

JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TEDH EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL (2020-FEBRERO DE 2023) *

Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de Universidad
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo
Experto Nacional en la European Labour Law Network
rodriguezivan@uniovi.es

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DEL TEDH EN LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

Como es sabido, los Estados parte del Consejo de Europa optaron en un primer momento por la efectividad y el pragmatismo, más que por el efectismo, y por ello limitaron el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) a los derechos civiles y políticos, esto es, a los derechos humanos de primera generación. Los derechos de naturaleza económica, social y cultural, derechos fundamentales de segunda generación, fueron en ese momento relegados a la espera de contar con un cauce adecuado (*v. gr.*, Carta Social Europea) no sólo para su reconocimiento, sino especialmente, y sobre todo, para desplegar efectos prácticos, toda vez que los mecanismos de garantía deben hacer frente a la diferente naturaleza y configuración de estos derechos, por cuanto se trata de derechos de prestación que requieren obligaciones positivas del Estado —no simplemente un deber de evitar injerencias— y llevan aparejado de ordinario un coste económico de cierta entidad.

Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) no es un tribunal que naturalmente se ocupe de litigios laborales o de Seguridad Social, sino que se centra en los derechos civi-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título «El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Antonio Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32).

les y políticos, en derechos de carácter más estrictamente individual. El CEDH y sus protocolos así lo ponen de manifiesto al consagrar el derecho a la vida; el derecho a la libertad y seguridad; el derecho a un proceso equitativo; el derecho a la vida privada y familiar; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de expresión; los derechos de reunión y manifestación, o la prohibición de discriminación, que son, junto a algunos otros, los derechos que en definitiva componen la estructura sustantiva del CEDH¹. Se trata, en esencia, de derechos no laborales, en los que la prestación de trabajo tan sólo aparece de forma explícita cuando guarda relación directa con las libertades más básicas de la persona (como sucede con la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso).

No obstante, el TEDH ha precisado, como es razonable habida cuenta de la evolución de los derechos fundamentales en Europa, que los derechos humanos y las libertades básicas tienen eficacia en el ámbito de las relaciones privadas, y en particular en el marco del contrato de trabajo². Ese avance minimiza las valoraciones críticas sobre el contenido social del CEDH³, por más que el único derecho de naturaleza netamente social consagrado en ese instrumento sea el derecho a la libertad sindical, como subespecie de la libertad de asociación del art. 11.

Lógicamente, no todos los derechos reconocidos en el CEDH son aptos, o particularmente adecuados, para desplegar efectos en el ámbito laboral, pero en su mayor parte no se encuentran excesivas dificultades para localizar alguna parcela del contenido del derecho con impacto en lo social. A modo de ejemplo, aun cuando el art. 2 CEDH piensa en la pena de muerte y en aquellos supuestos en los que las circunstancias ofrecen razones para la exención de responsabilidad penal, el derecho a la vida conecta indudablemente con la prevención de riesgos laborales⁴.

Un análisis general muestra, no obstante, que han sido tres, esencialmente, los preceptos del Convenio que han permitido elaborar una doc-

¹ Sobre el ámbito material y territorial de aplicación del CEDH, *vid.* C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München, C. H. Beck, 2014, pp. 1-11; J. A. CARRILLO SALCEDO, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales», en J. A. CARRILLO SALCEDO (dir.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 13 y ss.

² *Vid.* STEDH *Airey vs. Irlanda* (de 9 de octubre de 1979, recurso 6289/73).

³ Cfr. M. R. PÉREZ ALBERDI, «La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Lex Social*, núm. 1 (2011), p. 103.

