber formal empresarial, sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden social. De igual forma, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) aclara e interpreta los términos de la misma a través del “criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada” (publicado en fecha el 10 de junio de 2019) <sup>1</sup> que tiene por objeto el fijar criterios para la realización de las actuaciones inspectoras que se realicen a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, en relación con las disposiciones relativas al registro de jornada (art. 34.9 ET).

Es a partir del día 12 de mayo de 2019 desde cuando todas las empresas que tengan empleados tienen la obligación de garantizar un registro diario de la jornada.<sup>2</sup> Esta obligación debe incorporar la hora de inicio y de finalización de la jornada y, en relación con las interrupciones o pausas, la inspección de trabajo determina que el registro que se utilice debe ofrecer una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo, por lo que el sistema implantado ha de ser “objetivo y fiable”. Sería conveniente que el empresario registrara este tipo de pausas, porque en caso contrario podría presumirse que la jornada laboral efectiva es toda aquella que transcurre entre la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo registrada.

El registro de la jornada no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para el control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo, con sus consecuencias respecto de la salud laboral, e implicaciones en la realización, abono y cotización

1 Criterio que deja sin efecto la Instrucción 1/2017, complementaria a la Instrucción 3/2016.

2 La llevanza del registro de jornada no es una opción para el empresario, sino que se trata de un deber que deriva del término “garantizará” (Criterio ITSS 111/2019).

de las horas extraordinarias (siendo un medio que garantiza y facilita dicho control, pero no el único).

¿Qué consecuencias legales tiene para el empleador no garantizar el registro diario de la jornada? El empleador puede ser sujeto responsable de una infracción según el artículo 7 (apartado 5) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>3</sup> (LISOS), al disponer que es infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de registro de jornada que se refiere en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien, según el criterio técnico 101/2019 ITSS, si hubiese certeza de que se cumple la normativa en materia de tiempo de trabajo o de que no se realizan horas extraordinarias, aunque no se lleve a cabo el registro de la jornada de trabajo, la valoración del inspector actuante en cada caso podría sustituir el inicio del procedimiento sancionador por la formulación de un requerimiento para que se dé cumplimiento a la obligación legal de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo.

La inexistencia de este registro puede suponer para la empresa, igualmente, un déficit probatorio en la defensa de reclamaciones planteadas por sus empleados por la realización de horas extraordinarias, independientemente que se trate de un trabajador presencial o un teletrabajador (STSJ de Castilla y León - Sala Social - de 3 de febrero de 2016<sup>4</sup>), si bien para que proceda la inversión de la carga de la prueba, según dispone la STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2017 (Recurso 765/2017) es preciso que existan, cuando menos, indicios de que el trabajador pudiera hacer el horario que afirma realizar, y no basta con que se acredite la falta de registro y que el trabajador alegue la realización de horas extraordinarias, sino que ha de presentarse un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación.

Por el contrario, el cumplimiento de la implantación del sistema control horario del trabajador puede dotar a la empresa de la herramienta necesaria para justificar el descuento de la nómina mensual, ante el retraso injustificado del trabajador en la incorporación al puesto de trabajo (retraso en el fichaje de entrada) (STAN nº 82/2019 (Sala de lo Social), de 20 Jun. 2019, Rec. 115/2019).



3 Modificado por el Artículo 11 del Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo.

4 La sentencia ratifica la condena a la empresa al pago de horas extraordinarias sobre la base de la inexistencia de control alguno sobre la jornada a pesar de tratarse de teletrabajo. No se admiten los argumentos de la empresa contra la reclamación de horas extraordinarias, alegando que al tratarse de una prestación de servicios con conexión remota y desde el domicilio del trabajador no se implementó control ni registro alguno para no interferir sobre el Derecho Fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio del empleado. Bien al contrario, ha de ser la propia empresa la que debe establecer las reglas de juego del control sobre el trabajador, sea un trabajador presencial o un teletrabajador, de modo que la ausencia de estos controles, y específicamente los de jornada, actúan en perjuicio claro de la empresa.

## 2. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE LA JORNADA

Con la aprobación del Reglamento 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 (Reglamento General de Datos Personales (en adelante, RGPD) se ha optado por una norma directamente aplicable en todos los estados de la Unión Europea, configurando un régimen común en todos ellos en el sistema de garantías, en el modelo de cumplimiento y en el modelo de supervisión en su aplicación por parte de las autoridades de control.

Es a partir de la entrada en vigor del RGPD, el 25 de Mayo de 2018, desde cuando cualquier tipo de organización, ya sea una gran empresa o “pyme”, debe evaluar su situación y adecuarse a los postulados de la norma<sup>5</sup>. Para ello debe realizar una adecuación de sus procedimientos internos, clausulado, y la adopción de las medidas técnicas y organizativas necesarias para adaptarse a los requerimientos establecidos en el RGPD. El empresario deberá poner en marcha las actuaciones necesarias para adaptarse a la norma y se pueda demostrar ante terceros su cumplimiento, aplicando las medidas de responsabilidad proactiva. Dentro de las medidas en las que se materializa este principio de responsabilidad proactiva del RGPD destacar “la figura del delegado de protección de datos, el registro de actividades de tratamiento, la protección de datos desde el diseño y por defecto, el análisis de riesgos y adopción de medidas de seguridad, la notificación de quebras de seguridad, las evaluaciones de impacto sobre la protección de datos, y la adhesión a códigos de conducta, mecanismos de certificación, sellos y marcas de protección de datos”.

Esta es una de las novedades que recoge el RGPD en relación a la normativa anterior, la aplicación del denominado principio de “responsabilidad proactiva” o *accountability*, por el que el “responsable del tratamiento”<sup>6</sup> (que en este artículo será la empresa) debe aplicar las medidas necesarias a fin de garantizar que el tratamiento de los datos es conforme con la norma, y además ser capaz de demostrar ante los interesados<sup>7</sup> y ante las autoridades de control (en España, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) o autoridades

.....

5 Instituto Nacional de Ciberseguridad <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/puntos-clave-adequacion-del-rgpd>).

6 Responsable del tratamiento (o responsable) es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros (Art. 4º.7 RGPD).

7 Personas físicas titulares de los datos, que sean objeto del tratamiento.

autonómicas competentes<sup>8</sup>) que ha adoptado las garantías adecuadas, y rendir cuentas por lo realizado.

El nuevo modelo de cumplimiento del RGPD se caracteriza porque es dinámico, no estático, por lo que se requiere a la empresa responsable una revisión permanente del cumplimiento de las garantías sobre los datos personales. En este marco, la empresa deberá acomodar su organización empresarial a las nuevas exigencias del RGPD.

En España, con la entrada en vigor el día 6 de diciembre de 2018 de la Ley Orgánica 5/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), se incorporan nuevas obligaciones a las recogidas en el RGPD, o se amplían las ya previstas.

En relación a la protección de datos en el ámbito laboral, se podrán establecer normas específicas al respecto a través de leyes nacionales, convenios colectivos, convenios de empresa, etc.<sup>9</sup>, abriendo así la posibilidad de que las propias empresas elaboren normas internas para el tratamiento de datos personales de sus trabajadores. El empleador no solo deberá conocer las obligaciones que se establezcan en el RGPD y LOPDGDD, sino que deberá garantizar aquellas otras que se incorporen y sean objeto de desarrollo en el convenio colectivo, o acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Por ello, si bien las empresas tienen la obligación de garantizar el registro diario de la jornada laboral, también deben adecuarse a los requerimientos exigidos por el RGPD en la implantación del citado registro, pues supone el tratamiento por el empleador de datos personales de sus empleados. El artículo 4.1 del RGPD <sup>10</sup>define los “datos personales” como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”, incluyendo en esta definición nuevas formas de identificar a una persona debido a los avances tecnológicos y su aplicación en el entorno empresarial. El Art. 9 RGPD igualmente regula el tratamiento de las denominadas “*categorías especiales de datos*”, e incorpora dos nuevas categorías en relación a las establecidas en la Directiva 95/46<sup>11</sup>: los “datos genéticos” y los “datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”.

.....

8 En el RGPD se establece que en cada estado miembro puede haber varias autoridades de control. En España, actualmente, además de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), existen tres autoridades autonómicas con competencia en materia de protección de datos: *Autoridad Catalana de Protección de Datos*, regulada por la Ley 32/2010, de 1 de octubre; *Agencia Vasca de Protección de Datos* regulada por la Ley 2/2004, de 25 de febrero; y *el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía* regulado por la Ley 1/2014, de 24 de junio (si bien esta última aún no ha asumido materialmente la competencia ejecutiva sobre protección de datos personales, por lo que continuarán siendo ejercidas por la Agencia Española de Protección de Datos).

9 Considerando 155 y Art. 88 RGPD.

10 Datos personales: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará 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).

11 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El registro diario de la jornada supone la recogida y el tratamiento de datos personales de los empleados, que implica el control y monitorización diaria de las horas trabajadas por los empleados (horas de entrada y salida de los mismos), según el sistema implantado para la recogida de los mismos (aplicación que recoja las huellas dactilares de los trabajadores, su localización...).

Por ello, desde la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 8/2019 el empleador, previamente a la implantación del registro, ha debido analizar los requerimientos legales exigidos al respecto en materia de protección de datos y haber valorado el sistema o mecanismo de registro a utilizar que sea más proporcionado. Es recomendable que la empresa cuente para ello con el asesoramiento de personal con conocimientos especializados en protección de datos y privacidad - como el delegado de protección de datos (DPD)<sup>1213</sup>-, ante la especial complejidad de la norma, debiendo participar en todas las cuestiones relativas a la protección de los datos de la organización desde la etapa más temprana posible. Este personal experto ayudará a la dirección de la empresa a adoptar medidas que sean proactivas, y también aquellas otras preventivas que identifiquen los riesgos <sup>14</sup> antes de que se materialicen, para así tomar las precauciones adecuadas para evitarlos o, por lo menos, mitigarlos.

El RGPD considera la figura del DPD como un elemento clave en el nuevo sistema de gestión de los datos, aportando una estimable ayuda a la empresa para cumplir con la norma, y con su tarea de asesorar, informar, formar, ser interlocutor y colaborar con la autoridad de control. Si bien en determinados supuestos es obligatorio que las empresas cuenten con un DPD, las organizaciones pueden considerar de utilidad nombrarlo de forma voluntaria.

El RGPD establece un catálogo de obligaciones que se imponen al responsable de tratamiento, y que vienen respaldadas por su régimen sancionador, de forma que el no cumplimiento de las distintas obligaciones que conllevan puede conducir a medidas correctivas.

## **2.1. Obligaciones del responsable en el tratamiento de los datos personales de los empleados para el control diario de la jornada**

Al aportar el trabajador sus datos personales a la empresa, bien sea para formalizar el contrato laboral o posteriormente para la implantación del registro diario de la jornada, la empresa deberá informar al trabajador en los términos indicados en la norma <sup>15</sup> acerca de quién tratará sus datos personales, para qué finalidad o finalidades, los derechos que

12 Artículo 37.1 RGPD y 34.1 LOPDGDD.

13 Data Protection Officer (DPO).

14 El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento (art. 39.2 RGPD).

15 Art. 13 RGPD.

puede ejercer.... Este es el derecho de información que le asiste al trabajador por el tratamiento de sus datos personales, permitiendo la LOPDGDD (como novedad) que esa información se lleve a cabo “por capas”; es decir, el empleador facilitará al trabajador una información básica (al menos la identidad del responsable del tratamiento y de su representante, la finalidad del tratamiento y la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 RGPD), indicándole igualmente una dirección electrónica u otro medio para que pueda conocer el resto de la información que tiene que ser suministrada por el responsable.

El derecho de información a los empleados se puede hacer efectivo mediante una cláusula/anexo incorporada/o al contrato laboral, por ejemplo; o mediante comunicados internos a la plantilla. Si para la implantación del registro de la jornada el empleador utiliza datos personales de los trabajadores obtenidos a través de sistemas de geolocalización, deberá informar expresamente a los trabajadores acerca de la existencia y características de estos dispositivos<sup>16</sup>.

Este derecho de información está muy vinculado con el de transparencia <sup>17</sup> por el que la empresa responsable debe realizar la información al trabajador de una forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, debiendo utilizarse un lenguaje claro y sencillo.

Con ocasión de la información que el empleador ha facilitado a los trabajadores, éstos conocerán los derechos que les asisten en los términos del art. 15 a 22 RGPD, y podrán ejercer el derecho de acceso, rectificación, supresión, oposición, derecho a la limitación del tratamiento y derecho a la portabilidad (según proceda). Para el ejercicio de estos derechos por los trabajadores, la empresa deberá habilitar los medios necesarios y establecer procedimientos internos para canalizar las solicitudes de esos derechos (por ejemplo mediante formularios disponibles para los trabajadores).

Solo la empresa podrá tratar los datos personales de sus trabajadores cuando el tratamiento este amparado en algunas de las causas de legitimación dispuestas en el art. 6 RGPD. ¿Debería la empresa solicitar el consentimiento de todos los trabajadores para el tratamiento de sus datos por la implantación del registro de la jornada? Según establece la AEPD, el tratamiento de datos personales de los trabajadores derivado de la implantación del registro de jornada es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento establecida en el artículo 6.1.c RGPD. Por ello, para la implementación del registro de jornada no se precisa el consentimiento del trabajador, siendo base suficiente de legitimación la propia norma laboral, cuyo artículo 34.9 ET establece la obligación de las empresas de realizar dicho registro de la jornada con carácter individual de cada persona trabajadora.

.....

16 Art. 90 RGPD.

17 Art. 12 RGPD.

Ahora bien, si a través del sistema de registro se recogen, por ejemplo, datos del trabajador que tienen la consideración de “datos biométricos”, además de la base de legitimación necesaria del art. 6 RGPD, deberemos tener en cuenta la máxima protección que el RGPD otorga a estos “datos biométricos”, pues según hemos visto previamente tienen la consideración de “categoría especial de datos” (al igual que aquellos datos referentes a la ideología política, orientación sexual o datos de salud, por ejemplo).

A la vista de esta consideración como datos de especial protección ¿puede tratar el empresario responsable “datos biométricos” de los trabajadores en la implantación del registro? El artículo 9.1 del RGPD establece, como regla general, la prohibición del tratamiento de este tipo de datos, si bien esta prohibición no se aplica en los supuestos enumerados en el artículo 9.2 RGPD, entre los que se encuentra – en su apartado b - cuando “el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral”. Por ello, esta excepción de la norma permite la utilización de “datos biométricos” por el empleador para el control diario de la jornada y acreditación del cumplimiento del contrato laboral; en concreto por el cumplimiento de una obligación legal de garantizar el registro de la jornada laboral (los artículos 20 y 34 del Estatuto de los Trabajadores). En este mismo sentido, y en relación a la utilización de sistema de control con tecnologías biométricas de huella dactilar o de reconocimiento facial, la AEPD ha considerado<sup>18</sup> que “el uso de estas tecnologías podría considerarse una medida de control por el empresario admitida por el artículo 20 ET, siempre y cuando sea proporcional, lo que exigiría tener en cuenta la naturaleza de la actividad y de las instalaciones para cuyo acceso se requiriese el reconocimiento...”.

De forma independiente al sistema o medio elegido para implantar el registro, el tratamiento de los datos personales de los trabajadores debe realizarse siempre respetando los principios recogidos en el art. 5 RGPD (licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad y principio de “responsabilidad proactiva”).

Uno de los principios citados es el “principio de minimización de datos”, que determina que no sería lícito que la empresa recogiera y almacenara más datos personales de los trabajadores de los que realmente fueran necesarios para los fines del control diario de la jornada, por lo que “no se debe aprovechar la introducción de un sistema de control para implantar un sistema general de vigilancia del trabajador”<sup>19</sup>.

Si bien con motivo de la entrada en vigor del RGPD se ha suprimido la obligación de notificar ficheros a la AEPD para su inscripción en el Registro General de Protección de

18 10ª Sesión Anual Abierta de la AEPD. 4 de junio de 2018.

19 EFE Madrid, 13 mayo 2019.

Datos <sup>20</sup>, ahora existe la obligación de elaborar el denominado Registro de Actividades de Tratamiento (RAT), que deberá contener la información señalada en el artículo 30 RGPD. Por ello, la empresa estará obligada a registrar el tratamiento en el RAT derivado del control diario de la jornada<sup>21</sup>. Este RAT no sería obligatorio para aquellas empresas que tengan menos de 250 trabajadores, pues están exentas de realizarlo (salvo cuando el tratamiento pueda entrañar un riesgo para las libertades y derechos de los trabajadores y se trate de datos de categoría especial). Esta excepción es importante, pues la mayoría del tejido empresarial español está compuesto por PYMES de menos de 250 trabajadores (99,8% del total del tejido empresarial <sup>22</sup>).

Uno de los aspectos que debe contener el RAT es el referente a “los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos” (Art. 30.1.f RGPD y 31 LOPDGDD). Esta previsión debe reflejarse en el RAT teniendo en cuenta la contenida en el nuevo artículo 34.9 ET “...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.”. La empresa debe tener en cuenta este aspecto, y establecer un protocolo que regule la supresión de los datos en la empresa, por ejemplo, para cuando los datos de los empleados no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos. Si bien, para los derivados del control de la jornada, al menos durante 4 años estarán a disposición de los propios trabajadores, de los representantes legales, así como de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo procederse, en los términos del artículo 32 LOPDGDD, en relación al bloqueo/ destrucción de los mismos.

En el supuesto de que la empresa (como “responsable de tratamiento”) contrate a otra empresa externa la implantación del sistema de registro de jornada, esta última se convertirá en “encargado de tratamiento”<sup>23</sup>. Conforme al ya citado principio de responsabilidad proactiva, la empresa responsable deberá ser diligente en la elección del encargado de tratamiento, pues debe contratar únicamente a aquellos que ofrezcan garantías suficientes con el cumplimiento de las medidas técnicas y organizativas apropiadas. Esta empresa proveedora podrá acceder a los datos personales de los trabajadores necesarios para implantar el registro, siempre que exista un contrato de encargo, en donde se determinarán las instrucciones dadas por la empresa e igualmente se incorporarán las estipulaciones del art. 28 RGPD, las cuales obligan al encargado de tratamiento a su cumplimiento.

.....

20 Regulada en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 y la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

21 El nivel de desagregación de las actividades de tratamiento es una decisión del responsable de tratamiento. Esta actividad de tratamiento pudiera denominarse control diario de la jornada o bien estar agrupada con otras en torno a una misma finalidad.

22 Cifras PyME. Datos junio 2019 publicados por Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (<http://www.ipyme.org>).

23 Art. 28 RGPD.

Es importante que la empresa identifique también, con carácter previo a la implantación del sistema de registro, si el sistema elegido podría entrañar un “alto riesgo” en el tratamiento de los datos de los empleados, para lo cual la empresa (previo análisis preliminar de dicho tratamiento<sup>24</sup>) debe determinar si tiene o no que realizar - lo que la norma denomina - una “evaluación de impacto”(EIPD)<sup>25</sup>.El responsable de tratamiento puede considerar que un tratamiento que cumpla dos de los nueve criterios indicados por el Comité Europeo de Protección de Datos <sup>26</sup> (o de la lista no exhaustiva complementada por la AEPD<sup>27</sup>) requerirá la realización de una EIPD.

En la práctica, esta evaluación supone una herramienta preventiva que permite determinar el nivel de riesgos de un determinado tratamiento, para así adoptar las medidas (controles) más adecuadas para minimizar el riesgo del tratamiento. Para su realización la EIPD debe contar con los siguientes elementos:

- Una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento.
- Evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad, y de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados (juicio de ponderación).
- Medidas para mitigar esos riesgos.

En el supuesto que el resultado de la EIPD sea favorable, la actividad de tratamiento se realizará siempre que las medidas necesarias hayan sido implantadas. Si por el contrario, del resultado de la EIPD se determina que no es posible realizar el tratamiento, sería necesario utilizar el procedimiento de consulta previa a la Autoridad de Control<sup>28</sup>.

¿Qué ocurre si el responsable de tratamiento no cumple con los requerimientos del RGPD en la implantación del registro diario de la jornada? Con carácter general, en función de la infracción y circunstancia de cada caso individual, el incumplimiento de la norma podría suponer la imposición de sanciones económicas por la autoridad de control (AEPD o autoridades autonómicas competentes) que pueden llegar a alcanzar los 10 millones de euros (o hasta el 2% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior) o, incluso hasta los 20 millones de euros (o hasta el 4% del volumen

.....

24 Guía práctica para las Evaluaciones de Impacto en la Protección de los Datos sujetas al RGPD. AEPD.

25 Art. 35.1 RGPD.

26 Grupo de Trabajo del Artículo 29 en la guía WP248 “Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679.

27 Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4).

28 Artículo 36 RGPD.

de negocio antes citado).<sup>29</sup> Estamos hablando de sanciones muy elevadas que pueden ser impuestas tanto a multinacionales como a pequeñas empresas, siendo claramente el impacto muy diferente en una y otra.

El nuevo modelo de supervisión del RGPD también establece medidas correctoras ante posibles incumplimientos de la norma que puede ser acordadas por la autoridad de control; tales como advertencias, apercibimientos, actuaciones específicas en un plazo determinado; o bien una limitación temporal o definitiva del tratamiento de los datos.

¿Y si el empleado considera que en la implantación del registro de la jornada se ha vulnerado la normativa en relación al tratamiento de sus datos personales y el ejercicio de sus derechos? El trabajador podrá presentar una reclamación ante la Autoridad de Control (AEPD o a las autoridades autonómicas competentes), y tendrá derecho a acudir a los tribunales de justicia, y a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios materiales o inmateriales causados como consecuencia de la infracción.

Si se tratara de posibles infracciones de otros empleados, el trabajador puede igualmente poner en conocimiento de la empresa la existencia de esas conductas a través de una denuncia interna<sup>30</sup>, debiendo la propia empresa poner a disposición de los trabajadores canales o circuitos para su tramitación junto con medidas que garanticen la confidencialidad<sup>31</sup>. Por tanto, los trabajadores pueden ser en cualquier caso, bien denunciantes o denunciados.

## 2.2. Implantación de dispositivos para el control diario de la jornada que tratan datos biométricos de los empleados

El art.10 del Real Decreto-ley 8/2019 no establece una modalidad específica o predeterminada para el registro diario de la jornada, limitándose a señalar que se debe llevar a cabo día a día, e incluir el momento de inicio y finalización de la jornada. En este marco, para cumplir la norma, la empresa puede utilizar cualquier sistema que proporcione información fiable y no sea manipulable, ya sea en soporte papel o telemático.

Las empresas deben decidir cuál es la mejor solución para el registro de la jornada. El sistema biométrico de control de presencia es un sistema muy utilizado, y especialmente el sistema de fichaje mediante huella dactilar, pues parece que “la biometría es la única llave que no se puede falsificar, copiar o perder”<sup>32</sup>.

.....

29 La LOPDGDD establece que constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica.

30 Informe Jurídico de la AEPD núm. 0128/2007, sobre creación de sistemas de denuncias internas en la empresa.

31 Artículo 24 LOPDGDD.

32 <https://innovadores.larazon.es/10 Mayo 2019>.

Los sistemas biométricos de control de presencia pueden requerir la autenticación de la identidad del trabajador a través del iris del ojo, de la retina, palma de la mano<sup>33</sup> facciones, la voz, el modo de caminar, o bien a través de la huella digital (basada en el principio de que no existen dos huellas dactilares exactamente iguales).

Las herramientas biométricas pueden ser estáticas, que miden y tratan características como la huella dactilar o la forma de la cara; o dinámicas, nuevas herramientas tecnológicas que pueden recoger las características del comportamiento de las personas (analiza información del uso del teclado, la forma o cadencia de caminar, conducta gestual, por lo que de esta forma se reconoce la identidad de una persona...).

A la vista de la tecnología disponible en estos sistemas, y de los datos de especial protección que se tratan (Art. 9 RGPD), las empresas previamente a su implantación deberán ponderar la necesaria proporcionalidad del sistema de control a elegir, analizar el riesgo y garantizar las medidas adecuadas. Se incorpora así otro concepto, el de la proporcionalidad en la utilización de sistemas para el control de la jornada laboral. No hay que dar por sentado que la implantación de cualquier sistema de control horario que recoja datos biométricos de los empleados es proporcional, y por tanto, conforme con el RGPD (principio de minimización).

Este asunto ha sido tratado en determinados dictámenes e informes de las autoridades de control estatales (Dictamen 16/045 de la Agencia Vasca de Protección de Datos, relativo a la implantación de la huella dactilar como medio de fichaje; Dictamen CNS 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos en relación con la consulta formulada por un colegio profesional sobre la utilización de sistemas de control basados en la huella dactilar; o Informe 0065/2015 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de datos (evacuado con anterioridad a la aplicación del RGPD) en relación al sistema de control biométrico de los alumnos del Centro para su acceso al comedor), en los cuales se determina que, al tratarse de datos de especial protección, es recomendable evaluar la necesidad de implantar otro tipo de sistemas que, sin utilizar esta categoría de datos especialmente protegidos, permitan alcanzar el mismo fin. Este sistema de registro con datos biométricos solo debería ser de aplicación si no hay otros medios que sean menos intrusivos que se puedan implantar, debiéndose acompañar para ello de garantías adecuadas.

Tal y como ha señalado la AEPD<sup>34</sup> en diferentes informes, en caso de ser posible deberían instalarse preferentemente “sistemas de reconocimiento de huella dactilar” sin que el sistema tuviera que almacenar el dato biométrico (*por ejemplo, una tarjeta inteligente que se contrastase con la huella y se mantuviera siempre en poder del trabajador*). Por lo tanto, la empresa no tendría almacenado el dato biométrico.

.....

33 STSJ de Cantabria, de 10 de enero de 2003.

34 Sesión anual abierta de la AEPD de 04 de junio de 2018.

Al respecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 1 de abril de 2015 la Recomendación CM/Rec (2015) 5 relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral. En su principio general nº 18, se establece que la recogida y tratamiento de los datos biométricos no debería realizarse, salvo en los casos en que sea necesario para la protección de los intereses legítimos de los trabajadores, de los empresarios o de terceros, y ello solo como última opción, cuando sea imposible utilizar otros métodos alternativos de tratamiento menos intrusivos y siempre que su tratamiento se acompañe de las garantías apropiada. De igual forma entiende que el tratamiento de datos biométricos debe basarse en métodos científicamente reconocidos y sometidos a las exigencias estrictas de seguridad y proporcionalidad.

Este sistema biométrico de control de presencia es uno de los posibles que el empleador puede implantar. También puede decantarse por otros, en los que el sistema de registro elegido pueda requerir el acceso a dispositivos digitales o bien del uso de sistemas de video vigilancia o de geolocalización<sup>35</sup>. Cualquier sistema que el empleador utilice, deberá previamente ponderar la proporcionalidad del sistema de control, analizando el riesgo o, en su caso, evaluando el impacto (EIPD), y adoptando las medidas de seguridad adecuadas.

Estos sistemas irán evolucionando tecnológicamente y, con ellos, la necesidad de una mayor regulación para la protección de los datos personales. Por ejemplo, una empresa belga ha implantado a varios de sus empleados, de manera voluntaria, un “chip” bajo la piel que funciona como una llave de identificación para abrir puertas o acceder al ordenador<sup>36</sup>. En un futuro cercano, es posible que asistamos con normalidad al uso de sistemas de implantación de chips subcutáneos en trabajadores que permitan su geolocalización, o para controlar determinados dispositivos (tecnología domótica), o incluso ser utilizado para el sistema de fichaje de entrada y salida por los empleados en la empresa.