⁴ *Vid.* STEDH *Vilnes y otros vs. Noruega* (de 5 de diciembre de 2013, recurso 52806/09 y 22703/10), en relación con submarinistas, y *Brincat y otros vs. Malta* (de 24 de julio de 2014, recurso 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11), sobre exposición al amianto.

trina con trascendencia directa en el campo de lo social, con el apoyo del art. 6 (derecho a un proceso equitativo) en su traslación al proceso social y en ocasiones del art. 14, que consagra la prohibición de discriminación, pero no como derecho autónomo, sino conectado con alguno de los otros derechos del Convenio. De ahí que el art. 14 del Convenio no sea susceptible de invocación por sí mismo, sino en conjunción o combinación con otros. Desde la perspectiva de lo social, esos otros preceptos serían el art. 8, que reconoce el «derecho al respeto a la vida privada y familiar»; el art. 9, titulado «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y el art. 10, sobre «libertad de expresión». La dimensión social ha podido comprobarse, además, en algunos derechos que en apariencia se alejan de ese terreno, pero que cuentan con un contenido heterogéneo, a la par que expansivo, y han sido capaces de superar sus fronteras naturales, como ocurre con el derecho a la propiedad (protocolo núm. 1), que ha servido para amparar derechos de Seguridad Social o reclamaciones salariales⁵.

En verdad, un acercamiento, aun superficial, a la doctrina del TEDH en el ámbito de lo social permite constatar un progresivo incremento de su influencia en los diferentes Estados europeos. Cabría, por supuesto, efectuar un balance general, pero es desde luego muy útil aproximarse periódicamente a sus sentencias para comprobar cuáles son los asuntos que ocupan al Tribunal y cómo va modelando sus criterios. Ese es, precisamente, el propósito del presente trabajo, que pretende dejar constancia de las novedades más significativas en la jurisprudencia del TEDH en la rama de lo social tomando como punto de inicio el año 2020.

2. LIMITACIONES EN EL ACCESO AL TRABAJO

La doctrina del TEDH en materia de derecho individual de trabajo ha ido adquiriendo una progresiva relevancia en los últimos años, a lo que ha contribuido decisivamente la generosa interpretación del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 CEDH. En su ori-

⁵ Vid. J. GARCÍA MURCIA, «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Actualidad laboral*, núm. 6 (2014), pp. 647 y ss.; J. GARCÍA ROCA, y P. SANTOLAYA MACHETTI (dir.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEC, Madrid, 2005 (reed. 2009); D. EHLERS, (dir.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, De Gruyter, 2007; C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 18 y ss.

gen, ese precepto estaba diseñado para obstaculizar los intentos del Estado de vigilar a los individuos, de modo que no se admitiera la interceptación indiscriminada de las comunicaciones de los ciudadanos salvo en presencia de un fin legítimo, como la persecución de delitos. Sin embargo, el TEDH elevó este derecho a una nueva dimensión al constatar, por un lado, que las condiciones de trabajo pueden afectar sustancialmente las decisiones de organización vital y familiar de los trabajadores y, por otro, que las medidas de control y vigilancia del empleador pueden resultar extraordinariamente intrusivas al permitir conocer aspectos de la vida privada del trabajador, información que debería quedar fuera del radio de acción del empresario. A partir de ese derecho, así como de las libertades ideológicas y de expresión y de la prohibición de discriminación, el TEDH ha ido perfilando una doctrina que, en algunos extremos, ocupa posiciones de vanguardia.

No en vano, el Tribunal ha extendido la protección del Convenio a los estadios previos a la relación laboral, esto es, a las decisiones sobre no contratación. Pese a que es un escenario que siempre plantea notables retos para la efectividad del Derecho, el TEDH ha encontrado vías para tutelar al aspirante perjudicado cuando la decisión empresarial de no contratación vulnera los derechos humanos, si bien, y conviene advertirlo, la protección que se ofrece durante la etapa previa a la contratación no es equivalente a la que se despliega una vez iniciada la relación laboral. Sea como fuere, la tutela se extiende tanto al ámbito público como al privado, toda vez que el Tribunal de Estrasburgo, al igual que el TJUE, no suele conceder mayor importancia a que el perjudicado preste servicios para una entidad privada o en el ámbito público.