### 3. LOS DENOMINADOS “DERECHOS DIGITALES” EN LA NUEVA LOPDGDD: LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y OTROS DERECHOS DE APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Tal y como dispone el Apartado IV del Preámbulo de la LOPDGDD, una deseable futura reforma de la Constitución debiera incluir, entre sus prioridades, la actualización

.....

35 SAN nº. 13/2019 de 6 febrero (Sala de lo Social, Sección 1ª): al ser los datos de localización de una persona un dato de carácter personal, cualquier actuación empresarial que incida sobre los mismos afecta al derecho la privacidad del trabajador protegido por los arts 18.1 y 4 de la CE (STC 186/2000).

36 ABC Economía 03/02/2017. La sociedad belga de marketing digital “Newfusion” implanta un «chip» de identificación bajo la piel de sus empleados.

de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, mientras tanto no se acometa este reto, el legislador ha abordado el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales con la promulgación de la citada LOPDGDD. Esta “Ley Orgánica” incorpora, en su título X, la denominada “*garantía de los derechos digitales*” (que el RGPD no reconoce), y en su *disposición final 13 y 14* añade un nuevo *artículo 20 bis* al Estatuto de los Trabajadores (ET), y una nueva *letra j bis* al artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

La LOPDGDD acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de *derechos digitales* de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución (artículo 18.4), derechos que suponen una prolongación de los derechos de las personas llevados al mundo digital. En la norma se incorporan una serie de derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la sociedad digital, viniendo a destacar, en este artículo, el denominado “*derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*”, que se regula junto con otros derechos en los que se garantiza la intimidad del trabajador (ante el uso de dispositivos digitales, dispositivos de video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, y ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral).

En todos ellos destaca, como elemento común, la necesaria información y transparencia hacia el trabajador/empleado público, garantía de la buena fe que debe presidir la relación contractual, y la necesaria aplicación (prevista en art. 89.3 LOPDGDD) del principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y el resto de garantías previstas en su articulado.

¿Cómo debe respetar el sistema de registro diario de la jornada del artículo 34 ET el ejercicio de los derechos digitales de los empleados? En el supuesto de que la aplicación/software utilizada/o por el empleador en el registro de la jornada incorpore tecnologías tales como video vigilancia o sistema de geolocalización, deberá ser comunicada a los empleados y a la representación de los trabajadores, debiendo ser respetuoso igualmente con el derecho de los trabajadores a que no sea vulnerada su intimidad. Puede darse el caso de geo localizadores situados en los dispositivos móviles, automóviles... que permiten el control empresarial del trabajador, si bien solo se podrán utilizar durante la jornada laboral, tal y como se pronuncia la STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017<sup>37</sup>. Esta Sentencia considera que la instalación de los dispositivos GPS en los vehículos como medida de vigilancia es ajustada a derecho, no existiendo lesión del derecho a la intimidad por parte del empresario; si bien se estima la vulneración de dicho derecho fundamental por estar activado el GPS también a partir de la finalización de la jornada laboral, sin el imprescindible consentimiento de los trabajadores en este supuesto. El tribunal considera que una vez finalizada la jornada laboral se debe desactivar el localizador GPS.

.....

37 STSJ Asturias, de 27 de diciembre de 2017, núm. 3058/2017 (AS 2018, 296).

Este pronunciamiento tiene relación con uno de los derechos digitales recogidos en el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, y letra j bis) del artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público, el denominado “derecho a la desconexión digital”, que se remite a lo dispuesto en el artículo 88 de la LOPDGDD, y por el que se garantiza a los trabajadores y empleados públicos que se respete su tiempo de descanso, de permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido<sup>38</sup>. Se establece que las modalidades del 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.

En Alemania, empresas como Volkswagen o Daimler-Benz y BMW han sido pioneras en la firma de acuerdos en relación a la “desconexión tecnológica”, con el objetivo de “limitar o impedir el riesgo derivado del uso excesivo de las nuevas tecnologías” y combatir “la ilusión de un recurso humano disponible las veinticuatro horas del día, todos los días al año”.

El debate sobre el citado derecho ha llegado a España hace unos años, precisamente a raíz de la regulación del derecho a la desconexión (*droit à la déconnexion*) que ha sido regulado en Francia como medida incluida en la reforma de su ley laboral, en vigor desde el 01 de enero del 2017 (Loi 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, conocida como Loi Travail), incorporando por primera vez el ejercicio de este derecho<sup>39</sup>.

En nuestro país han existido algunos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de interés a este respecto y algunas regulaciones internas de empresas (previas a la entrada en vigor de la LOPDGDD) que han venido incorporando el citado derecho:

- SAN de 17.7.1997 (120/1997), que declaró la nulidad de las instrucciones de la empresa que obligaban a los empleados a “mantener la atención a sus teléfonos móviles una vez finalizada la jornada de trabajo de cada uno de ellos”.
- STSJ Castilla y León de 3.2.2016, que determina que las empresas que utilizan TIC o teletrabajo, en el domicilio o a distancia, deben disponer de políticas de gestión del tiempo, tal como procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada, para afrontar posibles reclamaciones sobre excesos de jornada, seguridad y salud laboral (por exceso de conexión y estrés laboral, sobre todo).

38 “*The right to privacy*” (*El derecho a la intimidad*), ensayo publicado por los juristas norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis en 1890, se considera la génesis de la protección de la privacidad, refiriéndose al “derecho a estar solo” como el derecho a no ser molestado (*the right to be let alone*).

39 <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias>.

- Juzgado de lo Social nº14 de Madrid (auto de 4 Jul. 2019, Rec. 56/2019). Se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 162.2 LEC que da por notificada una resolución remitida vía “Lexnet” a los 3 días con independencia de que se haya accedido a su contenido o no, considerando el juzgador que “Lexnet” pudiera no garantizar el derecho de desconexión de abogados y procuradores.
- Convenio Colectivo del Grupo AXA <sup>40</sup>, que establece en su art. 14 el derecho a la desconexión digital, al entenderse que la conectividad permanente está afectando al ámbito personal y familiar de los trabajadores/as, por lo que las partes firmantes “coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral”.
- XVI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal <sup>41</sup>, en cuyo apartado “áreas de intervención para la consecución de los objetivos del plan de igualdad” establece, como medida que promueve la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la denominada desconexión digital “aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles, compartiendo que su utilización no ha de ser motivo ni argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de los trabajadores y trabajadoras”.
- El acuerdo horario de IKEA, en vigor desde el 01 septiembre de 2018, establece en su artículo 13 la desconexión digital, por el que los trabajadores “tienen derecho a no responder a cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales...etc), fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor”.

Las empresas abogan cada vez más por permitir a los trabajadores y equipos de trabajo, precisamente, al amparo de los dispositivos tecnológicos (especialmente los de conexión remota), una gran autonomía en la gestión de su tiempo de trabajo, y una flexibilización mayor sobre el lugar de prestación de servicios. En este ámbito los avances tecnológicos imponen un nuevo modelo de bienestar, donde no existe separación entre el trabajo y la vida privada, suponiendo una mayor implicación del trabajador con la empresa y su realización a través del trabajo (“*blending*”). Esto contrasta con la necesidad de la empresa de proteger la salud del empleado, de evitar que el tiempo de trabajo invada el tiempo de descanso de los trabajadores, y su esfera familiar y personal, pues la facilidad de conexión

.....

40 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa. (BOE 10/10/2017).

41 Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (BOE 18/01/2018).

con el trabajo a través de medios tecnológicos posibilita que se diluya la separación entre tiempo de trabajo y descanso. Sobre este aspecto deben trabajar las empresas en el marco del derecho a la desconexión, evitando la presión que los dispositivos digitales proporcionados por el empresario imponen sobre los trabajadores, evitando los efectos perjudiciales sobre su salud (estrés, cansancio, agotamiento mental y cognitivo...).

Es importante que este derecho a la desconexión digital del trabajador sea compatible con las medidas organizativas de la propia empresa, como es la obligación de garantizar el registro diario de la jornada del art. 34 ET.

La norma establece expresamente que se deberá preservar 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. Es en relación a las distintas formas de realizar este trabajo donde puede existir un especial conflicto, pues debe ser compatible la obligación de fichar del empleado junto con el derecho del mismo a la desconexión digital. Para ello es conveniente protocolizar en la empresa las modalidades del ejercicio de la desconexión según se trate de trabajadores de presencia en el centro de trabajo, a distancia (total o parcial), trabajadores en domicilio; y también trabajadores que tengan horario regular, horario flexible o con autogestión de su tiempo de trabajo<sup>42</sup>. Esta situación puede ser resuelta por la empresa estableciendo fórmulas adecuadas que permitan fichar a estos trabajadores; por ejemplo, a través de la actividad monitorizada de los dispositivos electrónicos que se hallen a disposición del trabajador.

Una vez clarificadas estas situaciones, identificando para ello a partir de qué horario se deben respetar los tiempos de descanso para el trabajador, podemos entender que el registro diario de la jornada posibilitará el derecho a la desconexión digital, pues será una forma de conocer el momento en el cual el empleado está trabajando o bien deja de hacerlo, teniendo derecho a no ser molestado fuera de su jornada laboral. Por ello, un adecuado registro de la jornada de trabajo puede contribuir a la consecución del objetivo del derecho a la desconexión, puesto que a través del mismo puede comprobarse el cumplimiento de la jornada laboral, la realización de exceso de jornada ordinaria, y determinar si se está respetando o no el derecho al descanso de los trabajadores.

Es evidente que las nuevas tecnologías, y las nuevas formas de entender el trabajo (y el concepto de trabajador) está generando una nueva casuística en la aplicación de la norma, que nos abre a nuevos escenarios que deberán interpretarse, o bien regularse.

.....

42 A este respecto la “Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social”, establece que “en relación con los modos de organización del trabajo que se basan en fórmulas de flexibilidad del tiempo de trabajo y de distribución irregular de la jornada, incluido el trabajo a distancia o teletrabajo y horarios flexibles del trabajador, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables, el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo.

Todas estas cuestiones que se plantean es recomendable que sean incorporadas en la política interna establecida por el empleador (art. 88.3 LOPDGDD), y dirigida a los trabajadores (un protocolo de desconexión digital), previa audiencia a los representantes de los trabajadores. Este protocolo debiera definir especialmente las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión, las acciones de formación y las acciones de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas.

Un ejemplo muy significativo y actual de cuál pueda ser la política interna de una empresa, en el marco de la regulación del derecho a la desconexión digital de los trabajadores según acuerdo con los sindicatos, es la realizada por la entidad Telefónica.

El 23 de noviembre de 2018, previa a la entrada en vigor de la LOPDGDD, Telefónica firma con los sindicatos un acuerdo de sensibilización en materia de desconexión digital, por el que “se compromete a impulsar medidas para potenciar el respeto al tiempo de descanso de los trabajadores una vez finalizada la jornada laboral, reconociendo el derecho a la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar y, en definitiva, de la calidad de vida y salud de los trabajadores”. Posteriormente, en fecha de 17 de Julio de 2019, la entidad Telefónica firma junto con los sindicatos UGT y CCOO una “política interna reguladora del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras de telefónica”, destacando en ella cuestiones como:

- Reconoce el derecho a la desconexión digital como un derecho, no como una obligación. Esto supone que las personas trabajadoras que realicen comunicaciones fuera del horario podrán hacerlo con total libertad; sin embargo, deben asumir que no tendrán respuesta alguna hasta el día hábil posterior. En caso de enviar una comunicación que pueda suponer respuesta fuera del horario establecido al efecto, el remitente asumirá expresamente que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente. De interés es el debate acerca de si estamos ante un derecho, o también ante una obligación del trabajador. Si bien pudieran plantearse infracciones disciplinarias derivadas del incumplimiento del citado derecho por parte de los empleados, parece razonable considerar que la desconexión digital supone un derecho (no una obligación) y no resultaría procedente penalizar al trabajador por ello, si bien no resultará fácil el cumplimiento del mismo si no se cuenta con su colaboración.
- Las personas trabajadoras tendrán derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, Whatsapp, teléfono, etc...) una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurran circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio. En este último caso, el tiempo de trabajo así requerido

podría calificarse como hora extraordinaria. En la política interna de las empresas, en especial en determinados sectores, debieran identificarse situaciones extraordinarias o de fuerza mayor en las que se pudiera contactar con el empleado fuera de la jornada ordinaria. Otra cuestión diferente es la consideración como hora extraordinaria, cuestión que genera una casuística importante.

- Quienes tengan la responsabilidad sobre un equipo de personas deben cumplir especialmente las políticas de desconexión digital.

La LOPDGDD no establece ningún régimen sancionador a la empresa por no cumplir con la obligación de establecer una política interna en esta materia, si bien podría considerarse que es una vulneración de los derechos de jornada y podría dar lugar a una infracción grave de la LISOS, pudiendo agravarse la sanción si se entiende que entramos en el terreno de los riesgos psicosociales de los trabajadores.<sup>43</sup>

La LOPDGDD incorpora en su articulado otra serie de derechos aplicables en el ámbito de las relaciones laborales, que tienen una base tecnológica o digital:

- Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral<sup>44</sup>. La norma hace referencia a la protección a la intimidad de trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales que la empresa ha puestos a su disposición (ordenadores portátiles, smartphone...). La empresa únicamente puede acceder a los contenidos de los mismos a efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales y regular, no solo el uso adecuado por parte de los trabajadores del mencionado dispositivo digital como instrumento de trabajo, sino también el alcance del control empresarial de ese uso y la manera de llevarse a cabo el mismo cuando se haya admitido su uso con fines privados, debiendo participar los representantes de los trabajadores. La política de la empresa debe ser nítida y transparente, especificando de modo preciso los usos autorizados y en qué períodos pueden ser ejercidos. Los trabajadores serán informados de los criterios de utilización de los dispositivos, evitando así situaciones conflictivas con el empleador y vulneradoras de derechos<sup>45</sup>.



43 <https://cincodias.elpais.com/>: “¿Cuándo se vulnera el derecho a la desconexión digital del empleado y cómo se sanciona?”

44 Artículo 87 LOPDGDD.

45 La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 5.9.2017 (asunto Barbulescu-II), que revoca el criterio de la STEDH 12.1.2016 (Barbulescu-I), indica que “es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si no ha sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales”.

- Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo<sup>46</sup>. Según este artículo los empleadores pueden tratar las imágenes recogidas por los sistemas de video vigilancia para el control de los trabajadores prevista en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, o de los empleados públicos prevista 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 a los trabajadores o empleados públicos, con carácter previo y de forma expresa, clara y concisa, acerca de esta medida. Es de interés la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 9 de enero de 2018, en relación a la vigilancia oculta, que establece que ha de tenderse hacia un uso excepcional y muy limitado de la misma, por lo que debe procurarse, en la medida de lo posible, el empleo de medidas menos invasivas. Si la video vigilancia resultara imprescindible, su uso deberá limitarse al máximo en cuanto a destinatarios, espacios y tiempos. Solo si la medida obedece a una proporcionalidad muy rigurosa y ajustada tendrá posibilidades de que sea admitida como una prueba no atentatoria contra derechos fundamentales.
- Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.<sup>47</sup> Los empleadores pueden tratar los datos obtenidos de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o 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. A este respecto es de interés la reciente *Sentencia de la Audiencia Nacional nº. 13/2019 de 6 febrero* (Sala de lo Social, Sección 1ª) en referencia al denominado “Proyecto Tracker” de la empresa Telepizza. La citada Sentencia determina la nulidad de la implantación de un sistema de geolocalización por parte de la empresa Telepizza, por la que el trabajador debería aportar un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, y descargarse una App (realizada por la empresa) para implantar un sistema de geolocalización, a través de la cual la empresa conocería la situación de su dispositivo, y por ello del trabajador durante su jornada laboral. La Sentencia determina que el “Proyecto Tracker” vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores pues:
  - a) La medida implantada no supera el necesario juicio de proporcionalidad. La misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados como pudiera ser

.....

46 Artículo 89 LOPDGDD.

47 Artículo 90 LOPDGDD.

la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios, ni datos de carácter personal - como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico - en los que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.<sup>48</sup>

b) Para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de informar a los trabajadores en los términos a que se refieren los arts. 12 y 13 del RGPD, (y art.11 y 90 de la LOPDGDD). La información que se le dio a la RLT<sup>49</sup> igualmente resultó insuficiente. La Sentencia hace referencia al art. 90.2 LOPDGDD (si bien no se encontraba en vigor ese texto legal), que establece la necesaria información que debe proporcionarse a los trabajadores y a sus representantes con carácter a previo a la instalación de sistemas de geolocalización.

## 4. CONCLUSIONES

Según hemos visto, las empresas deben implantar obligatoriamente un registro diario de la jornada según dispone el *artículo 34.9* del ET, y deben hacerlo cumpliendo con lo dispuesto en el RGPD utilizando mecanismos que no sean “desproporcionados”. Desde la publicación del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, las empresas han tenido dos meses de “vacatio legis”<sup>50</sup> para implantar el registro, siendo un breve plazo de tiempo durante el cual han debido considerar todos los aspectos necesarios para crear un marco de seguridad jurídica en las relaciones laborales (interlocución con los sindicatos; información a los trabajadores, diseño y gestión del registro, software adecuado para cumplir con el objetivo de la norma...), junto con otros aspectos que son igualmente de obligado cumplimiento: los relativos a la protección de los datos personales que se traten de los empleados. Dentro del marco de la responsabilidad proactiva, la denominada protección de datos desde el diseño y por defecto<sup>51</sup> obliga a la empresa a que, cuando un producto o servicio que implique el tratamiento de datos comienza a diseñarse, deben tenerse en

.....

48 “Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes” (STC 98/2000).

49 Representación Legal de los Trabajadores (RLT).

50 Disposición final sexta, apartado 4º, del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo.

51 Artículo 25 RGPD.

cuenta desde el principio también todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales y solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento.

Con carácter previo a la implantación del registro, la empresa deberá ponderar la necesaria proporcionalidad del sistema elegido y el cumplimiento de las garantías adecuadas en el tratamiento de los datos personales de los empleados. El empleador puede elegir entre diferentes métodos para cumplir con el control horario de sus trabajadores, existiendo herramientas tecnológicamente muy avanzadas que suponen un alto riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, por el carácter agresivo de estos mecanismos y por los derechos que pueden resultar afectados (sistemas de geolocalización, video vigilancia, sistemas biométricos (estáticos o dinámicos)....).

Las organizaciones y empresas deben apostar por implantar políticas de protección de datos y de seguridad que supongan un compromiso claro de la dirección en esta materia, junto con el necesario asesoramiento de personal cualificado en protección de datos debido a la complejidad de la norma. Estas actuaciones ayudarán a prevenir y a adelantarse a los problemas legales que puedan surgir en este ámbito, evitando las consecuencias que una mala gestión pueda ocasionar a los titulares de los datos y a la propia organización, ya sean daños tangibles (como los económicos) como intangibles (especialmente los que suponen pérdida de reputación).

En segundo lugar, es destacable el margen de actuación que el RGPD ha otorgado a los convenios colectivos o de empresa en la regulación específica del tratamiento de datos en el ámbito laboral. La norma le otorga flexibilidad en su regulación siempre dentro del marco de cumplimiento de la misma, teniendo gran relevancia la elaboración de protocolos internos y acuerdos derivados de la negociación colectiva que eviten cierta inseguridad jurídica en la empresa, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral<sup>52</sup>. Existe igualmente un margen amplio de regulación interna en convenios colectivos que pueden establecer garantías adicionales en relación a los derechos digitales en el ámbito laboral.<sup>53</sup>

En tercer lugar, en relación al derecho a la desconexión digital (como especificación “tecnológica” del derecho al descanso laboral), se trata de un derecho cuya realización está

.....

52 Considerando 155 RGPD.

53 Derechos digitales en la negociación colectiva (Artículo 91 LOPDGDD).

igualmente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo, o bien a un acuerdo empresa, pacto extra estatutario o cualquier otra manifestación de la autonomía colectiva. Sin perjuicio de ello, se deja en manos del empresario la puesta en marcha de la *política interna* dirigida a los trabajadores; eso sí, de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo o acuerdo de empresa y previa audiencia a los representantes de los trabajadores. Parece ser que las empresas no están aún lo suficientemente concienciadas de la necesidad de hacer efectivo este nuevo derecho, que recordemos su reconocimiento se ha realizado por Ley Orgánica. Hubiera sido deseable que la norma estableciera un plazo razonable de tiempo que obligase a las empresas a la puesta en marcha de manuales o protocolos para el ejercicio del citado derecho, pues este derecho conecta directamente con la normativa reguladora del descanso (arts. 34 a 38 ET) y la salud laboral de los trabajadores (art.14,15 y 22 LPRL<sup>54</sup>), por lo que su incumplimiento podría conllevar sanciones con encaje en la LISOS<sup>55</sup>.

Aunque la nueva LOPDGDD en su Título X (“derechos digitales”) incorpora una “mezcla” de cuestiones relativas a la intimidad de los trabajadores en el entorno digital junto con otras relativas al *derecho de acceso universal a Internet, a la seguridad digital, a la educación digital o al derecho al testamento digital* (entre otros), su regulación ha sido una buena noticia al incorporar aspectos relativos al ámbito laboral que, de alguna forma, se venía demandando por parte de la doctrina y que la jurisprudencia ha ido guiando. Es cierto que no se van a cerrar todas las controversias que puedan presentarse en este ámbito, si bien proporcionará una mayor seguridad jurídica en las relaciones laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

CAMPO ESTAÚN, S. DEL, “Registro de jornada o crónica de un caos anunciado”, *El siglo de Europa*, nº 1294 (17 mayo), 2019.

CUADROS GARRIDO, M.E., “El uso del WhatsApp en las relaciones laborales”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “El control biométrico de los trabajadores”. *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017.

GARCÍA SALAS, A.I., “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”. *Revista de Información Laboral* núm. 2, 2018.

54 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

55 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- JURADO CABALLERO, M. T., “El registro de la jornada de trabajo”, *Frisona española*, Año 39, nº 230, 2019.
- LAHERA FORTEZA, J., “Respuestas a problemas prácticos del deber de registro diario de jornada”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº 146, 2019.
- LÓPEZ-CANOSA FERNÁNDEZ, C., “A vueltas con el registro de jornada”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº 143, 2019.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Registro y control de la jornada de trabajo”, *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/85595.
- MIRÓ MORROS, D., “El control de la jornada y el teletrabajo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 920, 2016.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Cuestiones prácticas laborales en materia de protección de datos de carácter personal tras el nuevo reglamento general de protección de la datos de la UE”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- (2018), “El Reglamento General de Protección de Datos de la UE en la empresa: novedades prácticas” *Diario La Ley*, Nº 15, sección *Ciberderecho*.
- PURCALLA BONILLA, M.A., “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019.
- QUÍLEZ MORENO, J.M., “La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 217, 2019.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2017.
- SERRANO ARGÜESO, M., “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”. *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. ADAPT University Press. Volumen 7, núm. 2, abril-junio 2019.
- USHAKOVA, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192, 2016.
- VIDAL LÓPEZ, P., “El (no) registro de la jornada diaria de la plantilla”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 929, 2017.

**JOSÉ ANTONIO MARCOS HERRERO**  
*Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga*

# MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Maternity and conciliation at work. Rdl 6/2019. A first approximation

**JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

*Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia*

*Doctor en Derecho / Graduado Social*

*Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña*

Fecha de recepción: 12/06/2019

Fecha de aceptación: 13/06/2019

**SUMARIO:** 1. EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR. 1.1. Duración del permiso y periodo obligatorio. 1.2. Hospitalización de neonatos y fallecimiento del hijo o hija. 1.3. Distribución del permiso. 1.4. Individualización. 1.5. Disfrute del permiso. 1.6. Situaciones de transitoriedad. 2. EL PERMISO POR ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO. 2.1. Regulación del permiso. 2.2. Situaciones de transitoriedad. 3. DISCAPACIDAD DEL HIJO O HIJA Y NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO MÚLTIPLE, Y OTRAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LAS SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL. 4. EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE. 4.1. La profundización en la individualización del permiso. 4.2. La nueva prestación social por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. 4.2.1. Situación protegida. 4.2.2. Beneficiarios. 4.2.3. Prestación económica. 5. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. 6. UNA AMPLIACIÓN TEMPORAL (VIRTUALMENTE INEFECTIVA) DEL DERECHO A LA RESERVA EN LA EXCEDENCIA PARA

EL CUIDADO DE HIJO O HIJA. 7. GARANTÍAS POR EL EJERCICIO DE DERECHOS DE MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN. 8. UNAS APRECIACIONES FINALES SOBRE LA REFORMA.

**RESUMEN:** El Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, acomete diversas reformas en la materia de maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena. El estudio se dedica a su análisis específico. En particular, se analiza el nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor, que es indudablemente la reforma con mayor impacto sobre la opinión pública pues a través de ese permiso se materializa el incremento del permiso a favor del progenitor distinto de la madre biológica hasta la duración del permiso a favor de la madre biológica. También se analizan las modificaciones en el permiso por cuidado de lactante, en el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo y en las garantías de ejercicio de derechos de maternidad y paternidad. Se finaliza el estudio con unas conclusiones críticas, y con el deseo de que el decreto ley se convierta en ley formal.

**ABSTRACT:** Summary: The Royal Decree-Law 6/2019, dated 1 March, on urgent actions to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, undertakes various amendments in the area of maternity and work-life balance. The study is dedicated to its specific analysis. In particular, it is analysed the new birth and child care permission, which is undoubtedly the amendment with the greatest impact on public opinion, since this permission materializes the increase of the permission duration in favour of the parent other than the biological mother until the duration of the permission in favour of the biological mother. Moreover, it is also analysed the changes in the nursing care permission, in the right to the adaptation of the workday and in the guarantee of the exercise of maternity and paternity rights. The study is finished with critical conclusions, and with the desire that the decree-law becomes a formal law.

**PALABRAS CLAVE:** Maternidad, conciliación, trabajo por cuenta ajena.

**KEY WORDS:** Maternity, balance between work and family life, Labour law.

## 1. EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

**S**in duda alguna la más llamativa de las modificaciones acometidas 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 ocupación (en adelante, el RDL 6/2019), en el ámbito del trabajo por cuenta ajena (no solo en relación con la regulación de la maternidad y la conciliación que es objeto de estudio, en general en relación con todas las materias reguladas) ha sido la unificación de las anteriores licencia por maternidad biológica y permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor, que se regula en el apartado 4 del artículo 48 del ET (lo que ha motivado numerosas reformas de normas concretas con la exclusiva finalidad de modificar la denominación del permiso de maternidad como si no bastase con establecer una norma general ordenando el cambio de denominación). Al mismo tiempo que se realiza esa unificación se separa la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, que aparece en el apartado 5 del artículo 48 del ET, aunque su regulación es paralela a la del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

Tales unificación y desmembramiento merecen críticas bien diferentes. Mientras el desmembramiento del permiso por adopción, guarda o acogimiento merece una crítica positiva porque supone deslindar entre derechos de maternidad derivados del parto y derechos de conciliación derivados del cuidado, la unificación de las anteriores licencia por maternidad biológica y permiso por paternidad es bastante cuestionable.