Esas peculiaridades se ponen de manifiesto en la doctrina reciente del Tribunal. En efecto, la sentencia *Godenau vs. Alemania*⁶ vuelve a abordar la licitud de las limitaciones de carácter ideológico para el acceso y el mantenimiento de un empleo público en Alemania. En concreto, la Constitución alemana establece un requisito de fidelidad a la Constitución para poder prestar servicios en la Administración, exigencia tradicionalmente cuestionada desde ámbitos internacionales⁷, pues supone el cese prácticamente automático de los empleados públicos cuando se prueba una conexión con organizaciones sociales o políticas de ultradere-

⁶ De 29 de noviembre de 2022, recurso 80450/17.

⁷ A modo de ejemplo, y en el seno de la OIT, *vid.* Informe de la comisión de encuesta establecida en virtud del art. 26 de la Constitución para que examine el cumplimiento por parte de la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), referencia GB.235/4/7, marzo de 1987.

cha. A mediados de los noventa, el Tribunal, en una decisión muy dividida (diez contra nueve)⁸, concretamente en relación con la sanción impuesta a una docente por su militancia política, consideró que el Estado alemán se había extralimitado, pues aunque el objetivo pudiera resultar legítimo, la sanción resultaba desproporcionada teniendo en cuenta que la interesada no había cuestionado explícitamente la legitimidad del ordenamiento jurídico alemán.

Casi tres décadas después, la sentencia *Godenau* retoma esa problemática, que afectaba a una docente que tras varios periodos de actividad para un *Land* alemán sujeta a contratos temporales fue excluida de futuros procesos de contratación e incluida en una lista negra precisamente por sus vínculos con una organización de ultraderecha. La sentencia, en esta ocasión, avala la decisión de la Administración germana —por unanimidad— y dedica gran parte de su argumentación a diferenciar este asunto del resuelto en la sentencia *Vogt*. En concreto, el Tribunal se apoya en cuatro razones. En primer lugar, considera que la implicación con organizaciones de ultraderecha era más activa en este caso, con mayor liderazgo y presencia vocal de la recurrente, y no una mera pertenencia como en *Vogt*. En segundo lugar, se concede gran importancia al hecho de que no se está procediendo a un despido, sino a una restricción de futuras contrataciones, por lo que el daño es menor. En tercer lugar, se advierte que la lista negra no era pública, y esa falta de difusión reduce el daño. Y en cuarto lugar, y relacionado con lo anterior, nada impedía a la trabajadora encontrar un empleo como docente en el sector privado o en cualquier otro *Land* alemán. Pese a estas diferencias, cabe concluir que el Tribunal se aproxima ahora a esta cuestión desde una perspectiva más generosa que antaño con el requisito de fidelidad/lealtad constitucional.

También en el ámbito de la no contratación debe traerse a colación la decisión de admisibilidad *Grimmark vs. Suecia*⁹, relativa a una enfermera matrona que no había obtenido dos empleos en diferentes centros sanitarios tras informar a sus potenciales empleadores sobre su negativa a practicar abortos por razones religiosas y de conciencia. El Tribunal no tiene dudas sobre la respuesta apropiada, como demuestra que el caso ni siquiera se resuelve mediante sentencia, sino a través de una decisión de admisibilidad (equivalente a un auto de inadmisión en nuestro ordenamiento), pues se considera el recurso como manifiestamente infundado.

⁸ *Vid. Vogt vs. Alemania* (de 26 de septiembre de 1995, recurso 17851/91).

⁹ De 11 de febrero de 2020, recurso 43726/17.

El Tribunal toma en consideración que el sistema sueco reconoce el derecho al aborto y ha puesto en marcha una infraestructura a tal fin, que no puede verse comprometida por la libertad ideológica de los profesionales sanitarios.