En primer lugar, porque pone el acento en el nacimiento y cuidado de menor, dejando en segundo plano el hecho de la maternidad biológica que, como hecho diferencial femenino, debe ser objeto de protección desde la perspectiva de la salud laboral y que adicionalmente es una importante causa de discriminación de las trabajadoras, aspectos ambos que quedan invisibilizados con la nueva denominación.

En segundo lugar, porque difícilmente se cambiará el uso social en cuanto a la denominación de licencia / subsidio por maternidad y permiso / subsidio por paternidad; de hecho los medios que se han hecho eco de la aprobación del RDL han destacado la ampliación del permiso de paternidad, que realmente ya no existe como tal en el ET.

Y, en tercer lugar, porque el RDL 6/2019 ni siquiera generaliza la denominación pues se aplica a las reformas realizadas en el ET, pero no a las reformas realizadas en el

EBEP, en el cual se sigue hablando de permiso por nacimiento para la madre biológica, de permiso por adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, y de permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija.

Siguiendo esta misma línea crítica, se ha dicho<sup>1</sup> que “el cambio terminológico a permiso de nacimiento del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término paternidad nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el permiso de nacimiento terminaría siendo disfrutado en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual”.

### **1.1. Duración del permiso y periodo obligatorio**

La duración del permiso por nacimiento y cuidado de menor, es, tanto si lo disfruta la madre biológica como si lo disfruta el otro progenitor, de 16 semanas, de las cuales serán obligatorias, tanto para la madre como para el padre, las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, lo que, si es la madre quien disfruta el permiso, se justifica en la protección de la salud de la madre, y, si es el otro progenitor quien disfruta el permiso, en el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. La búsqueda del paralelismo entre maternidad y paternidad ha determinado la inusual introducción en la propia letra de la norma de las finalidades que con ella se pretenden.

Pero es que siendo distintas las finalidades del descanso obligatorio postparto, el paralelismo queda totalmente quebrado: la finalidad del disfrute materno es la salud de la propia madre, de manera que su incumplimiento se puede reconducir a las infracciones del orden social en materia de salud laboral; pero ya no es tan fácil reconducir la finalidad del disfrute paterno a alguna de las infracciones del orden social.

.....

1 Se ha expresado en estos términos críticos María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la Tierra del Sol”, Revista Femeris, pendiente de publicación.

Más aún, la propia redacción de la norma legal más parece derivar el incumplimiento del disfrute paterno al ámbito de las relaciones matrimoniales, de lo cual se sigue alguna interrogante problemática: ¿incurre el padre casado con la madre biológica en incumplimiento de deberes matrimoniales? ¿con qué sanción? ¿y qué pasa con los progenitores no casados, a los que no se les puede aplicar el artículo 68 del CC?

## **1.2. Hospitalización de neonatos y fallecimiento del hijo o hija**

No se aprecian cambios significativos entre la regulación actual del permiso por nacimiento y cuidado de menor y la regulación anterior de la licencia por maternidad en relación con los casos de hospitalización de neonatos y de fallecimiento del hijo o hija más allá de contemplar el derecho atribuido al otro progenitor distinto de la madre.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyendo de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica. La diferencia con la regulación anterior de la licencia por maternidad está en que antes era la madre biológica o en su defecto el padre quienes decidían en relación con la suspensión de la licencia por maternidad, mientras que en la regulación actual es la madre biológica o el otro progenitor quienes deciden cada uno respecto a su permiso. Por su lado, las seis semanas posteriores al parto solo son de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica porque esa obligatoriedad se justifica en su propia salud.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle. No hay aquí diferencias con la regulación anterior de la licencia por maternidad, salvo, naturalmente, que el progenitor distinto de la madre tendrá el mismo derecho a ampliar que la madre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo. Dado que el derecho concedido a cada progenitor es un derecho individual e intrasferible, ambos progenitores pueden disfrutar la totalidad de su permiso hasta el máximo de dieciséis semanas, computando en su caso el tiempo que ya hubieren disfrutado antes del fallecimiento de hijo o hija.

### **1.3. Distribución del permiso**

La distribución del permiso por nacimiento y cuidado de menor está predeterminando legalmente en las seis semanas posteriores al parto: el disfrute será ininterrumpido y a tiempo completo. Por el contrario, el periodo restante de suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto (una posibilidad de anticipación que no se concede al otro progenitor, aunque no hubiera sido inoportuno concedérselo con un límite razonable –por ejemplo, una semana-, en particular si el padre se encontrase desplazado por motivos laborales, y con la finalidad precisamente de poder acompañar a la madre en el momento del parto).

Si la unificación entre maternidad biológica y paternidad generaba ya algunos problemas con relación al permiso obligatorio de seis semanas postparto, más genera todavía en orden a la distribución pues, en su afán unificador a ultranza, el RDL 6/2019 ha hecho tabla rasa de algunas garantías que la maternidad tenía en la anterior regulación con fundamento en las normas internacionales y comunitarias aplicables.

(1) Una de esas unificaciones excesivas la encontramos en la ampliación del arco temporal de disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor hasta los doce meses del menor, sea la madre biológica o el otro progenitor quien lo disfrute, lo que conduce necesariamente a que el disfrute del permiso no sea ininterrumpido. Se trata de una medida que, desde la óptica de la conciliación corresponsable, debe ser bien recibida porque incrementa las facultades de autoorganización de las personas trabajadoras en el disfrute de los permisos para el cuidado de hijos o hijas. De ahí que su aplicación al otro progenitor distinto a la madre biológica se valore positivamente.

Pero la cuestión cambia cuando se trata de la madre biológica pues ello puede suponer una merma real de las garantías ligadas a la protección de la maternidad. Al respecto, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejoría de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, obliga –en su artículo 8.1- a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso por maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Se podría contraargumentar para salvar la contradicción con la norma comunitaria que, como la trabajadora es libre de interrumpir o no, su derecho a no interrumpir se encuentra salvaguardado en la regulación interna. Pero nos encontramos con una lectura

muy simple porque la supuesta libertad de la trabajadora se puede convertir en la realidad en una adecuación de la voluntad de la trabajadora a las necesidades productivas de la empresa, sobre todo si tenemos en cuenta la precarización en general de nuestro mercado de trabajo, y en particular del trabajo de las mujeres.

La ininterrupción del disfrute es, en consecuencia, una exigencia contenida en la normativa comunitaria que, en modo alguno, se puede considerar caprichosa o arbitraria, sino garantista de los derechos de las madres trabajadoras en el contexto de una relación desigual de poder como es la relación laboral. Si lo que el RDL 6/2019 quería era facilitar la autoorganización de las madres y, por extensión, de ambos progenitores, en el cuidado del hijo o hija, lo más adecuado hubiera sido (como sí se hace en algunos Estados miembros de la Unión Europea) permitir, una vez transcurridas las seis semanas post-parto, la posibilidad de disfrute ininterrumpido a tiempo parcial como auténtico derecho de la madre sin necesidad de tener que negociarlo y acordarlo con la empresa (que es lo que criticablemente se exige en nuestro ordenamiento legal).

(2) Otra de esas unificaciones excesivas es que la facultad de adelantar el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que antes del RDL 6/2019 se admitía para la madre biológica sin más limitación que respetar las seis semanas de descanso obligatorio, se limita ahora a cuatro semanas. Dado que el progenitor distinto a la madre no puede adelantar a antes del parto el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, parece que la restricción de la facultad de la madre obedece de nuevo a la mayor unificación posible entre disfrute por la madre biológica y el otro progenitor.

Nos encontramos con una restricción sin justificación aparente y con especial trascendencia para las trabajadoras de temporada y, en general, para las trabajadoras a tiempo parcial con distribución vertical del tiempo de trabajo, que en muchas ocasiones aprovechan los periodos entre campañas, o en general de no trabajo, para planificar el embarazo y el parto, lo que ahora se encontrarán limitadas a realizar dado que solo pueden adelantar cuatro semanas, y no el resto del permiso salvadas las seis semanas.

Se trata de una restricción frontalmente contraria al Convenio OIT número 103, sobre la protección de la maternidad (1952), ratificado por España, donde se establece –en su artículo 3.3- que, más allá de las seis semanas post-parto, el resto del descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

Parecidamente se manifiesta la Directiva 92/85/CEE, que –en su artículo 8.1- garantiza catorce semanas distribuidas antes y/o después del parto, lo que, literalmente interpretado (la expresión y/o es suficientemente significativa al respecto), deja a la sola voluntad de la madre el disfrute del permiso derivado de la maternidad antes del parto.

#### **1.4. Individualización**

El derecho al permiso por nacimiento y cuidado de menor es un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. Aquí se encuentra uno de los elementos más positivos de la reforma que, además, ha permitido simplificar la regulación del artículo 48.4 del ET. Y es que la individualización del derecho determina la desaparición de los supuestos de disfrute paterno de la licencia de maternidad –una desaparición que por el momento es más virtual que real pues los supuestos de disfrute paterno desaparecen del artículo 48.4 del ET, pero se mantienen transitoriamente vigentes hasta 1 de enero de 2021 según lo establecido en la disposición transitoria 13ª del ET, en la redacción del RDL 6/2019-.

Ahora bien, cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán estos quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. Resulta muy dudoso que la empresa pueda utilizar esta facultad cuando se trate de los periodos de descanso obligatorio legalmente previstos.

#### **1.5. Disfrute del permiso**

El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días, en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. El RDL 6/2019 no contempla, sin embargo, la obligación de comunicar los periodos de disfrute a la Seguridad Social, lo que obviamente tendrá que hacerse a los efectos de la percepción del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, y seguramente ello se establecerá cuando se apruebe el oportuno desarrollo reglamentario. Entre tanto la ausencia de un plazo normativamente establecido puede jugar a favor de actuaciones restrictivas de los derechos de las personas trabajadoras dada la dificultad de control por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

Por lo demás, la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. No aporta aquí ninguna novedad el RDL

6/2019, con lo cual sin problema se puede aplicar el desarrollo reglamentario establecido para la normativa derogada sobre la licencia por maternidad.

### 1.6. Situaciones de transitoriedad

Cuando se trata del permiso por nacimiento y cuidado de menor disfrutado por la madre biológica, los periodos de suspensión regulados en el RDL 6/2019 serán disfrutados por la madre biológica desde el 1 de abril de 2019 (disposición transitoria 13ª del ET y disposición final 2ª del RDL 6/2019). Se trata de una inmediata efectividad de la reforma que, sin embargo, no supone ninguna mejora porque la duración del permiso coincide con el que había antes de la reforma para la licencia por maternidad.

Cuando se trata del permiso por nacimiento y cuidado de menor disfrutado por el otro progenitor distinto de la madre biológica, la transitoriedad es mucho más compleja:

- A partir de 1-4-2019, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas de su periodo de disfrute no obligatorio.
- A partir de 1-1-2020, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta dos semanas de su periodo de disfrute no obligatorio.
- A partir de 1-1-2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RDL 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina: (a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica. (b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, con la aclaración de que podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al

trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal. (c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable la limitación del régimen transitorio.

De este manera, se mantienen transitoriamente vigentes, con las particularidades contempladas en la disposición transitoria 13<sup>a</sup> del ET, las posibilidades de disfrute por el padre del permiso por maternidad biológica que se reconocían antes del RDL 6/2019: en caso de fallecimiento de la madre durante o con posterioridad al parto; cuando, salvo las seis semanas obligatorias, la madre ejercita una opción de disfrute a favor del otro progenitor; y en caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones según las normas que regulen dicha actividad.

Se establece una disposición transitoria específica para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación (según la disposición transitoria 32<sup>a</sup> de la LGSS).

Además de las dificultades de aplicación de este sistema de transitoriedad, su sola existencia plantea ciertos problemas más generales que conviene aquí detallar.

El primero es la dificultad de integrar una norma de desarrollo progresivo en el tiempo en el concepto de situación de urgente necesidad que justifica la aprobación de un decreto ley (artículo 86 de la CE), con el consiguiente riesgo de que esta norma en concreto pueda, en caso de ser impugnada a través de recurso de inconstitucionalidad o a través del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, ser anulada por el TC; de ahí la conveniencia de que el Parlamento tramite el contenido del RDL 6/2019 como un Proyecto de Ley, y acabe siendo totalmente integrado en una Ley en sentido formal.

El segundo, es el riesgo de que, por motivos ajenos a los inspiradores del RDL 6/2019, acabe aplazándose la entrada en vigor de las ampliaciones previstas para el permiso por nacimiento y cuidado de menor, una situación de la que tenemos una muy mala experiencia todavía muy cercana (la eficacia de Ley 9/2009, de 6 de octubre, que amplió el permiso de paternidad a 4 semanas, no se produjo hasta 1 de enero de 2017).

## 2. EL PERMISO POR ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO

### 2.1. Regulación del permiso

Las modificaciones contempladas en el RDL 6/2019 en relación con el permiso por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, de menores de edad, son traslaticias de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor:

- Su duración (en paralelo al permiso por nacimiento y cuidado de menor) será de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, de las cuales seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.
- Las diez semanas restantes (en paralelo también al permiso por nacimiento y cuidado de menor) se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. La suspensión de estas diez semanas se podrá ejercitar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, en los términos que reglamentariamente se determinen.
- En ningún caso (norma preexistente) un mismo menor dará derecho a varios períodos de suspensión en la misma persona trabajadora (es decir, un mismo menor no puede generar primero un permiso por guarda o acogimiento y luego otro por adopción).
- En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso en este apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por que se constituye la adopción (norma preexistente).
- La persona trabajadora (en paralelo al permiso por nacimiento y cuidado de menor) deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos fijados en su caso en los convenios colectivos.

- Este derecho (en paralelo también al permiso por nacimiento y cuidado de menor) es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. No obstante, cuando los dos adoptantes, guardadores o acogedores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las diez semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

No se contempla sin embargo (y a diferencia aquí de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor), el fallecimiento del menor en la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento. La aplicación analógica de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor debe conducir a reconocer la no reducción del periodo de suspensión, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

## **2.2. Situaciones de transitoriedad**

La nueva regulación del permiso por adopción, guarda y acogimiento está sometida a reglas de transitoriedad (contenidas en la disposición transitoria 13ª del ET en relación con la disposición final 2ª del RDL 6/2019) dirigidas a su aplicación progresiva en el tiempo (que merecen las mismas críticas generales que las reglas de transitoriedad establecidas para el permiso por nacimiento de hijo y cuidado de menor: difíciles de casar con la idea de decreto ley y susceptible su vigencia de ser demorada):

- A partir de 1-4-2019, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de doce semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las doce semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las doce semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las

doce semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

- A partir de 1-1-2020, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de dieciséis semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las dieciséis semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las dieciséis semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las dieciséis semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.
- A partir de 1-1-2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RDL 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, el periodo de suspensión, en caso de que ambos progenitores trabajen, se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, dentro de los límites de disfrute compartido establecidos para cada *año del periodo transitorio*. Tales periodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre empresarios y trabajadores afectados, en los términos reglamentariamente determinados.

Se establece una disposición transitoria específica para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación (según la disposición transitoria 32ª de la LGSS).

### 3. DISCAPACIDAD DEL HIJO O HIJA Y NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO MÚLTIPLE, Y OTRAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LAS SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL

**S**in alteración en su alcance con respecto a la regulación anterior salvo que ahora se reparte la ampliación del permiso atribuyendo una semana para cada uno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, el RDL 6/2019 mantiene la ampliación en dos semanas de los permisos de nacimiento y cuidado de menor, sea la madre biológica quien lo disfrute sea el otro progenitor distinto de la madre, y de adopción, guarda o acogimiento en los siguientes supuestos: (1) en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y (2) en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

La diferencia sistemática en relación con la regulación anterior es que estas ampliaciones se separan y unifican en un apartado 6 del artículo 48 del ET. Tal separación no presenta mayor trascendencia salvo a efectos de los periodos transitorios, pues, por aplicación lógica de las disposiciones transitorias, mientras la madre biológica disfrutará esas ampliaciones desde 1 de mayo de 2019, el otro progenitor y los adoptantes, guardadores o acogedores no las disfrutarán hasta el 1 de enero de 2021, dado que durante ese periodo transitorio tienen predeterminada la duración de sus permisos y en tal predeterminación no se tienen en cuenta las situaciones de ampliación.

Tampoco existen modificaciones relevantes en el resto de los apartados del artículo 48 del ET afectados por el RDL 6/2019: se modifica el apartado 7, relativo a la suspensión por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, para especificar que aquella finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por nacimiento (antes era por parto); y se altera el orden de los dos apartados finales, de manera que el actual último, el apartado 9, en cuanto establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos anteriores, también incluye (lo que antes no se hacía) la suspensión, que se contiene en el apartado 8, por violencia de género en los términos establecidos en el artículo 45, apartado 1, letra n), del ET.

## 4. EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE

**E**l RDL 6/2019, además de rebautizarlo como permiso para el cuidado del lactante (decisión acertada a los efectos de destacar su carácter individualizador), acomete dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada.

### 4.1. La profundización en la individualización del permiso

Se configura el derecho al permiso por cuidado de lactante como un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Estamos ante el debido cumplimiento de la individualización de derechos exigida, en relación con la regulación del permiso parental, en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre Business Europe, UEAPME, CEEP y CES. También es oportuno recordar que el TJUE ha resuelto que el antiguo permiso de lactancia, antecedente de este para el cuidado del lactante, está sujeto a la titularidad indistinta al no estar justificado en la protección de la maternidad (STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09), con lo cual se deduce que el permiso de lactancia es un permiso parental sujeto a una titularidad indistinta, y no un derecho de maternidad de titularidad exclusiva femenina.

No obstante la individualización, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán estos quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. De llegarse a aplicar este supuesto, no resultaría lógico que a las personas titulares del permiso por cuidado de lactante se les privase del derecho a la prestación que pudiera corresponderles porque uno de ellos no ha disfrutado el permiso pues sería hacer pechar a las personas titulares con una decisión del empresario que están obligados a asumir.

## **4.2. La nueva prestación social por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante**

El RDL 6/2019, aprovechando el vacío que en la LGSS ha producido la desaparición del subsidio por maternidad derivado de la integración del permiso por paternidad en el permiso por nacimiento y cuidado de menor, ha introducido, en los artículos 183 a 185, una nueva prestación social con el fin de cubrir la reducción de jornada para cuidado de lactante, pero solo cuando el cuidado sea asumido por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores: desde esta perspectiva, se la puede calificar como un premio a la corresponsabilidad. Junto con la prestación económica por cuidado de menor afectado por *cáncer* u otra enfermedad grave, son los *únicos* derechos de conciliación a los que se anuda una prestación económica de Seguridad Social.

### *4.2.1. Situación protegida*

Se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con el artículo 37.4.IV del ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad (artículo 183 de la LGSS). Los requisitos de la situación protegida son, en suma, los cuatro siguientes:

1º. La jornada de trabajo se debe reducir en media hora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.4.IV del ET, según el cual cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho al permiso por cuidado de lactante con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute de ese permiso podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. Con *está* exigencia explícita de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores reduzcan su jornada de acuerdo con el ET, se *está* exigiendo implícitamente que ambos sean trabajadores por cuenta ajena, con lo cual no se podría acceder al derecho a la prestación si uno de ellos es empleado público (aunque en este caso la situación protegida por la prestación quedaría cubierta porque el empleado público tendría derecho a un permiso retribuido por lactancia de un menor de doce meses según el artículo 48.f) del EBEP en la redacción dada por el RDL 6/2019), ni tampoco si uno de ellos es un trabajador autónomo (en este caso la situación protegida por la prestación quedaría sin cobertura económica, y ello aún en el supuesto de que el autónomo hubiera efectivamente reducido su jornada de trabajo para el cuidado del lactante: nos encontramos con otro más de los muchos recortes de la cobertura social que sufre el trabajador autónomo).

De las cuatro modalidades de disfrute del permiso para el cuidado del lactante que regula el artículo 37.4 del ET (a saber, derecho a una hora de ausencia al trabajo; división en dos fracciones de esa hora de ausencia al trabajo; sustitución, por la voluntad de quien ejerce el derecho, de la hora de ausencia al trabajo por una reducción de jornada en media hora que se puede proyectar sobre el principio de la jornada, atrasándolo, o sobre el final de la jornada, adelantándolo; y acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando en su caso lo establecido en aquella), únicamente la reducción de jornada habilita para la prestación económica por ejercicio corresponsable del lactante según el artículo 183 de la LGSS; en los demás casos habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los doce meses pues el artículo 37.4.IV del ET no vincula tal derecho una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social. Nos encontramos con una limitación totalmente injustificada desde la perspectiva de la corresponsabilidad que precisamente la legislación ha pretendido fomentar. Quizás la razón de la restricción está en la mayor facilidad de gestionar y controlar la prestación económica en los casos de reducción de jornada, y a la vez el ahorro presupuestario (pues la reducción de jornada es de media hora mientras la ausencia, fraccionada o no, es de una hora, lo que supondría en términos estrictamente matemáticos una duplicación del coste total de la prestación).

Lo que la norma no exige es que la reducción de jornada en media hora hubiera tenido que ser el régimen disfrutado antes de los nueve meses, pues lo que exclusivamente exige es que esa reducción lo sea del mes nueve al doce. O sea, hasta los nueve meses las personas titulares del derecho han podido utilizar cualquiera de las otras tres modalidades de disfrute, incluso la acumulación en jornadas completas, siempre naturalmente que lo hayan hecho agotando la duración del permiso establecida hasta los nueve meses. Y si a partir de los nueve meses se ha optado por la reducción de jornada en media hora con igual duración y régimen, hay derecho a la prestación social.

Un problema interpretativo es si incide sobre la prestación, y en su caso, cómo, el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Hay tres opciones interpretativas: (1) una interpretación estrictamente literal es que solo se ostentaría derecho a la prestación si ambas personas titulares reducen su jornada en media hora; (2) otra interpretación acorde con la finalidad de la norma es que podrían disfrutar la reducción de jornada que les correspondiese por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, pero solo tendrían derecho a la prestación correspondiente a la reducción de jornada en media hora; (3) una última interpretación más acorde aún con la finalidad de la norma es que el derecho a la prestación también tendría el incremento proporcional que en el caso correspondiera.

2º. La duración y régimen de la reducción de la jornada de trabajo en media hora debe ser la misma para los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente. Si uno de los titulares del derecho, después de haber agotado el permiso para el cuidado del lactante antes de los nueve meses, no lo sigue ejercitando con reducción de jornada en media hora después de los nueve meses, no nace la prestación. La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación (y lo más adecuado sería que en la norma reglamentaria se publicaran en anexo los formularios que deberían rellenar en estos casos las empresas concernidas).

3º. Ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, deben trabajar (se sobreentiende que por cuenta ajena dado que en otro caso no hay derecho a reducir jornada). La duda interpretativa surge con el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que, tras el RDL 6/2019, se puede disfrutar de manera interrumpida hasta los doce meses del menor, con lo cual este se puede superponer con el derecho a la reducción de jornada en media hora por cuidado del lactante. Resulta lo más lógico entender que ello no impide el acceso a la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante porque, aunque durante el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor no se está trabajando, tal disfrute supone un ejercicio de corresponsabilidad superior al del permiso por cuidado de lactante, de manera que, si se privase en este caso del acceso a la prestación, se estaría castigando un mayor ejercicio de corresponsabilidad. Otra solución conduciría, por el solapamiento parcial de ambos derechos, a la pérdida significativa del efecto útil de dos derechos que se han reconocido como novedades destacadas en el RDL 6/2009.

Igualmente se planteará otro problema interpretativo si la madre biológica titular del derecho al permiso por cuidado de lactante se encuentra en situación de riesgo durante la lactancia natural: la duda se encuentra en ese caso si el padre ostenta, simultáneamente con ese derecho de la madre biológica, el derecho al permiso por cuidado de lactante hasta los doce meses y la consiguiente prestación económica.

De esta exigencia de que trabajen ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, se deriva además que las familias monoparentales no pueden acceder a esta prestación, lo que, cuando solo un progenitor, adoptante, guardador o acogedor esté en situación de prestar los cuidados por fallecimiento o ausencia del otro, tropieza con la lógica protectora –que si cubre una necesidad en familias biparentales con más razón la debería cubrir cuando la necesidad se concentra en una única persona en una familia monoparental-. Aquí es oportuno apostar por una interpretación flexible de la norma.

Lo que no se exige en la norma que las personas titulares deban ser correlativas. Es decir, no se exige sean los dos progenitores, los dos adoptantes, los dos guardadores con fines de adopción, o los dos acogedores de carácter permanente. O sea, una de las personas titulares puede ser de una categoría, y la otra de otra categoría diferente.

4º. La finalidad es el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. El cuidado se debe entender en un sentido amplio que obviamente no se limita a la alimentación natural o artificial del menor de doce meses y que comprende cualquier clase de cuidados que el mismo requiera, incluyendo aquellos que no exigen el contacto (pensemos, por ejemplo, que la reducción de jornada se utiliza para realizar la compra, u otras gestiones relacionadas con el cuidado del lactante).

El desarrollo reglamentario no puede establecer más exigencias so riesgo de incurrir en ilegalidad. La única habilitación hecha al reglamento es a los efectos de los requisitos de la documentación. Pero no a los efectos de imponer más requisitos a la situación protegida que aquellos establecidos en la propia LGSS y al ET por remisión.

#### 4.2.2. *Beneficiarios*

Para el acceso al derecho a la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor (artículo 184 de la LGSS), a saber: afiliación y alta, carencia y, en su caso, estar al corriente en el pago de las cuotas. Resulta bastante llamativo que la norma se remita a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante presenta unos mayores paralelismos con la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. La elección de cuál es derecho de los beneficiarios.

¿Podría solicitarse el cambio en la persona perceptora de la prestación económica durante su percepción? Es una posibilidad admitida para la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave siempre que haya acuerdo entre ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, y las empresas respectivas, y siempre que se haga por periodos no inferiores a un mes (artículo 4.5 del Real Decreto 1.148/2011, de 29 de julio). Una interpretación analógica debería llevar a idéntica solución para la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. Esperaremos a ver el desarrollo reglamentario.

Las previsiones contenidas en este capítulo –según acaba diciendo el artículo 184 de la LGSS- no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del EBEP, y en la normativa que lo desarrolle. Y es que en esa norma se reconoce directamente un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de doce meses, con lo cual el empleado público, de manera individualizada y con independencia de su sexo, ya tiene cubierta (él o ella y el otro/a progenitor, adoptante, guardador o acogedor) la contingencia protegida con la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante. Aquí surge sin embargo un problema interpretativo fruto seguramente de las prisas en aprobar la norma. La LGSS, en su artículo 184, se refiere solo a los funcionarios públicos para remitirse al artículo 48.f) del EBEP. Por su lado, el artículo 7.2 del EBEP y la disposición adicional 22ª del ET establecen que en materia de permisos de lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del ET sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho. Con independencia de la defectuosa redacción de este último inciso del artículo 7.2 del EBEP y de la disposición adicional 22ª del ET (porque la lactancia origina en el ET un permiso retribuido a cargo de la empleadora, y no una suspensión de los contratos de trabajo), de ambas normas se deduce que el personal laboral tendrá derecho al mismo permiso establecido para los funcionarios públicos en el artículo 48.f) del EBEP.

#### *4.2.3. Prestación económica*

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (artículo 185 de la LGSS). Lo que obliga, para cuantificar el importe de la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante, a calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso por cuidado del lactante representa sobre el total de la jornada de trabajo, y aplicar ese porcentaje a la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (ejemplo: en una jornada diaria de 8 horas, la prestación sería la dieciseiava parte de esa base reguladora; en una jornada diaria de 4 horas, la prestación sería la octava parte de esa base reguladora; frente a la claridad de solución en estos ejemplos paradigmáticos, los cálculos se complicarán necesariamente en aquellos supuestos de distribución irregular de jornada de trabajo, o en los supuestos de trabajadores/as fijos discontinuos).

Esta prestación se extinguirá cuando el o la menor cumpla doce meses de edad. Obviamente, también se extinguirá si antes de cumplir los doce meses de edad, quien disfruta el derecho o el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, se reincorpora a su jornada anterior a la reducción de jornada. Más dudoso es que se extinga la prestación si el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente fallece o deviene imposibilitado para prestar los cuidados (por ejemplo, por una hospitalización), porque se trata de una circunstancia sobrevenida que no mengua las exigencias de cuidado del lactante, sino que, antes al contrario, la proyecta sobre uno solo de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores con carácter permanente.

## 5. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La LOIEMH introdujo en el artículo 34 del ET un nuevo apartado 8 según el cual “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Con posterioridad, la Ley 3/2012, de 6 de julio, introdujo un segundo párrafo en ese apartado según el cual “a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”.

Como la letra de la norma no especificaba qué ocurría si no había regulación negociada en convenio colectivo o en acuerdo individual respetando, en su caso, lo previsto en aquella, la cuestión interpretativa central era si cabía una tercera forma de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo que podríamos deducir del artículo 38.4 del ET y que pasaría por una reclamación judicial a canalizar a través del artículo 139 de la LRJS. Aunque opiniones doctrinales y judiciales lo negaron, la doctrina científica más atinada, así como numerosas resoluciones judiciales, consideraban que, ante el silencio del convenio colectivo y ante la iniciativa de la persona trabajadora, si el empresario la rechaza de una manera abusiva, arbitraria, injustificada o irrazonable, hay base para demandar judi-

cialmente, y la demanda deberá ser estimada si, valorando los derechos constitucionales en juego –a saber, la no discriminación por sexo del artículo 14 de la CE, la intimidad personal y familia del artículo 18 de la CE y la protección de la familia del artículo 39 del CE-, existe una necesidad de conciliación de la vida personal, familiar y laboral digna de protección<sup>2</sup>.

El RDL 6/2019 profundiza en esta línea para atribuir al derecho a la adaptación un mayor contenido, una mejor regulación y, en consecuencia, una mayor efectividad.

Tal tendencia se aprecia en la misma enunciación del derecho cuando se establece que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo tanto, no se trata solo de adaptar duración y distribución de la jornada de trabajo o en la ordenación del tiempo de trabajo –como sería la jornada continua o el horario flexible-, también cabe afectar a la forma de la prestación, incluida la posibilidad de trabajo a distancia.

Hay una *precisión* adicional que condiciona el derecho, aunque al tratarse de un condicionamiento totalmente razonable, viene a suponer una concreción que repercute en aras a su mayor efectividad. A estos efectos, se establece que las adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación tanto con las necesidades de la persona trabajadora como con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. La flexibilidad de la jornada, que es un tópico habitualmente vinculado a las necesidades de la empresa, se declina en la norma de una manera bidireccional: la flexibilidad pro empresa se debe cohonestar con la flexibilidad pro persona trabajadora.

También se establece en la nueva redacción del artículo 34.8 del ET que, en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar la solicitud de adaptación hasta que cumplan doce años. Si entendemos esta norma como un condicionante del derecho, merece una severa crítica doctrinal pues se dejarían desprotegidas las necesidades de cuidado de familiares *DEPENDIENTES* distintos a los hijos o hijas de doce años o menores. A nuestro juicio, la norma tiene otro sentido diferente: no establece una limitación de carácter subjetivo, sino que viene a decir que, sin mayores exigencias, las necesidades de cuidado existen cuando la persona trabajadora tiene un hijo o hija de hasta doce años; cuando se trate de hijos o hijas de más edad, o de otros familiares necesitados de cuidados, dicha necesidad de cuidados se debe acreditar.

A partir de este enunciado general y de sus condicionantes, se contemplan las dos mo-

.....

2 A esta conclusión llegamos, junto con otras opiniones doctrinales y decisiones judiciales concordantes que allí se citan, en José Fernando LOUSADA AROCHENA / Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, “Jornada de trabajo y derechos de conciliación”, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, páginas 28 a 31.

dalidades de ejercicio que hasta el momento aparecían recogidas en la norma –a saber, ejercicio según lo establecido en la negociación colectiva, y ejercicio consensuado-, y se añade una tercera que, si bien debíamos de entender como deducible por la lógica, antes no estaba explícitamente recogida –a saber, la reclamación judicial-.

(1) Ejercicio según lo establecido en la negociación colectiva. Al respecto se establece que en la negociación colectiva se pactarán 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 y otro sexo. Insistencia expresa en la ausencia de discriminación sexista directa e indirecta antes no contenida en la norma pero a la que obviamente estaban sujetos los negociadores colectivos por imperativo constitucional. Si a esa insistencia le queremos dar algún sentido útil deberíamos integrar en ella el derecho a la conciliación como derecho fundamental, cuya vinculación con la proscripción de la sexista indirecta ha sido reconocido reiteradamente en la jurisprudencia constitucional desde la STC 3/2007, de 15 de enero. Por ello, una regulación en la negociación colectiva con un condicionamiento irracional o desproporcionado para el ejercicio del derecho a la adaptación que impidiese su aplicación en la práctica estaría vulnerando la prohibición de discriminación sexista.

(2) Ejercicio consensuado. Al respecto se establece que en ausencia de regulación en la negociación colectiva, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días, un periodo este último acaso excesivamente largo atendiendo a la urgencia característica de la exigencias de conciliación de la vida personal y familiar.

Finalizado el periodo máximo de treinta días (un plazo acaso excesivo si consideramos la habitual perentoriedad de las necesidades de cuidado), la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión, exigencia imprescindible, a nuestro juicio, para la eventual defensa de la empresa en juicio; o, dicho de otro modo, no se le debería admitir a la empresa la alegación en juicio de otras razones objetivas de denegación del ejercicio.

(3) Reclamación judicial. Al respecto se establece que las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Tales discrepancias que pueden venir dadas por la manifestación de la negativa al ejercicio o también por la no conformidad con la propuesta alternativa ofrecida por la empresa, sin perjuicio de que la persona trabajadora se pueda ajustar a ella provisionalmente como mal menor.

Sea cual fuere la forma de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada, la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. La fórmula utilizada en la norma de “derecho a solicitar el regreso” no es, desde luego, la más atinada desde la perspectiva de reconocer un derecho a la persona trabajadora. En todo caso, la empresa solo podría denegar el derecho al regreso de una manera temporal y por causas justificadas. O sea, la norma general debe ser el derecho al regreso. Más atinada está la norma cuando prevé el regreso tanto cuando ha concluido el periodo previsto, como cuando así lo justifique el cambio en las circunstancias –pensemos, como supuesto paradigmático, en que la persona a cuidar por la persona trabajadora deja de necesitar cuidados porque se recupera de su enfermedad, o fallece-.

Finalmente, el nuevo apartado 8 del artículo 34 del ET, en la redacción del RDL 6/2009, aclara que se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

## 6. UNA AMPLIACIÓN TEMPORAL (VIRTUALMENTE INEFECTIVA) DEL DERECHO A LA RESERVA EN LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJO O HIJA

**Y**a antes del RDL 6/2019, se establecía –en el artículo 46, apartado 3, último párrafo, del ET- que cuando la persona trabajadora forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial. Con el RDL 6/2019, se mantiene esta redacción y se adiciona a renglón seguido –en ese último párrafo- un inciso según el cual “cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses”. Al aparecer este inciso en el mismo párrafo que la regulación establecida para las familias numerosas aparenta que esta ampliación a dieciocho meses solo se aplica al supuesto de familias numerosas de categoría general, pues las de categoría especial ya llegan al máximo de dieciocho meses sin necesidad de mayores exigencias. No obstante, seguramente sea posible una interpretación extensiva de la norma a todos los supuestos de excedencia para el cuidado de hijo o hija, esto es cuando no se trate

de familias numerosas, para los que –según el artículo 46.3 del ET- solo se reconoce el derecho a la reserva de puesto de trabajo durante el primer año de disfrute de la excedencia para el cuidado de hijo o hija.

En cualquier caso, la norma, pretendiendo fomentar la corresponsabilidad, acaba llegando a una solución absurda que la convierte en virtualmente inefectiva. Si el miembro de una pareja decide solicitar una excedencia para el cuidado de hijo o hija, el premio de extender a dieciocho meses el derecho a la reserva del puesto de trabajo suena insuficiente si resulta condicionado a que el otro miembro de la pareja tenga que haber solicitado también la excedencia con la misma duración y régimen. Dicho más sencillo, no parece un supuesto de hecho real –salvo acaso alguna situación familiar muy extraordinaria- que los dos miembros de una pareja dejen de trabajar sin percibir retribución durante un periodo de hasta dieciocho meses. Y menos aún si nos encontramos ante familia numerosa en que las necesidades económicas son mayores.

## 7. GARANTÍAS POR EL EJERCICIO DE DERECHOS DE MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN

**E**l RDL 6/2019 modifica diversos artículos del ET relativos a las garantías frente al despido en supuestos de ejercicio de derechos de maternidad y conciliación. Muchas de esas modificaciones son de alcance meramente terminológico para sustituir trabajador por persona trabajadora, e incluir el permiso por nacimiento y cuidado de menor. Pero más allá de estos cambios terminológicos se detectan tres reformas concretas que deben ser bien recibidas; de hecho estamos ante reformas que se encuentran entre las más positivas de todas las reformas introducidas en el RDL 6/2019.

La primera de ellas es la incorporación en la regulación del periodo de prueba de un párrafo –en el artículo 14, apartado 2- según el cual “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. Con ello pasa al baúl de los recuerdos la doctrina contenida en la STS de 18 de abril de 2011, RCU 2893/2010, que había rechazado la aplicación de la prohibición de despido durante el periodo de prueba porque el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba es una institución distinta al despido, sin perjuicio de que, si se acredita la existencia de discriminación por embarazo, el despido sería nulo. La STC 173/2013, de 10 de

octubre, ha validado esa solución al entender que satisface el canon de motivación reforzada del artículo 24 CE en relación con el 14<sup>3</sup>.

La segunda de ellas es la incorporación en la regulación de las prohibiciones de despido aplicables a la extinción por causas objetivas –artículo 53, apartado 4- de un inciso según el cual “para considerarse procedente (la extinción por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados en la norma) deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. Aquí se está recogiendo la doctrina contenida en la STJUE de 22 de febrero de 2018, Caso Porras Guisado, C-103/2016, en concreto cuando en su fallo resuelve que el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, “siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Ciertamente, la Sentencia solo se refiere a la trabajadora embarazada, y, dado el ámbito subjetivo de la Directiva 92/85/CEE, su doctrina se debería extender también a la trabajadora en parto reciente o en periodo de lactancia natural. Pero el RDL 6/2019 ha optado por una solución de más alcance y –como se acaba de expresar- se refiere a todos los casos de prohibición de despido del artículo 53, apartado 4, del ET.

Y la tercera de ellas es la ampliación en la regulación de las prohibiciones de despido aplicables a la extinción por causas objetivas –artículo 53, apartado 4, letra c)- y al despido disciplinario –artículo 55, apartado 5, letra c)- del periodo de protección de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), que hasta el RDL 6/2019 era de hasta nueve meses, y desde el RDL 6/2019 será de hasta doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Como ya se interpretaba antes del RDL 6/2019, y se debe seguir interpretando después del RDL 6/2019, este es el límite temporal para la aplicación de la prohibición de despido, pero no impide que, superado ese límite, se pueda llegar a la nulidad del despido si se acredita que es discriminatorio por razón de maternidad o de paternidad.

.....

3 He realizado un comentario crítico de la STC 173/2013, de 10 de octubre, alineándome con las razones argüidas en voto particular disidente del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, en “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba”, *Revista de Derecho Social*, número 63, 2013.

## 8. UNAS APRECIACIONES FINALES SOBRE LA REFORMA

El Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, merece dado su contenido una valoración general positiva: se incrementa la duración del permiso del progenitor distinto a la madre biológica hasta 8 semanas para 2019, hasta 12 semanas para 2020 y hasta 16 semanas para 2021, equiparándose finalmente al permiso de la madre biológica, individualizándose los derechos de cada progenitor y estableciendo un periodo obligatorio; se separa la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, además de individualizarse el derecho al permiso para cada adoptante, guardador o acogedor, con un periodo obligatorio; se reforma en profundidad el viejo permiso de lactancia reconvirtiéndolo en un permiso para el cuidado del lactante individual para cada progenitor y con una cobertura económica parcial a través de la creación de una nueva prestación de seguridad social; se reconoce un derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida personal y familiar que supone potenciar el derecho a la presencia de aquellos trabajadores/as que, en vez de utilizar permisos, reducciones de jornada o excedencias para el cuidado de hijos/as o familiares, deciden mantenerse en su puesto de trabajo pero flexibilizando la jornada para no desatender las necesidades de la conciliación; se mejoran de manera muy significativa las garantías de ejercicio de derechos de maternidad y paternidad.

Pero también hay muchos aspectos críticos: se unifica la licencia por maternidad y el permiso por paternidad en un nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor que, en ese afán unificador, hace tabla rasa de algunas garantías de la maternidad biológica contenidas en normas internacionales y comunitarias como la ininterrupción del disfrute o la posibilidad de adelantar el disfrute antes del parto; se establecen para ese permiso a favor del progenitor distinto de la madre y para el permiso por adopción, guarda o acogimiento complejas disposiciones transitorias; la cobertura económica del permiso por cuidado de lactante es muy parcial y ha complejizado la regulación; algunas supuestas mejoras dirigidas a la corresponsabilidad resultan ser inaplicables; se modifican muchas normas con la sola finalidad de adaptaciones terminológicas lo que ofrece una visión de una reforma más profunda de lo que realmente es dicha reforma.

Otras críticas son por omisión. Muy en particular se echa en falta que no se hubiere revisado la reducción de jornada por guarda de menor o cuidado de familiares del artículo 37.5-6 del ET, eliminando la limitación que se introdujo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de que la reducción fuera “diaria” –artículo 37.5 del ET-, lo que –literalmente interpretado- solo permite reducciones de

jornada horizontales –es decir se reducen una o unas horas todos los días en que se trabaja-, impidiendo reducciones de jornada verticales –es decir concentrando todas las horas a reducir en un mismo día o en unos mismos días-, y quedando seriamente en entredicho la posibilidad de otras imputaciones en supuestos de jornadas especiales –por ejemplo, la relevación de un determinado turno de trabajo imputando la reducción de jornada a ese turno de trabajo o la libranza de las guardias a imputando la reducción de jornada a las jornadas en que se realizan las guardias-<sup>4</sup>.

Con todo, la mayor de las críticas procede por el envoltorio jurídico utilizado para la aprobación de todas estas reformas: un decreto ley que el Gobierno puede aprobar pero solo en “situaciones de extraordinaria y urgente necesidad” (artículo 86 de la Constitución Española); nunca con un carácter ordinario y soslayando al Parlamento.

La lectura de unas medidas que, aún con todos sus puntos críticos, son tan absolutamente necesarias para conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en un envoltorio jurídico tan cuestionable, es una contradicción muy fuerte para cualquier jurista. No basta con su convalidación. Una vez se constituya el Parlamento y el Gobierno tras las elecciones generales del 28 de abril, esas medidas tan absolutamente necesarias debe ser llevadas a la discusión parlamentaria y, después de corregir los errores y omisiones que la premura electoralista ha propiciado, deben ser incorporadas a una ley formal, pues solo se consolidarán si se aprueban tras el debate parlamentario con su asunción por la mayoría de los partidos políticos, blindándose además frente a una declaración de inconstitucionalidad futura si llegasen a ser impugnadas ante el TC.

**JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

*Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia*

*Doctor en Derecho / Graduado Social*

*Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña*

.....

4 Sobre los cambios introducidos en la Reforma Laboral, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La Reforma Laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género”, *Aequalitas*, número 32, 2013.

# MODERNIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA: EL INCREMENTO DE ABUSOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA NUEVA FIGURA DEL “FUNCIONARIO INTERINO TEMPORALMENTE INDEFINIDO”

Modernisation of public employment and economic crisis: the increase of abuses in temporary hiring and the new figure of the “interim civil servant temporarily indefinite”

**INMACULADA MARÍN ALONSO**

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

*Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 12/06/2019

Fecha de aceptación: 04/07/2019

**SUMARIO:** 1. LA EXIGENCIA DE MODERNIDAD Y EFICIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA. 2. LA LENTA RECUPERACIÓN DE DERECHOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL PAPEL DE LAS LEYES PRESUPUESTARIAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3. PRIVILEGIOS DEL EMPLEADOR PÚBLICO EN MATERIA DE PERSONAL: DE LA CONCRECIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PREBENDAS EN CONTRATACIÓN, EXTINCIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3.1. Privilegios en materia de contratación o nombramiento de personal temporal: el abuso en el uso de los mismos tanto en régimen laboral como funcional. 3.2. Otros privilegios de la Administración Pública en la relación laboral de empleo público. 4. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO EN LA DOCTRINA DEL TJUE Y EL TC. 4.1. El papel de la doctrina del TJUE en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en la Administración Pública. 4.2. La intervención del TC en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo en el empleo público.

**RESUMEN:** Las exigencias de modernidad de la Administración Pública española y la situación de crisis económica han provocado un incremento del abuso de la contratación temporal bajo régimen laboral y funcionarial. Ello ha generado múltiples cuestiones relacionadas con la evolución del concepto de condición de trabajo conforme a la jurisprudencia del TJUE, así como con el principio de igualdad y no discriminación. A su vez, algunos pronunciamientos judiciales han llegado a dar cobertura a novedosas figuras no sustentadas en el marco legal, como ocurre con el «funcionario interino indefinido», en tanto homólogo al indefinido no fijo bajo régimen laboral, sin perjuicio de la no plena asimilación entre ambas figuras resultantes del abuso en la contratación temporal.

**ABSTRACT:** The demands of modernity of the Public Administration and the situation of economic crisis have led to an increase in the abuse of temporary contracts under the labor and civil service regime. This has generated many issues related to the evolution of the concept of working condition in accordance with the jurisprudence of the ECJ, as well as with the principle of equality and non-discrimination. At the same time, some judicial pronouncements have even covered novel figures not supported by the legal framework, such as the “indefinite interim civil servant”, as counterpart to the non-fixed indefinite under the labor regime, without prejudice to the not full assimilation between both figures resulting from abuse in temporary hiring.

**PALABRAS CLAVE:** Empleo público, abuso en la contratación temporal, indefinido no fijo, funcionario interino indefinido, condiciones de trabajo, discriminación.

**KEY WORDS:** Public employment, abuse in temporary hiring, indefinite non-fixed, interim indefinite civil servant, working conditions, discrimination.

## 1. LA EXIGENCIA DE MODERNIDAD Y EFICIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA

Han sido muchos los cambios normativos que, para alcanzar una Administración Pública moderna, eficiente y de calidad, se han producido en el empleo público español en los últimos años<sup>1</sup>. La adaptación a nuevas realidades sociales y políticas, así como a un entorno cambiante en el ámbito nacional e internacional, ha dado pie a que el empleo público sea considerado un instrumento de cambio al servicio del ciudadano que debe satisfacer intereses variados y contrapuestos y someterse, además, a rigurosos principios de actuación administrativa.

Para entender las transformaciones sufridas en el empleo público de España no hay que olvidar que la Administración Pública representa en este siglo un factor diferencial competitivo entre los Estados y que, para ser competitiva en un mundo globalizado y altamente tecnológico, debe ser ágil, eficaz y eficiente en la prestación de servicios al ciudadano. Desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración, tales cambios se enmarcan en una visión amplia de Gobernanza de lo público donde se considera que el interés general puede ser satisfecho mediante el recurso a nuevas formas de organización o de instrumentos jurídico privados sin pérdida de garantías para los ciudadanos, si bien, en tal caso, el sometimiento a los principios de legalidad, interdicción de arbitrariedad, objetividad, libre concurrencia, control del gasto público, publicidad, transparencia o acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, entre otros, deben garantizarse con independencia de la legislación que regule la actividad administrativa. En esta línea, no solo la organización y funcionamiento de la Administración Pública española recibe influencias del Derecho Privado sino que, también, la gestión de sus recursos humanos se impregna de principios provenientes

.....

1 El objetivo de obtener una Administración Pública moderna, eficaz y de calidad no se ha centrado en una reforma integral de la Función Pública sino que se ha limitado a regular distintos procesos de modernización. La necesidad de modernización de la Administración Pública ya se había hecho palpable en épocas anteriores tal como puede, por ejemplo, en el Plan de Modernización de la Administración General del Estado en 1992, el Plan de Calidad de la Administración Civil del Estado de 1999, el Libro Blanco de Mejora de los Servicios Públicos del año 2000, el Plan de Choque para el Impulso de la Administración Electrónica de 2003, el Plan Moderniza de medidas de mejora de la Administración 2006-2008 o, también, en el actual Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública 2018-2020, que dedica su Eje 4, sobre Mejora y modernización del empleo público, a desarrollar un nuevo modelo de empleo público.

del mismo sector o se somete, incluso, de manera exclusiva o parcial, al régimen jurídico laboral<sup>2</sup>.

La fundamentación jurídica para la dualidad de regímenes jurídicos de personal al servicio de un mismo empleador se encuentra en el carácter neutro de la Constitución española respecto de la convivencia de diferentes Estatutos de Personal en el ámbito público (art. 35 y 103 CE)<sup>3</sup> y en el hecho de que la exigencia de acceso a la Administración Pública bajo los principios de mérito y capacidad (art. 23 CE)<sup>4</sup> se consigue tanto a través del rígido y formalista Derecho Administrativo como del adaptable y flexible Derecho del Trabajo, disciplinas que a lo largo del tiempo han mantenido una relación compleja y confusa, pasando por distintas etapas de expansión o contracción<sup>5</sup> que, a día de hoy, continúan planteando problemas jurídicos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación.

Conforme a ello, el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>6</sup> distingue al personal de la Administración Pública según la siguiente calificación: personal funcionario (de carrera,

.....

2 Véase la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE nº 236, 2 de octubre que, entre otras figuras, regula las Entidades Públicas Empresariales de ámbito estatal sometidas al Derecho Privado y al régimen laboral en materia de personal (arts. 103-106). En el caso de los organismos autónomos estatales o los organismos públicos estatales, el personal puede ser funcionario o laboral. Anteriormente algunas leyes especiales admitieron nuevos supuestos de contratación laboral e, incluso, insertaron la dualidad de regímenes jurídicos en organismos reguladores encargados de desempeñar importantes funciones públicas –v. gr. la Agencia de Protección de Datos (Ley 5/1992, de 29 de octubre); el Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio, y su Reglamento Interno aprobado por la Resolución de 28 de marzo de 2000); también la Comisión Nacional de la Energía (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y art. 42 RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE) o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones)- o, en su caso, la exclusividad de prestación de servicios en régimen laboral como ocurre, por ejemplo, con el personal al servicio de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin que esta circunstancia se modificara por el EBEP, el cual introdujo la figura del alto directivo laboral en la Administración Pública y, asimiló aún más las instituciones jurídico laborales respecto de los funcionarios públicos, llegando incluso a la equiparación legal entre el colectivo funcional y laboral al servicio de la Administración Pública en numerosas cuestiones o dejando que esa equiparación se consiga a través de una institución importada desde el Derecho del Trabajo como es la negociación colectiva.

3 El art. 35.2 CE señala que: “La ley regulará un estatuto de los trabajadores”, mientras que el art. 103.3 CE establece que “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. La STC 99/1987, de 11 de junio, entendió la existencia una preferencia por el régimen funcional aunque dejaba en manos del legislador el alcance de cada uno de ellos y las relaciones entre ellos. Actualmente, la dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración Pública se contempla en el art. 8 del EBEP.

4 El art. 103 CE señala que “la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”; por su parte, el artículo 55 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP de ahora en adelante) prevé que “todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”, así como que “las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

5 Para más detalle, véase MARÍN ALONSO, I.: “El empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Relaciones Laborales* nº 1, 2009.

6 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

interino y eventual), personal laboral (indefinido, fijo e indefinido no fijo) y alto directivo (funcionario o laboral), señalando que el régimen estatutario público será de aplicación para todo el personal funcionario, mientras que la legislación laboral y convencional será de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas<sup>7</sup> cuando las disposiciones del EBEP no establezcan regulación específica para ellos. Lo dispuesto en el EBEP tiene, por tanto, preferencia aplicativa para el personal laboral al servicio de la Administración Pública<sup>8</sup>.

Un supuesto reciente de dicha prioridad puede verse en la modificación introducida en el art. 7 del EBEP por el RD 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<sup>9</sup>, el cual señala que “en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”<sup>10</sup>. Tal medida supondrá una beneficiosa simplificación de la gestión pública en la materia, a la vez que facilitará su posterior regulación convencional en las mesas conjuntas de negociación colectiva *ex art.* 36.3 del EBEP aunque, sin duda, presentará nuevos problemas de cara al principio de igualdad y no discriminación en el empleo público pues los derechos concedidos para tales circunstancias no son idénticos para uno y otro tipo de personal. Por su parte, este nuevo distanciamiento con el sector privado vuelve a ahondar aún más en la idea de que, en la práctica, la relación de empleo público laboral se configura como una relación laboral de carácter especial aunque sin catalogarla expresamente como tal.

.....

7 Señala el Art. 7. Normativa aplicable al personal laboral que “El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. A esta previsión el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha añadido que pese a ello “en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

8 Sobre la aplicación preferente del EBEP en caso de regulación específica de una materia para el personal laboral véase la STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de junio de 2016 –AS 2017/31–.

9 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

10 Véase también la Disposición adicional vigesimosegunda del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019, que igualmente establece que los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas “Resultarán de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia regulados en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones de la presente Ley sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho.»

Pero en la actual transformación de la relación de empleo público no solo ha desempeñado un papel importante la consecución de principios de eficacia, eficiencia y modernización de la Administración Pública sino, también, la acuciante necesidad de superar la crisis económica y financiera que asoló a toda Europa a partir de 2008. En tal sentido, la profunda crisis económica que padeció España no solo hizo perseverar al legislador español en el intento de obtener una mayor eficacia y eficiencia en la gestión del personal de las Administraciones Públicas sino, también, intentar someter a la Administración Pública a los límites presupuestarios impuestos por Europa para alcanzar los objetivos de déficit público y lograr la sostenibilidad del sistema. Las exigencias económicas provenientes de Europa para evitar el rescate por las autoridades financieras europeas y garantizar la estabilidad de la zona euro evidenciaron la necesidad de obtener unos objetivos comunes en materia de empleo público y luchar de manera conjunta frente a la diversidad de regímenes jurídicos de personal que se dan cita en el empleo público español desde el Siglo XIX<sup>11</sup>, poniendo en marcha una ingeniería jurídica de lo más variopinta que ha despertado la crítica jurídica de la doctrina científica por fundamentarse, básicamente, en el recorte de derechos laborales para todos los empleados públicos o en la pérdida de garantías en materia de estabilidad.