En general, el TEDH recuerda que el empleador tiene la facultad de organizar el trabajo y de exigir a los empleados que ejecuten todas las tareas que corresponden al puesto concreto, y que la celebración de un contrato de trabajo supone la aceptación implícita de esas obligaciones por parte del trabajador. Como es habitual, el Tribunal también valora las consecuencias que se generan para el trabajador en un ámbito más amplio, pero llega a la conclusión de que el perjuicio estaba causado por una decisión propia de la trabajadora, que tampoco le impedía prestar servicios como enfermera en cualquier otro puesto que no fuera el de matrona, como de hecho había sucedido en ese supuesto. De nuevo, el Tribunal establece una diferencia entre la no contratación y el despido, porque el daño en un despido es superior, y entiende que no existe discriminación, porque la matrona que acepta realizar todas las actividades requeridas y la matrona que rechaza participar en alguna intervención no son términos adecuados de comparación.

3. PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES

El impulso internacional a las medidas de tutela de quienes alertan sobre irregularidades resulta muy evidente, como demuestra, en el ámbito de la UE, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que ha sido objeto de transposición en el ordenamiento español mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Por supuesto, en el seno del Consejo de Europa también se ha prestado la debida atención a esta problemática, y el TEDH ha jugado, como es natural, un papel protagonista, elaborando una interesante y abundante doctrina sobre la protección de los denominados *whistleblowers*, tanto en asuntos de carácter político o institucional, como en el ámbito de las relaciones laborales, pues los trabajadores deben contar con garantías para evitar represalias del empleador. Salvando las distancias, esta protección se articula como una suerte de garantía de indemnidad, pero no frente a

reclamaciones que pretenden hacer valer intereses propios, sino frente a denuncias que persiguen fines de interés general.

Esa tutela no se despliega automáticamente, sino que se condiciona a un análisis previo a partir de una serie de criterios o elementos que sirven como parámetro para valorar tanto la actuación del denunciante como la respuesta del empleador (o en su caso de los poderes públicos), en términos no sólo de legitimidad, sino también, y muy en particular, de proporcionalidad. Se trata de parámetros que no son desconocidos en nuestro ordenamiento interno, pues el juicio de proporcionalidad cuenta con larga tradición, pero que conviene recordar porque constituyen una guía de actuación para el acercamiento a los supuestos de esta índole.

En primer término, ha de tomarse en consideración el medio utilizado para plantear la denuncia, en particular cuando se haya acudido a la prensa o se haya preferido una vía con alta potencialidad de difusión, en lugar de procedimientos exclusivamente internos, pues en presencia de canales alternativos la elección entre unos u otros no es irrelevante. En segundo lugar, ha de atenderse al interés público de la denuncia, por razones no sólo de legitimidad, sino también de trascendencia y urgencia de la queja. En tercer lugar, adquiere singular relevancia la veracidad de la información, pues una denuncia no puede estar basada en meras opiniones, sino en información contrastada. En cuarto lugar, el perjuicio causado al empleador permite modular las consecuencias, y conecta con otros parámetros, como la existencia de canales alternativos o el interés público. En quinto lugar, la apreciación de buena fe en la conducta del confidente no es baladí, aunque este es un requisito ciertamente resbaladizo y que debe ser apreciado, como todos los demás, conjuntamente con el resto, si bien el Tribunal pone el acento en que la denuncia no busque exclusivamente un beneficio personal o causar un daño injustificado al empleador. Y en sexto lugar, la gravedad de la sanción impuesta es un criterio muy relevante en términos de proporcionalidad.

La sentencia *Halet vs. Luxemburgo*¹⁰ ofrece una significativa muestra sobre cómo aplicar todos esos criterios, en relación con la condena penal sufrida por un empleado de una consultora que había filtrado a la prensa información sensible sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de empresas multinacionales (caso *Luxleaks*). El TEDH aclara que no es exigible que el informante priorice los medios de denuncia interna cuando previsiblemente resultarán ineficaces, y que en presen-

¹⁰ De 14 de febrero de 2023, recurso 21884/18.

cia de buena fe y de información veraz, el interés público —muy evidente cuando se debate quién y cómo se cumplen las obligaciones tributarias— puede prevalecer sobre el daño al empleador, que en todo caso ha de ser probado, más allá de referencias genéricas a la imagen o a la pérdida de confianza. Aun cuando la sanción no había sido especialmente grave (la pena de prisión fue suspendida, la multa económica ascendía únicamente a 1.000 euros y se acordó una indemnización simbólica de un euro a pagar al empleador), el Tribunal considera que el mero hecho de imponer una sanción penal en estos casos puede disuadir a los denunciantes (*chilling effect*), y por ello considera vulnerado el art. 10 del Convenio y reconoce al perjudicado el derecho a una indemnización de 15.000 euros.