Las exigencias económicas de Bruselas dieron lugar a la adopción por el legislador español de numerosas medidas de choque en materia de empleo público, las cuales empezaron a notarse a partir de 2010<sup>12</sup> y se asentaron a partir de 2012<sup>13</sup> con la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 20 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral, posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral y, específicamente, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad. Desde la perspectiva financiera, las reformas del empleo público se enmarcaron, además, no solo en los límites habituales establecidos en las Leyes anuales de Presupuestos<sup>14</sup> sino, también, en la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la cual afectó tanto a la contratación o nombramiento de



11 Los orígenes de la diferenciación de regímenes de personal en el empleo público español se remonta al Estatuto López Ballesteros de 1827 aprobado por Real Decreto de 7 de febrero de 1827 al objeto de establecer un régimen diverso al funcional para trabajadores subalternos en la Real Hacienda.

12 Véase el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, BOE nº 126, de 24 de mayo. Las medidas de ajuste que se aplican son similares a las adoptadas en crisis económicas anteriores (v. gr. limitación de vacantes, amortización de jubilaciones, reducción hasta la congelación de la tasa de reposición, supresión de cargos o reducción de la masa salarial, etc).

13 El Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 creó la denominada Comisión para la Reforma de la Administración Pública (CORA) en cuyo seno se elaboró un Informe con 218 propuestas para la reforma de la estructura y el funcionamiento de las Administraciones Públicas. En 2013 se constituyó una Oficina para la ejecución de la reforma de la Función Pública (OPERA) con el fin de seguir el cumplimiento de las medidas. En el informe se contemplan “medidas estratégicas en materia de empleo público”.

14 Las Leyes presupuestarias han establecido anualmente el tope salarial o retributivo de todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Con anterioridad a 1984, dichas normas solo incluían indicaciones no obligatorias respecto del personal laboral.

personal de nuevo ingreso en la Administración Pública como a la extinción de contratos o a la negociación de incrementos retributivos o de cualquier otra medida que supusiera un incremento de gasto público para la Administración Pública<sup>15</sup>.

Las medidas adoptadas para afrontar las exigencias presupuestarias europeas fueron tanto estructurales como coyunturales en materia de empleo público<sup>16</sup>, provocando, con carácter general, la pérdida o empeoramiento de condiciones de trabajo de los empleados públicos (funcionarios y laborales), a la par del deterioro sufrido por las existentes en el sector privado y, también, el bloqueo de la Administración Pública en orden al acceso de nuevo personal. Así, entre las medidas adoptadas destacan la reducción de la masa salarial en el conjunto del gasto público, la congelación o limitación de la oferta pública de empleo, la amortización de vacantes producidas por jubilaciones u otras causas, el incremento de la edad de jubilación, la recuperación legal de la jornada máxima de trabajo semanal (37 horas y media), la prohibición de aplicar el principio de suplementariedad o norma mínima en determinadas materias, la reducción del empleo público en sectores específicos como la sanidad o la educación, la habilitación legal del despido por causa económica, técnica u organizativa del personal laboral al servicio de la Administración Pública o la suspensión de efectos de los convenios o acuerdos colectivos de los empleados públicos laborales o funcionariales que establecieran mejoras sobre lo establecido por la ley en determinadas materias; se produjo también la congelación de salarios en 2012, 2013 y 2014, la supresión de la paga extra en 2012, la introducción de restricciones a la contratación temporal y la amortización de vacantes, así como la reducción de días de asuntos propios y adicionales, la modificación de las condiciones de acceso y permanencia en situación de incapacidad temporal, el establecimiento de un plan de reducción del absentismo y la modificación del régimen de incompatibilidades y de los permisos sindicales, a la vez que se plegaba el derecho de efectividad de los instrumentos negociadores del personal laboral a la existencia de causa grave de interés general.

Las medidas abordadas tenían, según la Exposición de Motivos de las normas mencionadas, carácter urgente y naturaleza temporal, motivo por el que, en principio, no se



15 La Exposición de Motivos de la ley señala que la difícil situación económica en España “exige aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios que se refuerzan: La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y las reformas estructurales [...]”. Esta norma fue consecuencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución Española que introdujo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por otro lado, esta Ley da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea.

16 Para ARENILLA SAEZ, M.: “Cuatro décadas de modernización vs reforma de la Administración Pública en España”, *Revista de Ciencias Sociales* nº 5, 2017, pág. 312 “se trata de una serie de medidas clásicas no estructurales que mantienen la inalterabilidad del modelo de función pública. Así, entre nosotros no se aplican apenas medidas de carácter estructural como la redistribución de efectivos; la revisión profunda de la cartera de servicios; la reasignación o redistribución de funciones o servicios entre los niveles gubernamentales; o la externalización y privatización”.

aprovechó la posibilidad de implantar medidas estructurales que cambiasen el modelo de función pública. No se introdujo, pues, ninguna medida que permitiera la redistribución del personal en régimen funcionarial según las necesidades del empleador público o que facilitara llevar a cabo alteraciones a lo pactado con el trabajador (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica o funcional del personal laboral), ni la posible reasignación de funciones o la modernización del sistema de acceso a la función pública, así como tampoco la introducción de la cultura del rendimiento o la posibilidad de externalizar determinados servicios públicos, por ejemplo. El objetivo que el legislador pretendía conseguir era, principalmente, el ahorro del coste público, tal como demuestran las medidas estratégicas en materia de empleo público contenidas en el informe CORA, desarrollado por la Comisión para la Reforma de la Función Pública en base al Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012<sup>17</sup>.

La recuperación de las condiciones laborales perdidas durante la crisis será, a partir de entonces, un proceso lento y complejo, si bien el impacto sufrido por el personal al servicio de la Administración Pública será irreversible, quedando para siempre en la memoria de los mismos que la seguridad de la que gozaban antes de 2012 se relegó a una mera quimera y que el empleador público, pese a su función constitucional, puede convertirse en el mayor precarizador del empleo (v.gr. el incremento de la temporalidad en sectores como el educativo o el sanitario<sup>18</sup>) y en el más dictatorial de los empresarios a través de la imposición de condiciones laborales y la merma del derecho de la negociación colectiva.

## 2. LA LENTA RECUPERACIÓN DE DERECHOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL PAPEL DE LAS LEYES PRESUPUESTARIAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La situación económica en España comenzó a revertir lentamente a partir de 2014, produciendo en el empleo público lo que la doctrina ha llamado “efecto muelle”, es decir, el retorno paulatino a la situación jurídica anterior<sup>19</sup>. Muestra de ello es la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma admi-

17 Sobre este ahorro puede consultarse el Informe del Ministerio de Hacienda y Administración Pública publicado en la página web de transparencia <http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/>.

18 Según la EPA entre 2008 y 2013, debido a la falta de presupuesto, se redujeron en el sector sanitario 320.000 empleos temporales. Además, la temporalidad en 2015 era del 30,48% y en 2016 el 31,6% del personal.

19 ARENILLA SAEZ, M.: “Cuatro décadas de modernización vs reforma de la Administración Pública en España”, *Revista de Ciencias Sociales* nº 5, 2017, pág. 313.

nistrativa, por la que se amplió el número de días reconocidos en el EBEP para la atención de asuntos particulares (cinco días *ex art.* 28.Cuatro de la ley); también el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, supuso un tímido intento de retomar la situación jurídica anterior ya que vuelve a modificar el número de días de permiso por asuntos particulares hasta alcanzar el sexto día que por tal motivo existía antes de 2012, a la vez que incrementó, por antigüedad, los días de permiso por asuntos particulares y de vacaciones reconocidos en el EBEP. Esta norma, además, respecto de las retribuciones, recupera parte de la paga extraordinaria y adicional del año 2012, siendo la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, la que previó la devolución de una cuarta parte de la paga extraordinaria suprimida en diciembre de 2012, con efectividad a partir de enero de 2015.

No obstante, han sido impulsos particularmente decisivos en la recuperación de las condiciones laborales del empleo público en España la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, las cuales incrementaron la oferta de empleo público y la tasa de reposición con el fin de incorporar nuevos efectivos a la Administración Pública<sup>20</sup>, a la vez que la última norma libera de importantes restricciones a la negociación colectiva en materia de incapacidad temporal. En este último aspecto resulta interesante observar el renovado interés del legislador en regular mediante el mismo instrumento jurídico y con el mismo alcance el hipotético contenido negociador para todo el personal público, pues la novedad que introduce la Ley 6/2018 no radica únicamente en permitir alcanzar a los empleados públicos el cien por cien de los complementos retributivos en materia de incapacidad temporal por contingencias comunes, sino en establecer que dicha mejora debe hacerse a través de la contratación colectiva para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, es decir, con independencia de la naturaleza jurídica de su vínculo –público o privado- o de su adscripción a un concreto régimen de Seguridad Social –Régimen General o Regímenes Especiales de funcionarios públicos<sup>21</sup>-. El régimen retributivo durante las



20 La LPGE para 2017 estableció que la tasa de reposición para determinados ámbitos y sectores alcanzaría el 100% de las bajas producidas, así como el 50% de los restantes sectores. En desarrollo de esta norma, véase el RD 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017 (BOE nº 162, de 8 de julio).

21 Los empleados públicos en España no disponen de un régimen jurídico común de protección social, sino que vienen protegidos por diferentes regímenes de seguridad social pese a que exista cierta similitud o paralelismo en el contenido y régimen jurídico de las prestaciones. El personal laboral de la Administración Pública se encuadra en el Régimen General de la Seguridad Social pero los funcionarios públicos pueden encuadrarse, bien en el Régimen General o bien en Regímenes Especiales. Los mecanismos de protección de los funcionarios públicos se articulan en dos modelos diferentes: las clases pasivas, por un lado, y el mutualismo administrativo, por otro. El sistema de Clases Pasivas es común para todos los funcionarios públicos y se regula en el texto refundido por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por el RD 172/1998, de 11 de febrero,

situaciones de incapacidad temporal no solo vuelve a ingresar en el campo de lo negociable en sus ámbitos respectivos sino que se extiende, además, a colectivos excluidos hasta el momento de la facultad negociadora en dicha materia<sup>22</sup>, ampliándose así la materia negociable para los empleados públicos<sup>23</sup>. Se establece así que cada Administración Pública pueda negociar el complemento económico por incapacidad temporal hasta alcanzar de nuevo el cien por cien de las retribuciones percibidas por los empleados públicos, pero más que un retorno a la situación jurídica anterior al art. 9 del RD Ley 20/2012 se produce, en realidad, una regulación *ex novo* de esta materia pues, a partir de la Ley 6/2018, se legisla en común para todos los empleados públicos (en sentido unívoco) en situación de incapacidad temporal<sup>24</sup>. La negociación colectiva parece resurgir de sus cenizas y alzarse nuevamente como el instrumento que mejor facilita la convergencia de condiciones de trabajo entre los servidores públicos, dando con ello nuevas expectativas a los interlocutores sociales y al diálogo social.

En todo caso, la recuperación de los derechos individuales y colectivos de los empleados públicos se articula con la participación de las organizaciones sindicales del personal de la Administración Pública y se plasma, principalmente, en el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017, en el Acuerdo de 30 de mayo de 2017 por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012 sobre asignación de recursos y racionalización de



mientras que el sistema del mutualismo administrativo difiere según el ámbito específico del que se trate. Así, nos encontramos, por un lado, con la Mutualidad de los Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), regulada por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, y su desarrollo reglamentario (RD 375/2003, de 28 de marzo); por otro lado, con la Mutualidad del personal al servicio de las Fuerzas Armadas (ISFAS), regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2006, de 9 de junio (desarrollado por el RD 1726/2007, de 21 de diciembre) y, por último, con la Mutualidad del personal al servicio de la Administración de Justicia (MUGEJU) que se regula por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio (desarrollado por el RD 1026/2011, de 15 de julio).

22 Para el personal integrado en el Mutualismo Administrativo se prevé expresamente que “de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, *previa negociación colectiva*, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, este podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal” (DA 54<sup>a</sup>). Se amplía así para este personal el papel que la negociación colectiva ha desempeñado hasta el momento pues, hasta ahora, era la ley la que fijaba la retribución a percibir por este personal durante la situación de incapacidad temporal sin la intervención de los interlocutores sociales. Esta ley especial introduce sorpresivamente para el personal integrado en el mutualismo administrativo una nueva materia negociadora no recogida expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 37) ni en su normativa específica de seguridad social y camina a la par de lo establecido en esta materia para el personal laboral y funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Para este último personal, en definitiva, se mantiene el papel habitual de la contratación colectiva aunque liberado ahora de la restricción establecida en el RD Ley 20/2012 respecto de los topes máximos.

23 Véase el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes.

24 En detalle puede verse MARÍN ALONSO, I.: “La incapacidad temporal de los empleados públicos en el régimen general de la seguridad social y el mutualismo administrativo: régimen retributivo y negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 18, 2019.

las estructuras de negociación y participación y en el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo de 9 de marzo de 2018. En esta línea, el Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública para el período 2018-2020 prevé, en su Eje 4 sobre Mejora y Modernización del empleo público, un principio transversal de participación donde las medidas adoptadas “deben tener en cuenta la opinión, necesidades y expectativas de los agentes implicados en las diferentes políticas, fomentado el diálogo social y la participación de la sociedad”. Tales Acuerdos representan, sin duda, una importante novedad en el empleo público tras el retroceso sufrido por el derecho a la negociación colectiva para afrontar la crisis económica, retroceso que, pese a todo, se mantiene en el mismo lugar para todos los empleados públicos.

Sentada la caótica situación anterior, conviene hacer un breve recorrido sobre los aspectos, novedosos o no, que actualmente acaparan la atención del legislador, de los tribunales de justicia y de la doctrina científica en materia de empleo público. Todos engarzan, en realidad, con la dualidad de regímenes jurídicos de personal en la Administración Pública y permiten entrever nuevas perspectivas de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el empleo público. Pero, en todo caso, es el incremento de la contratación o nombramientos de duración temporal y el abuso o utilización irregular de tales empleos lo que se percibe como el problema principal actual en el sector público, siendo las consecuencias de esta precarización el centro de interés de nuestros Tribunales y, más recientemente, del TJUE, el cual está teniendo una influencia decisiva para avanzar en la protección de los derechos laborales de todos los empleados públicos.

### 3. PRIVILEGIOS DEL EMPLEADOR PÚBLICO EN MATERIA DE PERSONAL: DE LA CONCRECIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PREBENDAS EN CONTRATACIÓN, EXTINCIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Pese a que la Administración Pública empleadora actúa sin *imperium* respecto de su personal, no puede olvidarse que esta disfruta de numerosos privilegios en la gestión de sus recursos humanos, laborales o funcionariales. Estas ventajas parten, no obstante, de una prebenda anterior que, aunque diluida por obra de la doctrina del TC y la letra de la ley, aún goza de visibilidad en la práctica del empleo público: la posible elección de vínculo jurídico que ate a los empleados públicos con cada Administración Pública. En tal

sentido, es la ley la que, conforme a la doctrina del TC<sup>25</sup>, determina los criterios generales para que un puesto de trabajo o unas determinadas funciones se desarrollen por uno u otro tipo de personal<sup>26</sup>, pero la concreción de los mismos y la decisión final corresponde a la Administración Pública conforme a sus necesidades organizativas, sobre todo, cuando las mismas no son permanentes.

### 3.1. Privilegios en materia de contratación o nombramiento de personal temporal: el abuso en el uso de los mismos tanto en régimen laboral como funcionarial

En relación a los privilegios del empleador público en materia contractual laboral puede apreciarse que a la Administración Pública se le permite la posibilidad *ab initio* de contratación temporal ilimitada bajo régimen laboral. Esto ocurre, por ejemplo, con los trabajadores contratados como personal investigador y docente al servicio de las Universidades Públicas o con contratos vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión, cuyas funciones son idénticas a las del personal docente o investigador funcionario<sup>27</sup>. Además, a través de la particular figura del trabajador «indefinido no fijo» -que es la denominación que recibe quien alcanza la condición de indeterminación por declaración judicial como reacción al abuso o fraude en la contratación temporal-, el empleador público cuenta con la posibilidad de cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que discrecionalmente proceda a su cobertura definitiva o a su amortización, sin que se establezca ningún régimen sancionatorio cuando la inactividad de la Administración Pública favorece el desempeño del mismo durante largos períodos de tiempo<sup>28</sup>.

Por su parte, bajo el régimen contractual administrativo, la Administración empleadora también cuenta con la posibilidad de contratar *sine die* funcionarios interinos para desempeñar temporalmente, por razones justificadas de necesidad y urgencia, determinados

.....

25 La STC 99/1987, de 11 de junio, resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública donde determinó que era la ley –y no la Administración Pública- la que debía establecer los puestos a desempeñar por funcionarios públicos.

26 La relación de puestos de trabajo que pueden desempeñarse en régimen laboral se encuentra en el aún vigente art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y las funciones a desempeñar se delimitan en atención a lo dispuesto en el art. 9 del EBEP para los funcionarios cuando señala que “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

27 La Disposición Adicional 15ª del TRET permite que la limitación de la duración máxima del contrato para obra o servicio en la Administración Pública no se aplique a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión superior a tres años.

28 Esta circunstancia puede deberse, incluso, en Administraciones de escasa dimensión a supuestos de connivencia entre el trabajador y el representante de la entidad pública.

puestos que deben ser cubiertos por funcionarios de carrera, abocando ello a situaciones de gran precariedad e inseguridad laboral cuando el empleador público incumple la exigencia de proceder a su cobertura definitiva o amortización, o incurre en situación de fraude<sup>29</sup>. Esta última situación ha dado lugar a una reciente polémica en el orden contencioso-administrativo relacionada con la ausencia de reproche legal ante situaciones abusivas por parte del empleador público, articulando una nueva figura, la de «funcionario interino indefinido», a la que formalmente se le niega la asimilación del régimen jurídico privado relacionado con el trabajador indefinido no fijo, pero a la que se le adjudican los principales efectos de la misma: la no finalización del contrato o nombramiento hasta la cobertura definitiva de la plaza<sup>30</sup>.

Todo ello genera bolsas de temporalidad elevada, separadas por el particular régimen jurídico que le da cobertura y que provocan importantes desigualdades fácticas entre unos y otros en materia de condiciones de trabajo.

El legislador, además, no establece límites a la duración máxima de determinados contratos como, por ejemplo, el contrato de interinidad (público –*ex art. 10.1 a) y b) EBEP*– o privado –*ex art. 15.5 TRET*–) o topes a las renovaciones excesivas de los mismos como ocurre, por ejemplo, con la contratación de funcionarios interinos por proyecto *ex art. 10 c) EBEP* que no se someten a un tope de renovaciones sino, únicamente, a un tope temporal máximo de cada contrato. Se une a ello que en el marco de las Administraciones Públicas no existen medidas disuasorias efectivas para evitar la contratación temporal ya que, por ejemplo, bajo régimen jurídico privado o laboral, la conversión del trabajador temporal en «indefinido no fijo» solo otorga a este una situación de temporalidad indefinida (en la medida que este no deja de ser un trabajador temporal<sup>31</sup>) mientras que, bajo régimen público o administrativo, no se establece ninguna medida o consecuencia para una posible situación fraudulenta o abusiva en la contratación temporal. Así, en la Administración Pública tenemos una «imposibilidad relativa» de transformar un contrato temporal en indefinido a través del trabajador indefinido no fijo y una «imposibilidad absoluta» de transformar en funcionario de carrera a un funcionario interino que ha sufrido abusos o fraude en su contratación. Se observa con ello que, bajo el régimen jurídico privado, se produce una comedita acción disuasoria de los abusos pero poco satisfactoria al mantener el carácter temporal de la contratación y, bajo el régimen jurídico público, se produce

.....

29 El art. 10.4 del TREBEP señala que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deben incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Por su parte, el art. 70 del TREBEP señala respecto de las plazas de nuevo ingreso que, en todo caso, la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años.

30 SSTs de 26 de septiembre de 2018 –RJ 2018/4062–, dictadas frente al Servicio Vasco de Salud y frente al Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz, respectivamente.

31 Al respecto, véase el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *Asunto León Medialdea contra el Ayuntamiento de Huétor-Vega*, C-86/14.

una impunidad absoluta para la Administración Pública en su calidad de empleador, lo cual le otorga ventajas competitivas frente al empleador privado<sup>32</sup>.

Además, la imposibilidad de adjudicar la sanción del régimen laboral a los mismos supuestos del régimen funcional por tratarse de prestaciones de servicios sometida a naturaleza diferente deja un reguero de insatisfacción aún mayor entre los empleados públicos, y reabre con intensidad el debate sobre la objetividad y razonabilidad de esa diferencia<sup>33</sup>. En todo caso, es la falta de efecto disuasorio para los funcionarios temporales, o el efecto ineficaz en el caso de los trabajadores en régimen laboral, lo que propaga el fraude en la contratación temporal pues la Administración Pública no sufre consecuencias adecuadas por el incumplimiento de la ley.

Recuérdese que la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, dispone que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales [...]”. Corresponde, así, a cada Estado decidir las medidas aplicables frente al abuso en la contratación temporal y las consecuencias de las mismas, pero siempre que estas sean efectivas y disuasorias y no compliquen el ejercicio de los derechos del trabajador, pudiendo existir diferentes consecuencias en el sector público y en el privado siempre que la medida utilizada sea proporcionada y efectiva para evitar los abusos. Las medidas, por tanto, deben garantizar que se consiga la estabilidad en el empleo, sin que la norma comunitaria establezca diferencias por el carácter público o privado del empleador.

De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensa-

.....

32 Y ello pese a que el art. 70 del EBEP establezca la obligación de ejecutar la oferta de empleo público en el plazo improrrogable de tres años para plazas de nuevo acceso. No se prevé en dicho precepto ninguna medida sancionatoria en caso de incumplimiento del plazo mencionado ni tampoco previsión ni consecuencia para los empleados públicos que desempeñen sus funciones profesionales en la Administración durante largo tiempo.

33 Al respecto, véase, MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza”, *Revista de Derecho Social* nº 84, págs. 217 y ss; también, ALFONSO MELLADO, CL.: “¿Interino indefinido? Dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018”, *Revista de Derecho Social* nº 84, págs. 147 y ss.

ble poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Para que una normativa nacional, de conformidad con el Derecho de la Unión, prohíba de forma absoluta la transformación de un contrato de duración determinada en uno indeterminado en caso de sucesión de contratos temporales debe obedecer a que dicho ordenamiento jurídico interno cuente ya, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o nombramientos de duración determinada.

En esta línea, una reciente doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, contenida en la sentencia de 26 de septiembre de 2018<sup>34</sup>, ha considerado que la sanción adecuada frente al abuso en la contratación temporal de los funcionarios interinos es la no finalización de la relación entre las partes, manteniendo pues los derechos profesionales y económicos de los empleados, si bien niega una asimilación a la situación de trabajador indefinido no fijo existente para el personal laboral<sup>35</sup>. No obstante, pese a esta negativa a establecer una asimilación con el personal laboral, resulta obvio que las consecuencias son las mismas, es decir, la continuidad de la relación laboral hasta la amortización o cobertura reglamentaria definitiva, sin perjuicio de las matizaciones que se verá en materia de indemnización<sup>36</sup>.

Surge así, en consecuencia, una nueva figura de creación jurisprudencial al estilo de lo ocurrido con la figura del trabajador indefinido no fijo en régimen laboral. Los empleados temporales laborales o funcionariales podrán mantener vivo el vínculo con su empleadora frente a situaciones de abuso en la contratación o nombramiento temporal. El funcionario interino temporal también deviene funcionario interino indefinido hasta la cobertura definitiva de la plaza ocupada, en salvaguarda, por un lado, de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública y, por otro, del derecho a la estabilidad y seguridad del empleado público y de las exigencias de la normativa europea respecto de la evitación de abusos.

La diferencia entre uno y otro régimen jurídico es, de momento, que el contrato del trabajador indefinido no fijo precisa el abono de la indemnización tasada en el ordena-

.....

34 RJ 2018/4062-.

35 SSTs de 26 de septiembre de 2018 –RJ 2018/4062-. Tales sentencias se presentan contra el Servicio Vasco de Salud –rec. nº 785/2017- y contra el Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz –rec. nº 1305/2017-.

36 Resulta curioso que las mencionadas sentencias prevean la aplicación del artículo 7 del Código Civil, el cual señala que “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. 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”. Se reconoce, pues, la posibilidad de fijar una indemnización de daños y perjuicios a fijar en el proceso. No obstante, señala que el concepto de daño y perjuicio debe estar ligado a la situación de abuso “no a hipotéticas “equivalencias” al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”

miento<sup>37</sup> mientras que la del funcionario interino indefinido dependerá de la reclamación de daños que, en su caso, se plantee por el empleado público. Téngase en cuenta que, entre las medidas propuestas por la Directiva, no se incluye el pago de una indemnización como medida desincentivadora de la contratación temporal, sin perjuicio de que si la legislación nacional la establece, esta deba ser eficaz y, además, no menos favorable a las aplicables en situaciones similares reguladas por el ordenamiento interno (principio de equivalencia). Así, aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco<sup>38</sup>

La problemática gira ahora sobre una concreta condición de trabajo: la indemnización por finalización del mismo<sup>39</sup>. La existencia de tal indemnización solo se prevé en la contratación bajo régimen laboral, aunque no en todas las modalidades contractuales temporales. El legislador español introdujo dicha indemnización para adaptarse a la Directiva 1999/70/CE, pero lo hizo solo para dos de las tres modalidades contractuales de contratos temporales legalmente admitidos, esto es, para el contrato para obra o servicio determinado y el contrato eventual, excluyendo expresamente a los contratos de interinidad, tanto por sustitución de un trabajador con derecho de reserva de puesto de trabajo como por cobertura de vacante mientras dura el procedimiento para ello.

De la intervención en esta materia por parte del TJUE se deduce que la fijación de dicha indemnización no parece ser una medida acorde con la finalidad que deben garantizar los Estados conforme a la Cláusula 5 de la Directiva. Nuestro TS, por su parte, entiende en su sentencia de 13 de marzo de 2019, respecto del contrato de interinidad por sustitución, que “la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los [contratos para obra o servicio o los eventuales], no solo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto la misma, precisamente, por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento”. Considera, pues, que la única medida

.....

37 Al respecto, STJUE de 21 de noviembre de 2018, *Diego Porras*, C-619/17, y la reciente STS de 13 de marzo de 2019 –JUR 2019/103968– que para el supuesto del contrato de interinidad por sustitución entiende que no cabe ni la indemnización de 20 días por año trabajado en caso de despido objetivo ni la indemnización de 12 días por año correspondiente a otras modalidades contractuales temporales por fin de contrato. No obstante, se está a la espera de un próximo pronunciamiento del TS en relación con la indemnización debida en caso de interinidad por vacante.

38 Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04; de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04; de 7 de septiembre de 2006, *Vassallo*, C-180/04, y de 3 de julio de 2014, *Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, y el auto de 11 de diciembre de 2014, *León Medialdea*, C-86/14.

39 STJUE 14 de septiembre de 2016, *Asunto Diego Porras*, C- 595/14.

adoptada en nuestro ordenamiento para satisfacer la Cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días”. La justificación de tal doctrina se sustenta en que “por más que, *a priori*, pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a la reserva de trabajo”.

Añade este pronunciamiento que es decisivo entender que el puesto de trabajo ocupado temporalmente por el interino por sustitución no desaparece y que, además, debe garantizarse el derecho al trabajo de la persona sustituida y “nada de ello concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET”. Se concluye, por tanto, que el contrato de interinidad por sustitución de otro trabajador que tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo no genera, en caso de extinción, indemnización alguna, volviendo a la situación jurídica existente antes de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Diego Porras*, C-596/2014<sup>40</sup>. En todo caso, el TS no se ha pronunciado aún sobre la interinidad por vacante -en cuyo caso no resultarían de aplicación los argumentos mencionados-, ni tampoco sobre la polémica de la larga duración de los contratos temporales tal como sí hace la STJUE de 5 de junio de 2018, *Asunto Montero Matías*, C-677/16 respecto de la interinidad por vacante. Supone ello, en definitiva, que la controversia jurídica se mantendrá abierta e interesante durante más tiempo.

### 3.2. Otros privilegios de la Administración Pública en la relación laboral de empleo público

Junto a los mencionados privilegios en relación a la contratación o nombramiento de personal temporal, también existen otras prebendas o especialidades que, de manera más o menos visible, han favorecido al empleador público en materia de empleo. Pueden mencionarse, por ejemplo, el carácter restrictivo de la aplicación en la Administración Pública de las reglas específicas sobre encadenamiento de contratos temporales<sup>41</sup>, o la garantía

.....

40 Recuérdese que este pronunciamiento entendió que para el caso de extinción de un contrato de interinidad debía abonarse una indemnización de 20 días de salario por año por tratarse de un supuesto equiparable a un despido objetivo.

41 La Disposición Adicional décimoquinta del ET dispone que “3. Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley”.

de readmisión existente solo para el personal laboral fijo –y no temporal o indefinido no fijo<sup>42</sup>- en supuestos de despido disciplinario injustificado -y no en caso de despido objetivo o colectivo-, así como la posibilidad que existía en el antiguo art. 52 e) del ET de extinguir a menor coste contratos indefinidos vinculados a proyectos de carácter finalista financiados por otras Administraciones Públicas<sup>43</sup> -causa actualmente englobada en la Disposición Adicional décimosexta del ET<sup>44</sup>- o, también, la posibilidad de inaplicar lo pactado en convenios o acuerdos colectivos por razones de interés general apreciado por la propia Administración parte del acuerdo.

El empleador público, además, ha pretendido atribuirse otras ventajas o beneficios a través de normas adjetivas o presupuestarias que le permitan no aplicar la normativa laboral protectora de los derechos de los trabajadores en supuestos como la sucesión empresarial o el rescate de servicios públicos<sup>45</sup>. Ello se aprecia claramente en la LPGE de 2017 cuyas Disposiciones Adicionales Vigésimo Sexta y Trigésimo Cuarta intentaron impedir

.....

42 Señala el art. 96.2 del EBEP que “procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”. Sobre la diferente consecuencia jurídica entre el personal temporal y el fijo, el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa planteó mediante el Auto de 26 de enero de 2017 –AS 2017/95- una cuestión prejudicial al TJUE. Al respecto, véase la STJUE de 2 de julio de 2018, Asunto C-96/17, Vernaza Ayovi, en la que sorpresivamente señala que el Derecho de la UE no se opone a que el despido disciplinario improcedente de un empleado público fijo desemboque en la readmisión sin que ello ocurra cuando el empleado es temporal o indefinido no fijo. Considera que las exigencias del empleo público español (igualdad, mérito, capacidad), las notas predicadas de la entidad empleadora (imparcialidad, eficacia, independencia) y su mejor acomodo con un empleo estable justifican el diverso régimen. Entiende, en definitiva, que esa desigualdad está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. Sobre esta temática puede verse a MONEREO PÉREZ, JL y ORTEGA LOZANO, PG.: “Sobre la diferencia de trabajo entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión in natura)”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 193 y ss.

43 La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, adicionó una nueva causa de despido objetivo específica para la Administración Pública. Así, su art. 3 estableció que «e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.»

44 Sobre esta Disposición véase MARÍN ALONSO, I.: “La causa “económica” en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, AA.VV., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, coord. Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz, 2015, págs. 255 y ss.

45 Sobre esta temática puede verse, entre otros, a DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho* nº 17, 2016, págs. 112 y ss; REVILLA ESTEVE, E.: “Problemas actuales del régimen del personal en contrataciones de obra y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral* nº 16, 2016, págs. 87 y ss; ALFONSO MELLADO, CA.: “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *Revista de Derecho Social* nº 73, 2016, págs. 25 y ss; TRILLO PARRAGA, FJ.: *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017; MONEREO PÉREZ, JL y FERNÁNDEZ BERNAT, JA.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresas (el caso Piscarreta Ricardo)”, *La Ley*. Unión Europea nº 53, 2017 (versión electrónica La Ley 16998/2017) y RAMOS MORAGUES, F.: “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* nº 3, 2018, págs. 106 y ss;

que las Administraciones Públicas asumieran como personal laboral indefinido no fijo a los trabajadores asumidos por las mismas provenientes de tales supuestos<sup>46</sup>. Tales disposiciones provocaron una importante confusión respecto de la propia clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas pues parecían introducir una figura nueva o, al menos, una situación anómala respecto de este personal pues, pese a que la Administración Pública está obligada a mantener los derechos laborales de los trabajadores que asume en virtud de ley<sup>47</sup> –v. gr. el pago de la retribución–, pretendían no atribuir la condición de personal propio de las mismas, es decir, introducir un nuevo tipo de empleado sin encajar en el art. 8 del EBEP<sup>48</sup>.

A este respecto, la STC de 31 de octubre de 2018 ha declarado inconstitucional tales preceptos por entender que aunque las leyes presupuestarias tienen por objetivo la contención del gasto público<sup>49</sup>, la intromisión en la calificación del personal al servicio de la Administración Pública excede del contenido eventual de este tipo de normas<sup>50</sup>. Solo una

.....

46 Véanse la DA 26ª apartado 1 a) y b) y la DA 34ª, apartado 2. Sobre la nulidad de estas disposiciones véase la STC de 31 de octubre de 2018 centrada en establecer los límites que deben respetar las leyes presupuestarias. El debate gira sobre el requisito de la vinculación necesaria del contenido eventual con los gastos e ingresos públicos, recalándose que dicha conexión debe ser «inmediata y directa». Esto significa que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas «cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es solo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos» [STC 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 4 a)]. Téngase en cuenta que, además, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos para 2019 modificó en su DA 34ª a las disposiciones de la anterior ley presupuestaria.

47 La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, garantiza la estabilidad en el empleo ante la novación del sujeto adjudicatario y, en consecuencia, recoge la obligación de subrogación en los vínculos de trabajo por parte del nuevo empleador que se haga cargo de la contrata o concesión, asumiendo, así, la plena aplicación del artículo 44 del ET. Sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 51, 2018.

48 Téngase en cuenta que ello generaba una vacío respecto de la naturaleza laboral que adquirirían los trabajadores afectados por la sucesión de empresa, pues conforme a la doctrina del TC, las AAPP están obligadas a respetar lo dispuesto en la normativa laboral sobre sucesión empresarial (SSTC 27/1981, de 20 de julio y 46/1990, de 15 de marzo). Ello generaría, en consecuencia, una categoría específica de personal con una importante inseguridad jurídica.

49 El contenido de las leyes de presupuestos está constitucionalmente determinado, a partir de su función como norma que ordena el gasto público (art. 134 CE). Al respecto, véanse las SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 9; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 4; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4; 9/2013, de 28 de enero, FFJJ 3 y 4; 86/2013, de 11 de abril, FFJJ 4 y 5; 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 2 b); 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5; 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 4 a); 123/2016, de 23 de junio, FJ 3. Conforme a la STC de 31 de octubre de 2018, el contenido esencial de las leyes presupuestarias está integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que el gasto público se concreta, esto es, el presupuesto en sí. Este contenido es esencial, porque conforma la identidad misma del presupuesto, por lo que no es disponible para el legislador. No obstante, “cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos alberguen otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, que hemos denominado “contenido eventual” o no imprescindible, si bien de forma limitada, lo que encuentra una justificación precisa en la Constitución y, en concreto, el propio principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), esto es, en “la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina” (STC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5)”.

50 La STC 152/2014, de 24 de septiembre (F J 4 ) ya señaló que “si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que éstas guarden la suficiente conexión (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)”.

norma sustantiva podrá, en su caso, establecer dicha ventaja para la empleadora pública con la correspondiente merma de garantías para los trabajadores.

#### 4. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO EN LA DOCTRINA DEL TJUE Y EL TC

Los privilegios de la empleadora pública en la gestión de sus recursos humanos y la convivencia de personal sometido a regímenes jurídicos diversos ha ocasionado, en la práctica, importantes conflictos entre los empleados públicos desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo ya que este presume la existencia de un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual en situaciones de hecho iguales o, en otros términos, a que situaciones de hecho idénticas tengan las mismas consecuencias jurídicas, salvo que exista una justificación suficiente para la diferencia y esta aparezca fundada y razonable de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas<sup>51</sup>.

La igualdad reconocida en el art. 14 CE no solo exige igualdad en la «aplicación de la ley» sino, también, en el «contenido de la ley», identificándose la primera con el principio de legalidad que no admite distinciones no previstas en la ley y, la segunda, con el tratamiento del individuo por su pertenencia a un grupo, es decir, en el entendimiento que no puede tratarse de manera igual a todos los individuos, sino que se ha de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es por ello que el principio de igualdad requiere un término de comparación donde incardinar el trato desigual ante la ley. El factor relacional es connatural al principio de igualdad y precisa, además, que la existencia de diferencias sea lo suficientemente relevantes para fundamentar el trato diferente entre ellos. En este sentido, conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Constitucional, los conflictos motivados por las diferentes condiciones de trabajo entre funcionarios y laborales al servicio de la Administración Pública no han prosperado por existir causa justificadora de la diferencia, es decir, por tratarse de relaciones jurídicas sometidas a naturaleza jurídica diferente<sup>52</sup>, cercenando cualquier posibilidad de comparar las con-

51 En detalle, MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y o discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 217 y ss.

52 ATJUE 11 de noviembre de 2010, *Asunto Vino*, C-20/10.

diciones de trabajo de los funcionarios públicos con las de los empleados públicos laborales<sup>53</sup>.

Ello no ha impedido, pese a todo, que dicho principio haya evolucionado por obra de la jurisprudencia del TJUE<sup>54</sup> y de nuestro TC<sup>55</sup> y se visualice ahora en cualquier relación subordinada de trabajo, es decir, con independencia del particular régimen jurídico al que se encuentre sometida la prestación de trabajo. Un claro ejemplo de esto último puede apreciarse en el marco de la contratación de duración determinada pues, conforme al Acuerdo Marco celebrado entre la CES, la UNICE y la CEEP incorporado a la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio, sobre contratos de duración determinada, se prohíbe la discriminación en condiciones de trabajo tanto en los nombramientos temporales públicos (funcionarios interinos y eventuales) como en la contratación laboral temporal (interinos, eventuales, contratados para obra o servicio determinado o contratos formativos)<sup>56</sup>, dando lugar a

.....

53 Véase la STJUE de 18 de octubre de 2012, *Asunto Valenza* y otros, STJUE de 13 de marzo de 2014, *Asunto Nierodzik* y STSJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto de Diego Porras*.

54 Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse. Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas.

55 SSTC 71/2016, de 14 de abril y 149/2017, de 18 de diciembre. Supera así la doctrina asentada en STC 9/1995, de 16 de enero y ATC 63/1996, de 12 de marzo. Con anterioridad, véase la STC 7/1984, de 18 de enero. Este último pronunciamiento señalaba que “los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho, entre las que, en principio, no puede erigirse ex art. 14 CE un absoluto tratamiento igualitario, resultado así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración”.

56 El punto de inflexión en el ámbito de la Administración Pública lo encontramos en las Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse. Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas.

una bienvenida evolución que pretende poner fin a los abusos del empleador público<sup>57</sup>, particularmente, en sectores donde la precariedad es un mal endémico del sistema<sup>58</sup>.

#### 4.1. El papel de la doctrina del TJUE en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en la Administración Pública

La evolución sufrida en esta materia se debe, sin duda, a la doctrina del TJUE, la cual ha extendido el concepto de «condición de trabajo» a diversos elementos de la relación laboral o de empleo siempre que, de algún modo, repercutan directa e indirectamente en ella como, por ejemplo, la retribución<sup>59</sup>, el reconocimiento de antigüedad y promoción profesional<sup>60</sup>, el tiempo de preaviso en caso de despido<sup>61</sup>, el disfrute de servicios especiales para el ejercicio de cargo público<sup>62</sup> e, incluso, la existencia de indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo y su cuantía como se establece en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto *Diego Porras*, C-596/14. Sobre esta última cuestión, retoman la polémica las STJUE de 5 de junio de 2018, Asunto *Montero Mateos*<sup>63</sup>, C-677/16 y de 21 de noviembre de 2018<sup>64</sup>, Asunto C-619/17, como consecuencia de la cuestión prejudicial presentada por la

57 Véanse al respecto la STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto *Adelener y Otros*, C-212/04; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Asuntos *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09; STJUE de 26 de noviembre de 2014, Asunto *Mascolo y otros*, C-22/13. Más recientemente, la STJE de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, evidencia la discriminación existente entre funcionarios interinos y de carrera cuando al temporal no se le permite participar en un Plan de Evaluación Docente previsto exclusivamente para los funcionarios de carrera en la normativa interna española; también la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Vega*, C-158/16

58 Según datos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, la temporalidad en la Administración Pública española en 2017 alcanzaba, con carácter general, a 300.000 empleados, correspondiendo un 30% a sanidad, un 25% a la Administración de Justicia y un 20% en la enseñanza no universitaria, y ello pese a que, a través del Diálogo Social con los representantes de los empleados públicos, se hubieran adoptado medidas tendentes a reducir la tasa de contratación temporal. Por su parte, el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 30 de marzo de 2017 propuso, entre sus objetivos, la conversión paulatina de los trabajadores interinos en indefinidos y reducir la tasa de temporalidad al 8% en tres años, principalmente en sanidad, docencia y justicia. En esa dirección puede verse el RD 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2017.

59 STJE de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, sobre la participación de un funcionario interino en un Plan de Evaluación Docente previsto exclusivamente para los funcionarios de carrera en la normativa interna española.

60 STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, donde se señala que el no cómputo a los funcionarios de los servicios prestados mediante vinculación temporal previa se opone a la normativa comunitaria; también, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-144/09 y C-456/09. Sobre el derecho a la promoción pueden verse las recientes SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2019 –RJ 2019/864–, de 21 de febrero de 2019 –RJ 2019/612– o de 8 de marzo de 2019 –Jur 2019/91726–, entre otras

61 Véase la STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, C-38-13.

62 Véase la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Vega González*, C-158/16.

63 Este pronunciamiento concluyó que el objeto específico de las indemnizaciones previstas en el art. 49.1.c) y en el art. 53.1.b) ET, respectivamente, tiene origen en contextos fundamentalmente diferentes, lo que constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida, considerando que la regulación española no se opone al Derecho comunitario. No obstante, consciente la Sala del riesgo de fraude en la contratación de la interina, advierte en el apartado 64 de la Sentencia, que «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

64 Este pronunciamiento declare que: «1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo,

Sala IV del Tribunal Supremo en el procedimiento de Diego Porras contra el Ministerio de Defensa<sup>65</sup>. Insiste en esta condición de trabajo el último pronunciamiento del TS sobre la materia (STS de 13 de marzo de 2019<sup>66</sup>), la cual intenta zanjar, sin éxito, dicha polémica pues mantiene abiertas otras cuestiones para el debate, relacionadas principalmente con la suficiencia del carácter disuasorio o la efectividad de las medidas implantadas para evitar el abuso en la contratación temporal. En todo caso, se clarifican dos aspectos importantes: por un lado, que no existe diferencia indemnizatoria entre un trabajador temporal y otro indefinido comparable en los supuestos de extinción objetiva *ex art.* 52 del ET en la medida que ambos generan el derecho a percibir 20 días de salario por año trabajado y, por otro lado, que tampoco existe diferencia amparada en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE entre las distintas categorías de trabajadores de duración determinada pues éstas, entre sí, no son comparables<sup>67</sup>.

La delimitación del trabajador comparable se encuentra en el apartado 2 de la Cláusula 3 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE que señala que «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» es “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo



de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva. 2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición. 3) En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.”

65 Auto de 25 de octubre de 2017 –RJ 2017/4698-.

66 Rec. n° 3970/2016.

67 Sobre esta materia puede verse MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador indefinido no fijo y condiciones de trabajo en régimen de interinidad”, Trabajo y Derecho n° 30, 2017, págs. 34 y ss.

centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”. La aplicación de dicha Cláusula en nuestro ordenamiento resulta compleja debido a que, como vimos, coexisten distintos tipos de personal y regímenes jurídicos diferenciados, aunque debe tenerse claro que el «trabajador fijo comparable» de un empleado público temporal sometido a Derecho Público (eventual o interino) es, sin duda, el funcionario de carrera, tal como se constata en la doctrina del TJUE, mientras que el trabajador fijo comparable del empleado público en régimen laboral es, en principio, el trabajador fijo, sin que haya un posible elemento comparativo entre distintas categorías de contratos temporales entre sí.

Pero, el punto de inflexión para el avance del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la Administración Pública lo encontramos en las Sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Cerro Alonso*, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos<sup>68</sup> ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse.

Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas; el TJUE no apreció la existencia de razones objetivas en que fundamentar la distinción de trato y

.....

68 Respecto de este complemento de formación permanente puede verse la reciente STS de 1 de diciembre de 2016, núm. 1033/2016, referida a un colectivo con una regulación específica como es el profesorado de religión en las escuelas públicas. Este colectivo, según la DA 3ª de la LO 2/2006, de Educación, se regirá por la normativa laboral, siéndole de aplicación el TRET y los convenios colectivos, además de los preceptos del TREBEP que expresamente le sean de aplicación (art. 7 TREBEP). No obstante, la misma DA de la LOE establece que “estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”. En base a ello, la STS de 1 de diciembre, entiende, cambiando el criterio seguido hasta el momento, que la LOE no debe aplicarse supletoriamente y establece el derecho a percibir dicho sexenio por los profesores de religión. Véanse también las SSTS de 15 de enero de 2013, rec. 1152/2012 y de 22 de diciembre de 2014, rec. 1958/2012.

ello pese a que nuestro Tribunal Constitucional hubiera admitido en alguna ocasión el establecimiento de derechos diferenciados entre los mismos<sup>69</sup>.

#### 4.2. La intervención del TC en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo en el empleo público

Los Tribunales ordinarios españoles han sido, en ocasiones, reacios a aplicar la doctrina europea en materia de contratación temporal, olvidando que los derechos de los particulares no derivan de las propias sentencias, sino de las disposiciones del Derecho Comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno. El principio de primacía del ordenamiento comunitario obliga a los Jueces y Tribunales de los Estados miembros a inaplicar una disposición nacional, ya sea posterior o anterior al derecho de la Unión, cuando esta es incompatible con el Derecho comunitario, permitiendo así el control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea. Por ello, el Tribunal Constitucional español, pese a que la contratación temporal pública no reviste, en principio, relevancia constitucional, empieza a tomar protagonismo en el asunto en la medida en que la diferencia de trato puede vulnerar los derechos fundamentales del ciudadano, particularmente, el derecho de tutela judicial efectiva y el derecho de igualdad y no discriminación.

Asimismo, la intervención del TC en esta materia se basa en que el propio Tribunal entiende que el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tiene relevancia constitucional y le corresponde a él salvaguardar su cumplimiento cuando no lo hacen los órganos judiciales ordinarios. Así, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, confirma la vulneración del mismo cuando los Tribunales internos no respetan el principio de primacía del Derecho de la Unión, considerando que cuando existe una interpretación auténtica y reiterada en la materia por el TJUE, y los tribunales ordinarios no aplican dicha doctrina, se produce una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso” que vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En el mencionado pronunciamiento se dilucidaba el derecho de los funcionarios interinos a percibir un sexenio en concepto de formación permanente que, por ley, solo percibían los funcionarios de carrera. A este respecto, el TC entiende que denegar el reconocimiento de un complemento retributivo a los funcionarios interinos sin

.....

69 Ya con anterioridad el TC se pronunció sobre el trato desigual dispensado a funcionarios interinos respecto de funcionarios de carrera en relación al disfrute de las excedencias por cuidado de hijo. Llama la atención que las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, consideraran que para tener derecho a las mismas por los funcionarios interinos debía tratarse de una interinidad de larga duración, considerando tal aquéllas que se prolongaba, al menos, durante cinco años. Al respecto, véase SOLÍS PRIETO, C.: “Funcionarios interinos y excedencias por cuidado de hijos: crónica de un debate por resolver”, AAVV., *Cuestiones laborales de actualidad*, Dykinson Madrid, 2013, págs. 337 y ss.

una razón objetiva y razonable basada en la prestación del servicio y no, por tanto, en la duración del contrato, vulnera la doctrina reiterada por el TJUE.

Por otro lado, la STC (Pleno) 71/2016, de 14 de abril, aborda directamente el análisis del principio de igualdad en el empleo público y declara que resulta inconstitucional establecer diferencias entre el personal laboral indefinido y el temporal basadas meramente en la relación de empleo con las Administraciones Públicas y no en la naturaleza del trabajo. Se insiste en que la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, por sí misma, una razón objetiva que justifique un trato diferente entre el personal de las Administraciones Públicas y se afirma, además, que la existencia de una norma legal o convencional, general y abstracta que permita la diferencia, no permite justificar, por sí misma una diferencia de trato entre personal con un contrato de duración determinada y otro personal de carácter fijo o indefinido. El principio de igualdad y no discriminación en el empleo público se entiende así en los mismos términos y con el mismo alcance que en otros ámbitos laborales pues el art. 14 CE no excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones de empleo público, ya se encuentre esta sometida al Estatuto de los Trabajadores o al Estatuto del Empleado Público. En tal sentido, los diferentes Estatutos pueden regular derechos y obligaciones de los empleados públicos, pero siempre deben cumplir con el mandato constitucional de no discriminar a unos u otros por causas no justificadas y objetivas dentro de su propio régimen jurídico.

Por último, la STC 149/2017, de 18 de diciembre de 2017, se pronuncia también sobre la vulneración del principio de igualdad constitucional cuando se trata de manera desigual a trabajadores temporales interinos respecto de trabajadores fijos con ocasión de la permuta de puestos de trabajo, y ello pese a la existencia de un convenio colectivo que permitía dicho trato desigual. Advierte el TC que la empleadora pública y los tribunales ordinarios denegaron la petición de permuta basándose exclusivamente en la circunstancia de carecer de la condición de personal fijo y en el entendimiento de que existía una razón objetiva para el trato desigual consistente en que “el personal interino por vacante, por definición, ocupa una plaza vacante, sin que pueda pretender ocupar otra plaza que no sea la identificada en el contrato” y que “la concesión de la permuta supondría una irregularidad reglamentaria en la medida que se permitiría ocupar a un “temporal” una plaza distinta a la determinada en el contrato de interinidad, impidiendo a un “fijo” la cobertura de la vacante generada”<sup>70</sup>. El TC reitera en este pronunciamiento los requisitos que definen la doctrina constitucional respecto del principio de igualdad: primero, que el derecho de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 de la CE no implica en todos los casos un

.....

70 En este pronunciamiento también se alegó, con carácter supletorio, la vulneración del derecho a ponderar la conciliación de la vida laboral y familiar pues las trabajadoras solicitantes acreditaron la existencia de responsabilidades familiares.

tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; segundo, que las diferencias no justificadas objetiva y razonablemente entre situaciones que puedan considerarse iguales vulneran el principio de igualdad; tercero, que la desigualdad de trato no puede basarse en elementos diferenciadores arbitrarios, artificiosos o carentes de justificación razonable o de valor generalmente aceptado y, cuarto, que el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte “objetivamente justificada”, sino también que supere un “juicio de proporcionalidad” en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Conforme a ello, el TC entiende que “no resulta compatible con el art. 14 CE un tratamiento –ya sea general o específico en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo– que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida. Así, no es dable identificar a estos últimos como los que tienen un “estatuto de trabajador pleno” en la empresa en contraposición a los primeros, entendidos como aquellos que poseen un “estatuto más limitado o incompleto”. Añade que “la modalidad de la adscripción temporal o fija a la empresa no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento de esos dos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, y haría de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por la temporalidad de su empleo”<sup>71</sup>. Se aprecia así, en definitiva, una penosa pero notable evolución en la protección de los derechos de los empleados públicos, quedando pendiente dar el salto a la valoración de los mismos desde la perspectiva de la relación subordinada sin atributos, es decir, sin atender la naturaleza jurídica de cada una.

**INMACULADA MARÍN ALONSO**

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

*Universidad de Sevilla*

.....

71 En la doctrina judicial ordinaria más reciente puede verse la STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2017 –AS 2018/402- y STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2019 –AS 2019/998.

# THE NEW OBLIGATION FOR COMPANIES IN SPAIN: WORKING TIME REGISTRATION. INNOVATION OR REGRESSION?<sup>1</sup>

Una nueva obligación para las empresas en España: registro del tiempo de trabajo.  
¿Innovación o regresión?

**ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN**

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

*Universidad Francisco de Vitoria*

**PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS**

*Profesora Universidad Loyola Andalucía*

Fecha de recepción: 12/06/2019

Fecha de aceptación: 13/07/2019

**SUMMARY.** 1. THE CONTROL OF THE DAY ON THE CONTEXT OF FLEXIBILIZATION OF THE WORKDAY: INTRODUCTION AND BACKGROUND. 1.1. The mandatory registration of working hours and article 35.5. ET: the criteria of the Spanish National High Court. 1.2. A new twist from the Spanish Supreme Court in terms of registration of the workday: Court Sentence pf 23 of March 2017. 2. THE CORPORATE OBLIGATION TO CONTROL THE DAILY WORKING DAY: THE RD 8/2019. 2.1. Registration of the Working Time and Working Day: Judgment of the Court of Justice of the European Union May 14, 2019 3. THE COICHE OF THE HOUR REGISTRATION SYSTEM: LIMITS. 4. GOING AROUND WITH THE EFFECTIVE WORKIGN TIME AND THE

.....  
1 The original publication of this article it's in the number. 53, Revista Derecho y Sociedad, 2019. Lima (Perú). Red de estudio y difusión del impacto de las nuevas TICS en la empresa. Ref.: DER2017-90700-REDT. Financiación de la Agencia Estatal de Investigación. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (España).

DAILY REGISTRATION OF THE WORKING DAY 5 THE REGISTRATION OF THE WORKING DAY IN SITUATIONS OF HOUR FLEXIBILITY. 6. AN ADVANCE IN THE REGISTRATION OF THE WORKING DAY: NEW INSTRUCTIONS OF THE LABOR INSPECTION. 7. COLLECTIVE BARGAINING. 8. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

**ABSTRACT:** The new Spanish regulation establishing compulsory hourly registration systems for employees in all types of companies and activities is generating intense debate about its practical usefulness and, above all, whether it goes against the new forms of employment and the flexibility the new world of work/employment world is demanding.