Por supuesto, la protección del informante requiere, como ya se ha dicho, que esa denuncia se sustente en hechos que puedan constatarse, en información veraz, pues las acusaciones infundadas no están protegidas por el Convenio y el denunciante no puede esperar que el derecho a la libertad de expresión le ampare. Así lo pone de manifiesto la sentencia *Gawlik vs. Liechtenstein*¹¹, en la que un médico advirtió, en el seno de reuniones de ciertos mecanismos de control, que uno de sus colegas había practicado la eutanasia activa a varios pacientes. Como consecuencia, se iniciaron diligencias penales contra el médico señalado —además de que el asunto fue noticia destacada de prensa—, que concluyeron sin evidencia alguna de mala *praxis*, ni indicio de que el fallecimiento de distintos pacientes se hubiera producido por causas no naturales. El hospital decidió despedir disciplinariamente al médico que había difundido los rumores, y la sentencia considera que la actuación fue correcta, a pesar de que el denunciante pudiera creer que obraba de buena fe. La sentencia viene a indicar que no es completamente imprescindible que la información resulte veraz en todos sus extremos, pero sí que el denunciante ponga todo su cuidado en obtener la información más fiable. El denunciante, en este caso, había llegado a una conclusión precipitada y no había extremado la diligencia antes de formular la acusación, lo que justifica la sanción disciplinaria.

Finalmente, la sentencia *Špadijer vs. Montenegro*¹² añade una precisión relevante, pues no sólo es necesario que los denunciantes dispongan de canales adecuados de denuncias y de una protección formal frente a represalias, sino que es imprescindible que las vías reclamación, o reme-

¹¹ De 16 de febrero de 2021, recurso 23922/19.

¹² De 9 de noviembre de 2021, recurso 31549/18.

dios, se configuren de manera suficientemente efectiva. Los hechos resultan ilustrativos, pues tras ser testigo de cómo algunos de sus compañeros habían agredido sexualmente a reclusas, una funcionaria de prisiones decidió poner esa situación en conocimiento de sus superiores, momento en el que sufrió amenazas de distinto calado por parte de esos colegas, no sólo en el trabajo, sino fuera de él (incluso desperfectos en su coche aparcado delante de su domicilio particular, o una agresión en presencia de su hijo durante el tiempo libre, en ambos casos con mensajes intimidatorios que dejaban claro el objetivo de que se retractase de sus acusaciones).

Las denuncias internas ante las autoridades administrativas no se tramitaron y el clima laboral se deterioró notablemente, con la aquiescencia del empleador —*v. gr.*, asignación de tareas no acordes a la cualificación y propósito claramente vejatorio—, lo que llevó a la perjudicada a iniciar acciones judiciales por acoso en el trabajo (la sentencia utiliza expresamente el término «*bullying*»). Los tribunales montenegrinos, no obstante, desestimaron la pretensión, por considerar que el acoso exige una conducta reiterada y sistemática (al menos una vez a la semana durante seis meses), que no concurría en el caso.

La sentencia no se apoya en el derecho a la libertad de expresión, sino en el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, que exige a los Estados implementar remedios para hacer frente a las amenazas que puedan perturbar ese derecho. Montenegro disponía en apariencia de esos remedios, porque la trabajadora contó con cauces para articular sus reclamaciones, tanto a nivel administrativo como judicial. Sin embargo, la sentencia insiste en que las vías de reparación no pueden desenvolverse en un plano meramente formal, sino que deben resultar efectivas, lo que no sucedía en el caso litigioso. Por un lado, las reclamaciones ante el empleador, y por extensión ante la administración penitenciaria, fueron estériles, ya que no se abrió ningún procedimiento, ni siquiera informativo, al menos en apariencia. Por otro, los tribunales no valoraron el conjunto de la situación, sino sólo determinados acontecimientos, y pusieron énfasis exclusivamente en el elemento temporal. El TEDH considera que no se analizaron correctamente todas las circunstancias del caso, y en particular los incidentes producidos fuera del lugar de trabajo, que dejaban constancia de que el acoso sí había sido reiterado y sistemático.