**RESUMEN:** La nueva regulación establecida en España estableciendo sistemas obligatorios de registros horarios para los empleados en todo tipo de empresas y actividades, está generando un debate intenso sobre su utilidad práctica y, sobre todo, si va en contra de las nuevas formas de empleo y la flexibilidad que están demandando el nuevo mundo del trabajo.

**KEY WORDS:** Working time registration, working time, business obligation, working flexibility and flexible working time.

**PALABRAS CLAVE:** Registro de jornada, tiempo de trabajo, obligación empresarial, horario flexible.

## 1. THE CONTROL OF THE DAY ON THE CONTEXT OF FLEXIBILIZATION OF THE WORKDAY: INTRODUCTION AND BACKGROUND

The labor market is undergoing truly transcendental changes, many of them aimed at the pursue of a greater productivity and competitiveness. In this sense, the development of flexibility policies in the workday has sought out in the new information society and in a service economy, a reaction against the culture of many organizations anchored in industrial models of the last century in which control, authority and hierarchy prevailed. The “presenteeism” and the hourly stiffness become in the present time reactive factors against the policies of work-life balance. Therefore, the need to address the interpretation and application of the rules according to the time in which they are projected results not only a legal requirement but also a sign of rationality.

The matter of time control has a certain tradition in the international arena. Two ILO Conventions, certainly old, collect the abovementioned obligation but refer to the laws of the member states. On the one hand, ILO Convention No. 1 on Hours of Work (Industry) of 1919, establishes in its art. 8 the company’s obligation to “to keep a record in the form prescribed by law or regulation in each country of all additional hours worked in pursuance of Articles 3 and 6 of this Convention” and, on the other hand, the ILO Convention No. 30 on Hours of Work (Commerce and Offices) of 1930, which, in its art. 11.2, also requires “to keep a record in the form prescribed by the competent authority of all additional hours of work performed in pursuance of paragraph 2 of Article 7 and of the payments made in respect thereof.” More recently, the Directive 2003/88/EC of the European Parliament and Council, of the 4<sup>th</sup> of November, concerning certain aspects of the organization of working time, also refers to the registration of hours for a specific case. Precisely, it establishes in its art. 22 that “(...) a Member State shall have the option not to apply Article 6 (which prescribes that the average working time for each seven-day period, including overtime, does not exceed 48 hours), while respecting the general principles of the protection of the safety and health of workers, and provided it takes the necessary measures to ensure that: c) the employer keeps up-to-date records of all workers who carry out such work; d) the records are placed at the disposal of the competent authorities, which may, for reasons connected with the safety and/or health of workers, prohibit or restrict the possibility of exceeding the maximum weekly working hours”.

In the time of the complete, fixed and regular industrial days, the only interested party of the control of the working day was the company, to verify the existence of absenteeism of the personnel. In the present time, where there is usual coexistence between full-time and part-time working time, in any of the variable and irregular cases, the control of the working day is not only a matter of interest for the company, but also for the workers that are in need of knowing how much they've worked, and especially of the legal representation of the personnel to be able to control possible excesses<sup>2</sup>. In line with that evolution, duties began to be demanded from the company in relation to overtime, in how registration was taking place and the duty to inform the legal representation of the workers<sup>3</sup>.

If we go back to the original Worker's Statute (1980) (*Estatuto de los Trabajadores*, abbreviation ET) we will verify that the beforementioned faculty of control of the company was not accompanied by a registration obligation other than in the case of overtime; the article 37.5 ET established at that time that "working overtime will be recorded day by day and it will be totalized weekly, handing a copy of the weekly summary to the employee in the corresponding receipt".

Law 11/1994, of May 19, proved to be the one that changed decisively, as compensation for the greater flexibility of working hours introduced in it, the wording of article 35.5 ET to go on to say that "for the purpose of calculating overtime, the workday of each worker will be registered day by day and will be totalized in the fixed period for payment of remuneration, handing a copy of the summary to the worker on the corresponding receipt". Note that overtime is no longer registered alone, but also "the working day of each worker", although - and here the question appears - "to the effects of the calculation of overtime".

It is precisely that lack of definition of the legal norm what led to the existence, as a result of the Law 11/1994, of two clearly opposite jurisprudential trends that we remind attending to each one to their respective arguments.

One of those jurisprudential trends maintained that, if in the company the workers were not doing any overtime, there was no obligation to keep track of the working day; according to this line of argumentation the modification run in article 35.5 ET by Law 11/1994 did not mean that the day of any worker should be registered day by day, regardless if the worker did or did not overtime, and that necessarily the company should hand a copy of the summary on the corresponding payroll, such record and summary, always for this line of argumentation, would not make sense when overtime is not performed, as

.....

2 Appeal 842/1998.

3 As stated by Lousada Arochena, J.F., "Registro y control de la jornada de trabajo", *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/85595, p. 3.

it would mean imposing an obligation on the company of general registration that would exceed the interpretation of art. 35.5 ET<sup>4</sup>.

The other jurisprudential trend argued on the contrary that it was a general obligation of the company, regardless of whether overtime was performed or not. This line of interpretation sustained that there has always been a need to pre-constitute the evidence regarding overtime, since the lack of registration made it practically impossible for the worker to fulfill the burden of proving worked overtime in trial. For this jurisprudential trend, the substantial change introduced in the wording of art. 35.5 ET by Law 11/94 was the establishment of the obligation to carry, for the purpose of calculating overtime, a daily record of the working day, which would be totalized in the fixed period for the payment of remuneration, with the obligation of handing a copy to the worker. Ultimately, given the difficulty of controlling its fulfillment, the obligation to register was considered the only method of control and evidence of overtime, because it would suffice to deny the existence of overtime to avoid the obligation to register, therefore it was considered that the Law 11/94 established an obligation to keep record of the work day (whether there was overtime or not), with the obligation to deliver to the worker along with the salary documents, the summary of worked hours. In summary, the new norm introduced flexibility but at the same time required a new regulation of the control mechanism<sup>5</sup>.

It should be recalled that RDL 16/2013 incorporated in the article 12 ET, as a new obligation, the existence in the companies of a daily record of the working hours of the part-time workers, “the working day for the part-time workers will be recorded daily and will be totalized on a monthly basis, handing a copy to the worker, together with the receipt of the salary, the summary of all the worked hours in each month, both the ordinary and complementary hours”. As a result, the company had to keep the monthly summaries of the records of the working days for a minimum period of four years. In case of non-compliance with the abovementioned obligation to keep registration, the contract will be presumed to be held full-time, unless proven in contrary to accrediting the partial nature of the services.

### **1.1 The mandatory registration of working hours and article 35.5. ET: the criteria of the Spanish National High Court**

Resolving Bankia’s well-known case, SAN 207/2015, of December 4, estimated the lawsuit and made double sentence to the company:

To establish a system of registration of the effective daily working hours of the workfor-

.....

4 STSJ Cataluña of 24<sup>th</sup> of October 2002, Appeal 5241/2002.

5 STSJ Andalucía of 16<sup>th</sup> of March 2001.

ce, which allows to check the adequate fulfillment of the agreed schedules, both in the sector agreement and in the company agreements that were applicable.

To transfer to the legal representation of the workers the information on worked overtime, in a monthly calculation, in accordance with the provisions of article 35.5 ET and the Third Additional Provision of Royal Decree 1561/1995 and article 32.5 of the Sectorial Savings Agreement.

The SAN considered that the day-to-day registry, with the consequent delivery of the abstracts of the working day of each worker, was the constitutive assumption to control the excesses of the working day, since these summaries could not contain the daily worked overtime, that only concurred when the ordinary day in annual calculation was exceeded, for which the only checking method was precisely the registration of the working day, being inadmissible to deny the fulfillment of these obligations just because overtime was not being done, since, if said criteria were admitted, the purpose of art. 35.5. ET, which was to ensure documentary proof of overtime to workers, would be totally empty of content.

We reproduce below some of the arguments in favor of the registration of the working day wielded by the AN<sup>6</sup> (Audiencia Nacional, abbreviation AN):

The obligation to keep record of overtime was empty of content if the follow-up or control of the working day was not being made by the worker, since the concept of overtime would only arise when the ordinary working day was surpassed, thus, cannot be argued that the fulfillment of the legal obligation of the company was satisfied when the company registered said overtime, since the qualification as such could only be possible “ex post”, that is, after certain amount of hours have been performed per day, per week, per month or per year.

It would always be necessary to know what working day is being provided in order to define at what point of compliance - by default or by excess – of such agreed ordinary working day it is, and consequently, whether or not part-time, the number of complementary hours or the limits of the ordinary working day has been exceeded in order to conceptualize excess as overtime.

It may well be that the workday was being exceeded but that would not imply the qualification of excess as overtime, given that the definition of this would be determined by the surpass of the weekly workday in annual calculation according to art. 34.1 ET, so the only way to know the surpass would be by the record of the effectively worked workday.

This AN doctrine had, logically, effects on the doctrine of appealing, reflecting in the



6 Sempere Navarro, A.V., “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal* number 6/2017 part Tribuna (BIB 2017/2115), p. 5; Preciado Doménech, C.H., “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del Tribunal Supremo”, BIB 2017/12614, p. 1.

STSJ Castilla León, Valladolid, 3<sup>rd</sup> of February of 2016<sup>7</sup> in regards to overtime in jobs worked from home, arguing that the work time at home was exactly the same as the work time performed outside of it. Its control is responsibility of the company, who has the obligation to keep record of the workday of their employee, handing copy of the summary to the worker in the corresponding receipt.

At the same time the Labor and Social Security Inspectorate (Inspección de Trabajo y de la Seguridad, abbreviation ITSS), started in 2016, between its action and performance plans, a campaign with the objective to intensify the law enforcement control in certain sectors in regards to time at work in general, and to the performance of overtime in particular. For which the institution issued the Legal Instruction 3/2016 concerning “Monitoring working time and overtime”. Said Instruction dealt with the establishment of specific rules about the need for a registration of the ordinary workday. According to this Instruction the absence of the daily workday registration was classified as a serious offense of the art. 7.5 LISOS<sup>8</sup>.

## **1.2. A new twist from the Spanish Supreme Court in terms of registration of the workday: Court Sentence pf 23 of March 2017**

The Court sentence of 23<sup>rd</sup> of March 2017<sup>9</sup> estimated the company’s appeal and substantially accepted the thesis sponsored by Bankia: the art. 35.5 ET regulates the performance of overtime and the establishment of a record in which the worked hours are noted in a daily basis, but without imposing the need to establish a record of the effective daily workday, nor that it allows to control the adequate compliance of the agreed schedules, regardless of the existence of overtime. Such conclusion was reached with significant opposition from the Chamber, that had 5 votes. Solution considered by the doctrine contrary to the provisions of art. 20.3 ET that empowers the employer to take the measures it deems appropriate to monitor and control the fulfillment of the labor obligations by its employees<sup>10</sup>. In its Obiter Dictum, the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo, abbreviation TS) made a specific acknowledgement that de “lege ferenda” a legislative reform would be appropriate to clarify the obligation to keep an hourly record and facilitate proof of worked overtime to the worker, but confirmed that de “lege data” that obligation did not exist.

To reach this conclusion, the Spanish Supreme Court linked the provisions of the art. 35.5 ET with the provisions regarding the contract of part-time employment and several

.....

7 Appeal 2229/2015.

8 Mercader Uguina, J.R., “Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas”, Trabajo y Derecho, number 25, Januray, 2016, pp. 4 and 5.

9 RCUD 81/2016.

10 For all, Sempere Navarro, A.V., “El registro...”, *cit*, pp. 9 and 10.

regulatory provisions (RD 1561/1995)<sup>11</sup>, such as Jurisprudence of the Fourth Chamber (Sala Cuarta) about article 35.5 ET as well as the European regulatory provisions on working time management and data protection. The Court also took account of the connection with the precepts of the LISOS (“neither is typified as infringement the absence of record-keeping...and not informing the workers of the hours spent in special workdays or breaching the merely formal or documentary obligations constitutes, solely, a minor offense, in the assumptions provided in art.6, number 5 and 6 of the abovementioned Royal Legislative Decree.

The interpretative arguments used by the majority vote have deserved doctrinal criticism, considering them unconvincing, for not taking into the purposes of the art. 35.5 ET in regards to health and safety environment, work-life balance and gender equality; being them focused on an interpretation made exclusively from an unfocused contractual perspective. The Spanish Supreme Court also looked at certain own jurisprudential precedents over art 35.5 ET that made clear that the sustained interpretation didn't have any precedent in their own doctrine<sup>12</sup>.

EU regulations were adopted as the basis for justification of the accepted solution; however, all reference of the regulation that was part of the EU Directive 2003/88 was omitted, which was regarding health and safety environment, leaving essential issues unattended, such as how companies were going to evaluate, prevent and avoid risks derived from the excesses of the working day if they did not have the obligation to keep record of it<sup>13</sup>.

The Spanish Supreme Court also turned to data protection to justify the no obligation of record keeping of the working day when the CJEU (Court of Justice of the European Union), in several resolutions, had validated much stricter solutions than the one imposed by art. 35.5 ET (in the case of the Portuguese legislation), stating that Directive 95/46 is not opposed to a national regulation that forces the employer to provide to the national relevant authority for the supervision of the working conditions in regards to time registration in order to allow an immediate consultation, as long as this was a necessary requirement for the proper execution of the relevant authorities of surveillance missions of the working conditions, especially in regards to overtime. Moreover, it contrasts with the flexible criteria used by the Spanish Supreme Court in terms of data protection with the strict and restrictive criteria regarding time control in the workplace<sup>14</sup>.

Therefore, the TS concluded that the obligation for the employer to keep a record was extended only to performed overtime<sup>15</sup>. However, the matter was left opened by the initia-

11 As stated by Lousada Arochena, J.F., “Registro y control...”, *cit.*, p.5.

12 See Sempere Navarro, A.V., “El registro...”, *loc cit.*

13 See Sempere Navarro, A.V., “El registro...”, *cit.*, p.5.

14 See Sempere Navarro, A., “Registro empresarial...”, *loc cit.*

15 See Sempere Navarro, A., “Registro empresarial...”, *ibidem.*

tive executed by the AN which in its Order of 19<sup>th</sup> of January 2018<sup>16</sup> decided to raise three preliminary questions to the CJEU, at the request of several unions that under European regulations had to be declared the obligation to implement a system of records keeping of the working day<sup>17</sup>.

According to the AN, out of the interpretation given by the TS of the art. 34 and 35 ET in regards to the lack of obligation to register the working day of a full-time worker, in practice it lacks a useful and objective proving method to accredit the hours worked above the ordinary working day; furthermore, the workers' representatives would also remain unable to check if the actual worked time by the employees exceeded or not the working day, and if weekly and daily breaks between days were respected; and finally, according to the AN criteria, neither an instrument would exist for the Labor and Social Security Inspectorate Institution to control whether or not workers exceeded the ordinary working day, or if they've given their consent to carry overtime.

In this context, the Instruction 1/2017, of the General Directorate of Labor Inspection and Social Security, complementary to the Instruction 3/2006, of March 21, on control intensification over working time and overtime<sup>18</sup>, took the doctrine of the Spanish Supreme Court on the absence of a regulatory imposition on the company to keep a record of the ordinary working day, while having expressed that despite this, the control of working time – the working day – “always has been and still continues to be possible even more so because it is one of the basic considerations of the employment contract”; in this sense, “the mere absence of registration of the working day does not cease the control function entrusted to the Labor and Social Security Inspectorate”. It's true that the control of the working day and the detection of noncompliance with the art. 34 and 35 LET remained an essential function for the Inspection, but the lack of a registration instrument complicated greatly their functions, more in a context in which technologies erased the classical limits in the matter of time and place of work. As stated in the Committee of the International Labor Conference that has evaluated the compliance with the rules on working time in 2018, the implementation of an effective registration of working time is one of the most important methods to control the compliance with the law in regards to time of work and the remuneration of overtime, and that is a big aid for the inspectors to ensure the compliance with the regulations of working time<sup>19</sup>.

In any case, based on the preceding arguments, the Spanish National High Court held that internal law would not guarantee the effectiveness of compliance with the mandates

.....

16 Number. Appeal: 252/2017.

17 See the Judiciary website: <file:///D:/DIGITALIZACIÓN%20ECONOMIA/AUTO%20AN%20repetido.pdf>.

18 See C.E.F Laboral-Social website: <http://www.laboral-social.com/sites/laboralsocial>.

19 International Labour Conference Report 107<sup>a</sup> Reunion, 2018: *General Survey concerning working-time instruments - Ensuring decent working time for the future*. International Labour Office, 2018.

regarding the organization of the working time provided for in arts.3, 5, 6 and 22 of the Directive 2003/88 EC, not even in the general nature of matters of health and safety environment by art. 4.1 of the Directive 1989/391, depriving the workers' representatives of the necessary sources of knowledge to be able to effectively exercise the powers that art. 11.3 of Directive 1989/391 entrusts them.

Pending the resolution of the questions referred by the AN, the conclusions of the General Attorney in such procedure, dated January 31, 2019, though not binding, they anticipated the future. Below we will reproduce a synthesis of these conclusions.

The GA in its conclusions of January 31, 2019<sup>20</sup> has proposed to the CJEU to declare that the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Directive 2003/88 impose on companies the obligation to implement a system of computation of the effective working day to full-time workers who have not expressly committed, individually or collectively, to overtime and those who don't have the status of mobile, navy, merchant or railroad workers, and they oppose to a national regulation that does not establish that obligation.

Precisely, it bases its criteria on the following elements:

First: if a work time calculation system isn't in place, it's not possible to determine with objectivity and certainty the amount of work actually done and its temporary distribution, neither isn't possible to differentiate between ordinary and extra hours of work and, consequently, to check in a simple and reliable way if the limits introduced by Directive 2003/88 are respected and to what extent.

Second: the absence of a calculating work time system makes it much more difficult for the worker to obtain judicial defense of the rights conferred by the Directive 2003/88, since he is deprived of a first essential probatory evidence.

Starting from the position of the workers' weakness, if that system doesn't exist, it will be extremely difficult, in the case of the employer requiring the performance of a work activity that exceeds the limits of the schedule of work established in that Directive, to apply effective remedies against such offending behaviors. Consequently, the absence of such system reduces considerably the effectiveness of the rights guaranteed to the workers by the Directive 2003/88, which would remain, essentially, at the discretion of the employer.

In summary, from all of the above, the GA extracts that the obligation to control the daily working time plays an essential role in order to fulfill the other obligations established in Directive 2003/88, such as the limits of the duration of the working day, the daily rest, the limits of the duration of the work week, the weekly rest and those related to overtime. Such obligations are related not only to the right of the workers and their repre-

.....  
20 Case CC(C-55/18).

sentatives to control periodically the amount of work done for remuneration purposes, but above all to the protection of health and safety in the workplace. And added that “it’s not decisive the argument that excludes the existence of a general obligation to introduce a mechanism that calculates the effective working time on the basis that the Union regulations do not expressly foresee a work time control system, while it does establish the obligation to register working time in special cases.”

Specifying that in the case of “ordinary” workers not included in these specific categories, the Directive 2003/88 presupposes the existence of a work time recording system that can consist of a simple annotation in paper or electronically or in any other means that serve that purpose”. It also rejects that the freedom of enterprise, which involves the right to choose the organizational models that are considered most appropriate for the development of a specific activity, could be an argument that can refute the need for control. Or that the more favorable transposition for workers of certain aspects may also have this effect.

## 2. THE CORPORATE OBLIGATION TO CONTROL THE DAILY WORKING DAY: THE RD 8/2019

Pending the hearing of the Court of Justice of the European Union, which finally passed the judgement of May 14, 2019, the Government approved the RD 8/2019 of March 8, on measures of urgent social protection and fight against job insecurity during the workday, in whose preamble justifies the urgency of this measure of mandatory registration of the working day, in the following form: the working time that exceeds the legal or conventionally established working day substantially affects the precariousness of the labor market by affecting two essential elements of the employment relationship, the working time, with relevant influence on the personal life of worker by making work-family conciliation difficult, and the salary. It also affects the Social Security contributions, reduced by not contributing the salary that would correspond to the work done. Although our employment system, in line with European regulations, has been provided with standards that allow some flexibility to adapt the needs of the company to those of the market and production (irregular distribution of the working day, shift work or overtime), this flexibility cannot be confused with the noncompliance of the rules on maximum working time and overtime. On the contrary, time flexibility justifies the effort in the fulfillment of these rules, especially those on compliance with the maximum working hours and registration

of the daily working day. One of the circumstances that have affected the control issues of the working day from the Labor and Social Security Inspectorate, as well as in the claiming difficulties from the workers affected by that time overreach and that, ultimately, has led to longer working days to those legally established or conventionally agreed, has been the absence in the ET of a clear obligation to the company on the registration of working the day. In this sense we need to consider the interpretation of the European Parliament and Council's Directive 2003/88 / EC of November 4, 2003 on certain aspects of work time management that has been maintained from the European institutions, specifically from the CJEU. As mentioned above, the conclusions of the General Attorney of January 31, 2019 in regard to the aforementioned Directive affirms that the European regulations "impose on companies the obligation to implement a system of computation of the effective working day to full-time workers who have not expressly committed, individually or collectively, to overtime and those who don't have the status of mobile, navy, merchant or railroad workers, and are opposed to a national regulation that does not establish that obligation". The establishment of a working day registration would ensure the compliance of Spanish regulations with the European system. Among other measures, the Royal Decree-Law 8/2019 modifies the Worker's Statute and the Law of Infractions and Sanctions of the Social Order. Both modifications are related to the registration of the working day and its mandatory nature. Specifically, modifies the article 34 of the Consolidated Text of the Worker's Statute to incorporate section 9º, which consists of the obligation to keep record of the working day in companies, whose effectiveness will come into effect within 2 months (next May 12). It doesn't appear to be a regulation in which the extraordinary and urgent need concurs, being incompatible with granting a period of *vacatio* of two months.

The RDL 8/2019, collecting the union claims and with the intention of solving the control problems of the work time regulations, establishes in its art. 10 that "...the company will guarantee the daily registration of the working day, which must include the specific start and end schedule of the working day of each worker..."; and should be available to the interested party, labor unions and Labor Inspection to control any possible abuses. This is a transcendental change that legally enshrines the company's obligation to guarantee the daily registration of the working day, with the time specification of its beginning and end. This change is being strongly criticized because it generates new issues, rather than provide solutions to the control issues of the working time regulations. This formula has a clear appearance in its terms but is simplistically and hardly reconcilable with the current characteristics of the system of production, the work organization conditioning and the growing influence of information technologies that has on it. It goes without saying that the obligation to record-keeping already existed for part-time jobs without having eradicated the important fraud that characterizes this modality of contracting. Others, the

minority, believe that time control is viable, without deeming necessary the extension of the regulatory framework, since the obligation is clear and the employer is allowed, either through collective bargaining or after consulting with the legal workers' representatives, to organize the registration of the working day in the way deemed most convenient.

The main question that arises following the approval of RD 8/2019 is the one related to which is the exact scope of the obligation of daily control of the working day, thus forces to give some answers to four types of questions<sup>21</sup>: 1. The subjective scope, 2. The objective scope, 3. The temporal scope and 4. The modal scope.

Regarding the subjective scope, the obligation involves all the companies and all its workers since the new art. 34.9 ET does not distinguish it in this regard, no exceptions established, even though certain companies or certain workers will obviously have special difficulties in order to comply. But it cannot suppose the exemption from the company's legal obligations, nor in general for all its staff, not particularly for certain workers. In relation to the possible specialties resulted from registration of the working day, the art. 10 of RD 8/2019 establishes that "The Government, at the proposal of the head of the Ministry of Labor, Migration and Social Security, and after consulting the most representative trade unions and business organizations, may establish ... specialties in the obligations of registration of the working day, for those sectors, jobs and professional categories that are required by their peculiarities. "

An important issue in terms of the subjective scope is raised in relation to the possibility to admit the waiver of the right to demand from the employer the daily record of the working day by the worker; this does not seem possible since art. 34.9 ET is an imperative rule and in consequence is inalienable in accordance with art. 3.5 ET. We can't forget that the control of the working day is not, in the context of the legislation that favors the flexibility of the workday, both a power to the company as well a right to the worker to stop excesses to occur<sup>22</sup>.

To clarify this issue, the Guide of the Ministry of Labor, Migration and Social Security, published on May 14, 2019, has indicated that the schedule record applies to all workers without distinction by category or professional group, to all sectors and to all companies, regardless their size or work organization, as long as they are included in the scope of Article 1 ET. Therefore, companies are obliged to record the daily working day also in respect to "mobile", commercial, temporary and remote workers or any other situations in which the labor benefit is not produced, total or partially, in the company's workplace<sup>23</sup>.

.....

21 Lousada Arochena, J.F., "Registro y control...", *cit.*, p. 10.

22 Lousada Arochena, J.F., "Registro y control...", *loc cit.*

23 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Guía sobre Registro de la Jornada, 14th of May of 2019.

The only peculiarities or exceptions are the following:

— Labor relations of a special nature: its regulations will be considered attending specifically to both the form and the outreach in which the working day is regulated as well as the supplementary rules established in each case. In particular, the senior management staff contemplated in article 2.1.a) ET remains completely excluded from the application of the rule. On the contrary, are subject to the registration obligation the workers that, by not being strictly senior management personnel (middle managers, trust positions or special responsibilities) have agreed to a free availability regime of working time or a full time disposition is contemplated in their contractual obligations to properly exercise their professional activity. In general, under the premise that beneath these modalities are not hidden situations of abuse of law, the daily working day of these workers must be registered, without prejudicing the accreditation of the work time through the work schedule agreement, acknowledging that the remuneration obtained by the worker already compensates proportionally that greater demand of work. Hence, it would be advisable that the self-regulation capacity of collective workers through collective bargaining or company agreement, should keep record of this circumstance to avoid abusive or disproportionate situations<sup>24</sup>.

There are workers that have a specific or a particular registration regime of the working day: a) Workers with part-time contract, whom already have an obligation to registration regulated in art. 12.4.c) ET. b) Workers who, as for today, have already specific registries regulated in the Royal Decree 1561/1995 of September 21 regarding special working days, and are those established in the Decree as mobile workers (certain road transportations), merchant marine workers and workers who perform cross-border interoperability services in rail transport<sup>25</sup>.

As for the objective and temporary scope, the new order requires the registration of the daily working day, which requires to enter the time of entry and time of departure, as well as the possible breaks between the workday as long as these are not counted as work time. As for the temporal scope of the obligation, it consists of a daily registration, but perhaps it would have been more convenient to establish it to record from working day to working day, as a night time working day can comprise two days.

Regarding the modal scope, and given the absence of specific requirements in the legal norm in relation to the admitted mechanisms of daily registration, the company is free to establish the mechanism that is most suitable for them, whereby the registry can be managed by electronic means (as an example, magnetic card or similar) or by manual means (as

.....

24 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Guía sobre Registro de la Jornada, 14th of May of 2019.

25 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Guía sobre Registro de la Jornada, 14th of May of 2019.

an example, signature in a paper sheet). Obviously, the used mechanism must guarantee both the reliability of the data collected therein as in the impossibility to vary them.

## **2.1. Registration of the Working Time and Working Day: Judgment of the Court of Justice of the European Union May 14, 2019**

The obligation of Registration of the Working day not only derives from the regulations recently approved by the Spanish legislator, but also from the recent Judgment of the Court of Justice of the European Union of May 14, 2019 resolving a preliminary ruling filed by our Spanish National High Court in a CCOO (Workers Commission) collective dispute lawsuit against Deutsche Bank, to declare the obligation of this company to have a system of registration of the working day for the staff.

The European justice solves the issue by understanding that in order to guarantee the useful effect of the rights established in the Working Time Directive and the Fundamental Right to the limitation of the maximum duration of work time and rest times, established in the Bill of Fundamental Rights of the EU, the member states must impose on companies the obligation to implement a factual, reliable and accessible system that allows to calculate the daily worked hours performed by each employee. There are several issues that can be drawn from this ruling. The first one, the implementation of a working day registration system is part of the general obligation to establish an organization as well as the necessary means to protect the occupational health and safety environment (the minimum resting periods are part of the general prevention rights and duties); the second one, the Member States are the ones that must define the specific criteria for applying the registration system. To this effect, they may consider the peculiarities of the industry sectors and the specifications of certain companies such as their size. The European Court itself establishes the possibility for Member States to establish exceptions to this obligation based on the activities, or the working days that may not have a measured or established the duration previously, or when it can be determined by the workers themselves, and, in any case, always respecting the general principles of health and safety environment protection.

All the above leave us to conclude the following:

a) Even though our legislation already recognizes the registration obligation of the working day, it still hasn't established, as desired, an adaptation of this obligation to the different sectors, or the establishment, as contemplated in the court sentence, of some exceptions (beyond the cooperatives or the senior management) according to the specific characteristics of the performed working activities or the specifications of the working days.

b) The obligation to register the working day requires establishing with precision what is and what isn't the effective working time, that is, breaks and computable rests, commuting, presence time at work, standby duty, etc. To this effect, we must be observant to the specific regulations that could place particular questions (as an example, training in health and safety environment, as established in the Law of Prevention of Occupational Risks, must be performed during the working day); as agreed in the collective negotiation or in the agreements with the different worker's representatives (as an example, the recent Agreement of El Corte Ingles Group, that has established that breaks that last an hour or less are part of the effective working time and therefore will not be registered as such, following the criteria of the Labor Inspection and Social Security); or the particular jurisprudence (as in the case of the Spanish Supreme Court Judgement of 19 of March 2019, that has considered working time the time spent to play football matches organized by the company)<sup>26</sup>.

### 3. THE COICHE OF THE HOUR REGISTRATION SYSTEM: LIMITS

**E**ven though the new regulation does not specify which system we need to follow for the hour registration system, the Instruction 1/2017 of the Labor Inspection offered a quite reliable direction. The text claims that the model should be the one that the company “chooses freely”, as long as it guarantees “the reliability and the invariability of the data”. Hence, computer or electronic systems (magnetic cards, fingerprints, computer matching) or manual sign-in sheets can be used. If the procedure is limited to signing a sheet or inserting data in an app, there is the risk that the employee would inflate or manipulate the worked hours. It would be advisable to the employer to establish some sort of validation or verification of the worked schedule. In any case, before choosing, the company must take into consideration that the monitoring and geolocation programs are strictly under the scope of the fundamental rights of the workers. Recently the Judgement of the AN of 6 of February 2019<sup>27</sup>, determined the nullity of the implementation of a geolocation program established by the company to delivery type workers whom had to provide their own mobile phone with internet connectivity to the company as well as to activate an app whereby it would know the location of the device and hence of the worker during the workday, providing personal data, such as their phone number and email address, without

.....

26 Sagardoy News, number 0, July 2019.

27 Number of Appeal: 318/2018.

informing the worker beforehand of such system and its implications. It's of interest to bring up the judicial doctrine regarding the companies' limitations of geolocation to the employees, which has been admitting that employers could impose geolocation systems to the employees as it's covered by the legitimate exercise of the constitutional rights of private property in art. 33 CE and freedom of enterprise in art. 38 CE, subtracting the legal authorization for this purpose from the provisions of the section 3 of art. 20 of the ET ("The employer may adopt the measures that deems most appropriate for surveillance and control purposes in order to verify the compliance of the worker with his labor duties and obligations, keeping in it's implementation the proper consideration of the workers' dignity and considering, when applicable, the actual capacity of disabled workers"), while the implementation of these measures implies an interference in the fundamental rights of the workers, it has to surpass the judgement of proportionality, "the necessary equilibrium between the obligations originated from the contract for the worker and the scope of his constitutional freedom"<sup>28</sup>. Given the preminent position of the fundamental rights in our legal system, this modulation will only take place "in the strictly necessary extent for the correct and adequate performance of the productive activity"<sup>29</sup>. Which fosters the necessity to proceed to an appropriate weighting, that respects the correct constitutional definition and assessment of the fundamental right that is at stake and the labor obligations that can modulate it<sup>30</sup>. These limitations or modulations must be indispensably and strictly necessary to satisfy a business interest worthy of guardianship and protection, so that if other possibilities exist to satisfy said interest in a less aggressive manner to the right in question, the latter should be applied and not the more aggressive ones<sup>31</sup>. On another note, when dealing with personal data collection, the duties of information to the interest party must be fulfilled as imposed in the art. 11 of the LO 3/2018, of 6<sup>th</sup> of December, of the Personal Data Protection Law and digital rights. Such norm regulates in its art. 90 the issue raised here, which we have referenced earlier, that is the right to privacy against the utilization of geolocation systems in the work environment in the following form: "1 Employers can handle the data collected through geolocation systems to exercise the control functions of the employees or civil servants, respectively, in the art.20.3 ET and the regulations of public employees, as long as these functions are exercised within its legal framework and with the limits inherent in it. 2. Prior, the employers should inform explicitly, clearly and unambiguously to the employees or civil servants and, when applicable, their representatives, about the existence and characteristics of these devices. Equally they

.....

28 STC 6/1988, de 21st of January.

29 STC 99/1994, RTC 1994, 99.

30 SSTC 170/1987, of 30th of October, RTC 1987, 170, STC 4/1996, of 16 of January, RTC 1996, 4, STC 106/1996, RTC 1996, 106; STC 186/1996, of 25<sup>th</sup> of November, RTC 1996, 186, y STC 1/1998, of 12<sup>th</sup> of January, RTC 1998, 1.

31 STC 98/2000, RTC 2000, 98.

should inform about the possible exercise of the rights of access, rectification, treatment limitation and suppression”.

#### 4. GOING AROUND WITH THE EFFECTIVE WORKING TIME AND THE DAILY REGISTRATION OF THE WORKING DAY

The business obligation contemplated in the new art. 34.9 ET is to guarantee the registration of the working day, with the sole precision that said register includes the specific start and end time of each worker. This is posing numerous questions, some of which we will try to leave them noted. If the purpose of the registration is to know each worker’s overtime, the important thing will be that the effective working time is being registered<sup>32</sup>, resulting extremely simplistic the wording of the new art. 34.9 ET that includes the registration of the specific start and end time of the working day; at least it should also include the intra-day breaks when they do not count as effective working time, as well as the times when the worker is not in the workplace but is available if needed, and should discount the times of mere presence in the workplace. Therefore, the first difficulty that the register faces in order to be correctly designed derives from the complexity of determining what is meant by effective working time in the multiple scenarios of the provision of services.

The expression used by art. 10 of RD 8/2019 that establishes that “it must include the concrete schedule of start and end of the working day of each worker” is completed with what is established in art. 34.5 ET which contains the rule for the computation of the worker’s daily working day, pointing out that “the working time will be computed so that both at the beginning and at the end of the daily workday the worker is at his job position”. This has led to consider in general that the working day starts when the employee is in his job position ready to start his work and that, therefore, the time spent commuting from the employee’s home to and from the workplace is not part of it, nor from the parking lots to the workplace. When would be considered effective working time the displacements, for the purposes of daily registration? Exceptionally, it has been counted as working time the time invested by the worker in commuting before starting the working day and after finishing when “such trips are not from and to the worker’s residence but are determined by an imposed duty from the company in relation to the needs of the service”. This was stated

.....

32 To deepen in the concept of effective working time, see Martín Rodríguez, O., “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, number. 194, January 2017, p. 11.

in the Judgement of 18<sup>th</sup> of September 2000<sup>33</sup>, the case of a worker – security guard – that had to travel at the start and at the end of each shift to a different town in order to leave the weapon, investing nearly 80 minutes every day to do so. The Judgement of 24 September 2009<sup>34</sup>, was pronounced in similar terms, referred in this case of the time invested by the worker in travelling into the location indicated by the company to pick up the uniform. In these cases, it has been estimated that if the time used for this travels is added to the working day, it must be considered as overtime and paid as such.

In reference to the provisions of article 34.5 ET, a problem of computation of the daily working day would arise and, therefore, an additional complication for the registration's purpose when the activity of the worker makes it difficult to identify "the job position" in reference to art. 34.5 ET in which the computation of the working day is established. This the case of workers who carry out their work activity by travelling to different work centers, without being attached to any of them in a fixed way. In this regard, the SCJEU of September 10, 2015<sup>35</sup> resolved a preliminary ruling question raised by the Spanish National High Court regarding the qualification of the time that the workers of the Tyco Integrated Security company destined in a daily basis, at the start and end of the workday, to move from the workers' place of residence to the workplace of the first client and from the workplace of the last client to their place of residence. The trips that workers made during the day to go to the work centers of the clients that had to attend were not being questioned here, as they've been considered as working time. These employees work in the installation and maintenance of security devices in homes and commercial establishments and traditionally were assigned to the corresponding provincial work centers, counting then the start of the working day in said work center, where they picked up the company car and from there travel to start the provision of their services. The business decision to close the provincial work centers determined that, since then, the workers must receive in their mobiles phones the service orders, indicating which centers they must visit and the schedules in which they have to serve the customers. From that moment, the company began to count the working day from the moment the workers start their activity once they've reached the client's place.

The CJEU in regards to making a statement if working time is the time invested by the workers when travelling from their place of residence to the clients premises and vice versa, assessed if all the elements that make up the concept of working time included in Directive 2003/88 were met, which according to it, the working time is defined as any period during which the worker remains at work, available to the company and exercising

.....

33 RJ 2000, 967.

34 RJ 2009, 4696.

35 TJCE 2015, 205, Matter CCOO/Tyco, C-266/14.

his functions. And it appeared that, indeed, said elements were met since: 1) The travels made by the workers to the client's workplaces assigned by their employer were the necessary instrument to execute technical services; 2) during the time spent on commuting, although it is true that workers had certain freedom that didn't not enjoy when carrying out their work for the client, they still were subjected to the company's instructions; and 3) every time the displacements are inherent to the condition of a worker who doesn't have a fixed or usual workplace, the workplace of these employees cannot be reduced to the place of physical activity in the client's premises. Certainly, the circumstances of the case were peculiar: firstly, because the company had considered, until the closure of the provincial work centers, as working time the time invested in travelling from those centers to the center of the first client and only changed the criteria when the company unilaterally decided to close said provincial centers, and, secondly, because it was appreciated that, at least in some cases, the time invested by the worker in such displacements was sometimes excessive - reaching up to three hours-. But, in any case, the conclusion of the CJEU was unquestionable: when "the workers lack a fixed or usual workplace, the time spent travelling between their place of residence to the work centers of the first and last client assigned by the employer, constitutes working time". This criterion must be considered for the registration of the daily working day of the workers who lack a fixed work center, for those who their working time should be counted as the time between their place of residence and the first and last client's work center.

The Judgement of 20 of June 2017<sup>36</sup> returned to the question of the calculation of the daily working day when solving the appeal filed at the Social Chamber of the Superior Court of Justice of Andalucía (Granada) in demand for collective conflict, in which it was stated that the time invested by nurses in the caregiving continuity of the nursing staff (called "times of relay" or "overlap") had to be considered effective working time and counted within its ordinary working day. The Court based that decision on art. 2 of Directive 2003/88 / EC which provides that for the purposes of this Directive "it shall be understood as: 1) Working time: means any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice; 2) Rest period: means any period which is not working time". The European jurisprudence has interpreted this regulation as: a) the concept of "working time" has to be understood as any period during which the worker remains at work, available to the employer and in the exercise of his activity or his functions, in accordance with national laws and / or practices, and this concept is conceived as opposed to the rest period, by mutually excluding both concepts<sup>37</sup> and b) the directive does not contemplate

.....

36 R.º 170/2016, RJ 2017, 3112.

37 STJUE 03 de octubre de 2000, TJCE 2000, 234 , asunto *Simap*, apartado 47; 09 de septiembre de 2003, TJCE

an intermediate category between work periods and rest periods, and among the peculiar elements of the concept “work time” is not included the intensity of work performed by the worker or his performance, so the fact that the services - in this case the workers where on call - have certain periods of inactivity is irrelevant<sup>38</sup>. The Judgment of the Spanish Supreme Court showed, on the one hand, that in accordance with Spanish law it must be considered as effective working time the “overlap” times, while “it’s an obvious professional activity [ to transmit to the patient medical/health information], which results from an absolute need- is no longer of mere convenience - for the adequate treatment and safety of the admitted patients, and is carried out in the respective job position, before starting and ending the respective shift. “On the other hand, it’s affirmed that the action taken also has the “most resounding support” in accordance with the European doctrine issued by the CJEU in relation to the Directive of working time that, as recalled by the TS, has “direct effectiveness” in the present case, for being - the defendant - a public Agency and being invoked the Directives as a consequence of its direct effect, although it is said that it would also have “to be a private person”. But not all pronouncements issued by our courts in recent times have been favorable to that consideration. We are in the presence of a tortuous territory and enormously complex in its practice so that surely, statements will continue to be produced in this matter, in which the concurrent circumstances of each case will be determinant in the consideration or not as for “effective working times”.

Recently, on March 19, 2019<sup>39</sup>, the TS has ruled on the consideration as effective working time the events that salesmen have to attend outside their working day. In this judgment the Court defines what we must understand by working time and among other things, resolves if the activities scheduled outside of the workday should be considered as effective working time. To this effect, the court is based on both Spanish legislation (articles 34.1 and 34.5 of the Worker’s Statute) and European regulations (Article 2.1 of Directive 2003/88 / EC), as well as in the collective agreement of the company itself. Article 31.B.1 b) of said agreement establishes the following:” Off-working day activities: the time that workers in this sector dedicate to specials commercial events outside of the working day will be voluntary and will be compensated in equal rest time within the four months following the event, while maintaining the commercial activity”. Thus, we must bear in mind that in the specific case analyzed by the TS, a series of specialties concur regarding these activities carried outside of the working day: they are of voluntary nature; are compensated with rest time, and the compensatory rest must be enjoyed within four months after the event.



2003, 250 , Asunto *Jaeger*, apartado 48; y 1 de diciembre de 2005, TJCE 2005, 361 , asunto *Dellas*, apartado 42.

38 Asunto *Dellas*, apartados 42 y 47.

39 Number of Appeal: 3970/2016 Number of Rulling: 207/2019.

Even though the court does not mention this in its legal reasoning, it's true that this compensation with rest time of the time dedicated into participating in these commercial events carried out outside of the working day it's laid out in a similar manner to the one provided in the Worker's Statute in case of overtime, which we must remember, is considered effective working time. However, the Spanish Supreme Court considers that these activities carried out outside of the working day are indeed working time due to mainly its fit with the definition of working time given by the jurisprudence and the Directive 2003/88/EC. Indeed, Article 2.1 of Directive 2003/88 / EC defines working time as "any period during which the worker stays at work, available to the employer and in the exercise of his activity or his functions, in accordance with national laws and / or practices". Starting from this specific definition, working time has been qualified by the Court of Justice of the European Union as any time in which the worker is available to the employer, regardless of the intensity of activity performed during it. Despite the specificity of the case, this judicial ruling opens the door to the possible consideration as effective working time to a range of activities related to the job and carried out outside of the working day.

## 5. THE REGISTRATION OF THE WORKING DAY IN SITUATIONS OF HOUR FLEXIBILITY

As already explained, the obligation of daily registration of the working day will be equally enforceable in jobs that are not physically provided in the workplace. Also the employer will have to align the existence of a daily registration of the working day with the possible time flexibility ("Without prejudice to the time flexibility contemplated in this article") contemplated in the article 34.2 and 34.8 of the ET, as well as in the reduction of working days (including breastfeeding and family reasons of art. 37 ET). Greater registration difficulties are anticipated in such situations in which the same amount of hours are not worked every day or every week of the year, when stipulated in the collective agreement or in agreement between the company and the worker representatives, having to respect this irregular distribution not only the maximum legal limit of working hours (forty hours per week of effective work on an annual basis) but also the minimum periods of "daily and weekly rest" provided in the ET (art. 34.2 ET). In the absence of agreement, the company may distribute irregularly throughout the year a 10% of the working day, also respecting the daily and weekly breaks. In addition, the worker must know, with a minimum notice of five days, the day and time of the work that resulted from said irregular

distribution of the working day. This range of possibilities will have to be compatible with the mandatory registration of the daily working day, which would not be exempt of such circumstances.

Another scenario of time flexibility is the adaptation of the duration and distribution of the working day referred to in article 34.8 ET. Let's dive on this. LOIEMH introduced in article 34 of the ET a new section 8 according to which "the worker shall have the right to adapt the duration and distribution of the working day in order to exercise the right to reconciliation of working and family life in the terms established in collective bargaining or in the agreement settled with the employer respecting, as the case may be, the provisions of it". Subsequently, Law 3/2012, of July 6, introduced a second paragraph in that section according to which "to this purpose, it will be promoted the use of the continuous working day, the flexible schedule or other modes of organization of working time and breaks that allow greater compatibility between the right to conciliation of the personal, family and work life of workers and the improvement of productivity in the companies". Recently the RDL 6/2019 delves into this line to attribute greater content and a better regulation to this right of conciliation and, consequently, higher effectiveness. Such trend can be seen in the statement of the right itself when establishing that working people have the right to request adaptations of the duration and distribution of the working day, in the organization of working time and in the form of the provisions, including the provision of telecommuting, in order to exercise their right to reconciliation of family and working life. The innovation introduced to adapt the working day with the possible changes in the form of its provision, including the remote provision, will also involve particularities in the registration that will not be exempt of such situation. Let's see.

In a society increasingly endowed with technological resources, and in which the trends related to team management, time management and relationships between people are increasingly advocating for allowing workers and work teams, precisely under the protection of technological devices (especially those of remote connection), a great autonomy in the management of their work time, and greater flexibility on the place of the provision of their services. How would the legal obligation to register the daily working day be reconciled with the increasing proliferation of telecommuting jobs? The most enthusiastic of both technology and organization systems of the most modern human resources that defend the worker's autonomy and his capacity for self-management, based on the principles of responsibility, involvement and flexibility, would undoubtedly answer the previously asked question stating that the existence of a limiting control system, demotivates and even breaks the framework of trust, flexibility and autonomy that teleworking systems allow for the absence of any daily control, referring to evaluation and assessment systems of the worker's project and the results

achieved without using “claustrophobic” daily monitoring methods. Facing the previous thesis, it cannot be ignored that are increasing and are becoming more critical the voices that want to avoid that the above arguments (flexibility, autonomy, responsibility, involvement, motivation, modernity, technological advancement, among many others) produce a growing confusion between the space of work and the personal sphere. It’s about preventing the working time from invading the essential rest time of the workers, and their family and personal atmosphere, since the ease of connectivity with work through technological resources as well as time management policies act like a real Trojan Horse that causes the dilution of the separation between working time and rest time in many cases, generating an important stress effect linked to the lack of a real disconnection space. At this point, we believe it’s worth noting the Judgment of the TSJ of Castilla y León of February 3<sup>rd</sup>, 2016<sup>40</sup> the STSJ of Castilla y León of February 3, 2016<sup>41</sup>, because it has been pioneer in clarifying the foundations of the business control, including everything related to teleworking in regards of the working day. As a previous matter it’s worth bearing in mind that Article 13 ET by regulating the figure of remote work defines it as the one “carried out in a prevailing manner at the worker’s home or at the place freely chosen by him, alternatively to the presence-based development in the company’s workplace”, indicating that “the remote workers will have the same rights as those who provide their services in the company’s work center” as well as “the right to an adequate protection in terms of security and health environment” while the employer must establish the precise control guidelines. The aforementioned sentence expressly ratified the conviction of the company to pay overtime based on the absence of any control over the working day despite being telecommuting job. The company’s arguments against the overtime claim were not allowed, claiming that since it’s a provision of services with remote connection and from the place of residence of the worker, no control or registration was implemented to avoid interfering with the fundamental right to privacy and inviolability of the employee’s home. On the contrary, it must be the company itself who must establish the control rules over employee, regardless if it’s regular worker or a teleworker, so that the absence of these controls, and specifically those regarding the working day, act to the detriment of the company. The Court does neither welcome the business arguments that opt for the full freedom of organization and autonomy of the employee who works from his place of residence, make it impossible to generate extra hours, since the estimation of this argumentation would make it impossible to determine to the Labor Authority and the worker himself which is

.....

40 AS 2016, 99.

41 AS 2016, 99.

effectively his working day, and consequently, its limit<sup>42</sup>. Undoubtedly, the arguments compiled in the TSJ Judgment of 3 February 2016<sup>43</sup> should make companies reflect on the need to equip themselves with concrete teleworking policies that regulate the connection procedures, control methods and the working day records, to prevent precisely that the lack of control systems could proliferate claims by workers, not only in relation to the excess of working hours but even for violating their rights linked to occupational health and safety, especially for excess connectivity and stress. More as a result of the necessity of the required daily working day registration, also in the case of teleworkers.

## 6. COLLECTIVE BARGAINING

The settings of the working day registration have usually been an organizational faculty of the employer, preceded by a consultation with the legal representatives of the workers, when said representation was constituted. From the RD 8/2019 the sectorial collective agreements will have a leading role in specifying said registration framework according to the peculiarities of each economic activity. At the level of each company, or even of each work center, the specific obligations of daily working day registration may be agreed upon with the representation of workers-when existent-by collective agreement or company agreement. Inevitably, it will cause a transitional period until the different specialties of registration designed for the different levels and provisions labor services are outlined in the different sectorial collective agreements or if applicable in the company agreement. or the lack of regulation of this matter in the current sectorial collective agreements or the lack of legal representation of the workers in the company will exonerate it from guaranteeing the daily registration of the working day as of May 12, 2019. On that date a difficult transitional period began since each company must choose a working day registration system according to its peculiarities. Failure to comply with the registration obligation will be classified as a serious labor offense and it will be sanctioned with fines of 626 euros in its minimum degree and 6,250 euros, in its maximum degree. The RD 8/2019 also modifies section 5 of the article 7 of the consolidated text of the Law on Infractions and Sanctions in the Social Order, approved by the Royal Legislative Decree 5/2000, of August 4<sup>th</sup>, which is written in the following terms: “5. The transgression of the norms and

42 Miró Morros, D., “El control de la jornada y el teletrabajo”, BIB 2016\3966., Actualidad Jurídica Aranzadi, number. 920, 2016, p. 8.

43 AS 2016, 99.

legal or agreed limits in terms of working hours, night work, overtime, complementary hours, breaks, vacations, permits, registration of working day and, in general, the work time referred to in articles 12, 23 and 34 to 38 of the Worker's Statute".

## 7. AN ADVANCE IN THE REGISTRATION OF THE WORKING DAY: NEW INSTRUCTIONS OF THE LABOR INSPECTION

In the following lines we will comment on the recent Technical Criteria of the Labor Inspection (ITSS, June 10, 2019) to which the inspection action will be accommodated to verify the business compliance with the obligation to register the daily working day. The ITSS (Labor Inspection and Social Security) does not require the registration of the breaks that are not effective working time, its consideration as such shall be established through collective bargaining. The obligation is limited to the registration of the performed hours. The way in which the registration of the working day is done will also be determined in collective bargaining, in accordance with the representation of the workers or, alternatively, by the decision of the employer. The registration system must be objective and guarantee the reliability, veracity and non-alteration of data, while respecting the regulations regarding data protection. Registration can be done by computer or by manual methods; if it is by computer the ITSS may require the printing of the records or their download in an accessible format for verification. If it is manual, the ITSS can request originals or copies. The ITSS will also verify that the organization and documentation of the registry has been preceded by a negotiation procedure or at least by a consult with the representation of the staff.

The registration of the working day must be accessible in order to be consulted when requested by the worker, their representatives or the ITSS; it must remain physically in the workplace and with immediate access. When it's in paper format it can be archived in a computerized media by scanning it and saving it with all the guarantees. It's availability for consultation does not imply the delivery of copies, unless it is established in the collective negotiation or in an express agreement. The registration must be made available to the ITSS at the exact moment when the inspection starts, otherwise the Inspector would be prevented from supervising the compliance with the obligation, which should preferably be carried out at the workplace, which subsequently will avoid the creation, manipulation or subsequent alteration. The ITSS may also request the register to be presented in hearing.

The hourly record has its specialties in certain jobs or circumstances in which the regu-

lations had already provided its particularities: part-time work, overtime, mobile workers, merchant marine workers, cross-border rail transport workers in transnational travels.

Although the obligation entered into force on May 12, 2019, the ITSS in the absence of registration, before initiating the sanctioning procedure, shall take into consideration that a negotiation between the company and workers has taken place for its implementation. Also, when the ITSS has certainty that the company complies with the regulations in terms of working time, may choose to enforce the fulfillment of the obligation instead of sanctioning the company. The sanctioning procedure would only be activated as a first step when there is suspicion of fraud.

Despite the publication of the Clarification Guide of the Ministry of Labor in the first place and after the criteria of the ITSS, many doubts remain, regarding various issues related to the registration, such as breaks, pauses and interruptions, which are not effective working time; as well as regarding teleworkers; workers with flexible shifts, called workers who have agreed on a regime of free availability of working time. Without losing sight that the daily registration of the working time is mandatory, the regulation development of this business obligation is increasingly essential in order to clarify doubtful issues and to have a regulation that establishes specialties for different sectors, jobs or professional categories that require it.

## 8. CONCLUSIONS

**T**he reality of a modern business in a globalized economic environment, in which travel and the development of activities outside the company are constant and where the obtained results prevail over the service time, makes the return to the classic time control systems a dangerous regression that affects with special intensity, precisely, those sectors of activity where technology is more advanced. For all of the above, it would not hurt that these issues were resolved through dialogue and agreement between the companies and the representatives of the workers, because maximalisms can lead to sometimes surprising results. Therefore, it would be reasonable to trace the path of the collective bargaining to determine the real, practical and balanced scope of the new business obligation to register the ordinary working day.

## BIBLIOGRAPHY

LOUSADA AROCHENA, J.F., “Registro y control de la jornada de trabajo”, *Aranzadi Instituciones*, BIB 2016/85595.

MARTÍN RODRÍGUEZ, O., “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, number. 194, 2017.

MERCADER UGUINA, J.R., “Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas”, *Trabajo y Derecho*, number. 25, 2016.

MIRÓ MORROS, D., “El control de la jornada y el teletrabajo”, BIB 2016\3966, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2016.

PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, number. 7/2017 part doctrinal section.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi*, Doctrinal number. 6/2017 part Tribuna (BIB 2017/2115).

**ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN**

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

*Universidad Francisco de Vitoria*

**PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS**

*Profesora Universidad Loyola Andalucía*

# INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

## INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación: un título/title, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave/Key words (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derecho Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

## PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works. :** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.),. *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, , Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.).