4. PODER DISCIPLINARIO DEL EMPLEADOR

Como puede apreciarse, alguno de los pronunciamientos mencionados en el epígrafe anterior tiene su origen en sanciones disciplinarias, pero la relevancia y el interés de la doctrina descansan sobre un aspecto diferente al de las características de la propia sanción. En el ámbito concreto del poder disciplinario, las sentencias del TEDH suelen ocuparse de tres tipos de asuntos. En primer lugar, la licitud de la causa alegada por el empleador. En segundo lugar, la adecuación de los procedimientos de reclamación. Y en tercer lugar, los medios de prueba de los que se vale el empleador para adoptar la decisión.

En relación con la causa, y en perspectiva de futuro, resultará de interés conocer la valoración del TEDH acerca de las decisiones de extinción contractual que se han producido durante la pandemia y que conectan directamente con la covid. A buen seguro, el despido originado por contraer la enfermedad, o por la mera sospecha de que se padece, merecerá la oportuna protección, por tratarse de una discriminación directa. No obstante, el cese derivado de la negativa del trabajador a vacunarse suscita otra problemática distinta. El asunto ya fue planteado ante el Tribunal en la decisión de admisibilidad *Zambrano vs. Francia*¹³, pero ante la ausencia de agotamiento de las vías internas no tuvo lugar un pronunciamiento sobre el fondo. No obstante, se encuentra pendiente de resolución un asunto similar, *Thevenon vs. Francia*¹⁴, por lo que es previsible una respuesta en los próximos meses.

Como es natural, el TEDH debe conocer de algunos litigios que presentan una íntima conexión con las peculiaridades de un ordenamiento concreto, y no siempre la doctrina elaborada es fácilmente extrapolable a España, aunque a menudo cabe obtener alguna conclusión. Es el caso de la sentencia *Pişkin vs. Turquía*¹⁵, en relación con el cese de un empleado público por supuestos vínculos con una organización terrorista. El contexto es necesario, toda vez que tras un golpe de estado fallido en Turquía en 2016, se aprobó una legislación de emergencia que permitía los ceses de empleados públicos por su conexión con grupos subversivos, incluso en caso de mera sospecha, lo que afectó a más de 100.000 personas, en una

¹³ De 7 de octubre de 2021, recurso 41994/21.

¹⁴ Recurso 46061/21.

¹⁵ De 15 de diciembre de 2020, recurso 33399/18.

actuación muy cuestionada a nivel internacional, tanto por el Consejo de Europa a través de la Comisión de Venecia, como por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

El TEDH centra su atención, en el caso litigioso, en la falta de una investigación de los hechos en profundidad por parte de los tribunales internos, que se limitaron a constatar la corrección formal del despido, esto es, que el órgano que adoptó la medida era competente para ello y que la sanción estaba recogida en la norma. La sentencia, sin embargo, advierte que no respeta el CEDH una valoración tan formalista, porque no se habían probado los vínculos del perjudicado con ningún grupo que pudiera estar conectado con el golpe de estado. Los tribunales internos están obligados a efectuar un análisis exhaustivo de las circunstancias del caso, y esa obligación es más intensa cuando la causa del despido provoca estigmatización, como sucedía en este supuesto.

También muy conectado con las peculiaridades del país, pero asimismo ilustrativa, es la doctrina que el Tribunal ha elaborado en relación con el cese de empleados públicos por no superar un proceso de evaluación basado en estándares éticos. En concreto, y en asuntos que proceden de Albania, el Gobierno estaba preocupado por los altos índices de corrupción en determinados ámbitos del empleo público, con conexión incluso con el crimen organizado, y por ello aprobó una legislación que sometía a los empleados públicos a un escrutinio de notable intensidad, que afectaba a su vida privada. Dos sentencias del mismo día ofrecen respuestas parcialmente distintas, aunque no contradictorias. En primer lugar, la sentencia *Nikëhasani vs. Albania*¹⁶ avala el cese de un fiscal, aun cuando no había sido probado totalmente el incumplimiento. Sin embargo, el valor de sus bienes y propiedades no podía justificarse a partir del salario percibido por la actividad que desempeñaba, de modo que, durante ese procedimiento de evaluación, se le pidió que explicase el origen de esas propiedades, pero el fiscal fue incapaz de ofrecer razones satisfactorias. El TEDH considera que esa inversión de la carga de la prueba resulta admisible en un supuesto como este, y, en general, que un escrutinio tan intenso no es desproporcionado cuando los afectados son personas que ocupan cargos públicos relevantes, a los que cabe exigir un «estándar ético más elevado».

En cambio, la sentencia *Sevdari vs. Albania*¹⁷ estima el recurso de la fiscal sancionada atendiendo a que el cese, con prohibición vitalicia de rein-

¹⁶ De 13 de diciembre de 2022, recurso 58997/18.

¹⁷ De 13 de diciembre de 2022, recurso 40662/19.

corporarse a cualquier puesto en la administración de justicia, resultaba desproporcionado en atención a las circunstancias. Las razones de la decisión estribaban en un error puntual en el ejercicio de sus funciones (presentar un recurso fuera de plazo) y una irregularidad fiscal de su cónyuge, que no había declarado los ingresos percibidos por desempeñar una actividad profesional durante unos meses en Arabia Saudí (20.000 euros). El Tribunal considera que no cabe equiparar a la corrupción sistemática dos errores o defectos puntuales, y que por tanto la sanción impuesta no se ajustaba a criterios de proporcionalidad.

Posiblemente con más recorrido futuro, la sentencia *Melike vs. Turquía*¹⁸ parece ofrecer pistas relevantes sobre cómo afrontará el Tribunal los cada vez más crecientes litigios motivados por la exposición del trabajador en redes sociales. En concreto, una empleada pública fue despedida por «perturbar la paz, la tranquilidad y el orden en el lugar de trabajo», a resultas de utilizar la opción «me gusta» en su perfil de Facebook refiriéndose a publicaciones de terceros críticas con las autoridades políticas y/o religiosas. En apariencia, ninguna de esas publicaciones tenía relación directa con su trabajo. El TEDH, como parece razonable, considera que esa sanción vulnera el derecho a la libertad de expresión, pero la argumentación es menos contundente de lo que en principio cabría imaginar.

Es cierto, desde luego, que el asunto tiene su origen en el empleo público, pero no parece que la naturaleza del empleador fuera un factor relevante para el Tribunal, que se apoya, en primer lugar, en que no podía imputarse a la trabajadora la autoría de las publicaciones, sino que se limitaba mostrar su conformidad mediante esa opción «me gusta». En segundo lugar, que la trabajadora no contaba con trascendencia pública ni con gran capacidad de influencia, lo que quedaba demostrado por la escasa popularidad de las publicaciones que compartía (algunas con menos de diez comentarios o seguidores) y que ni siquiera estaba claro que fueran conocidas por sus compañeros ni que tuvieran impacto alguno en el clima laboral. En tercer lugar, que la administración no había procedido a la sanción inmediatamente después de esa actividad en redes, sino que había esperado varios meses (entre seis y nueve meses, dependiendo de la publicación). Y en cuarto lugar, que el despido, habida cuenta de las circunstancias, constituía una sanción claramente desproporcionada. Estos argumentos, sin embargo, no cierran la puerta a sanciones disciplinarias por

¹⁸ De 15 de junio de 2021, recurso 35786/19.

la actividad en redes sociales de los trabajadores, aun cuando se trate de actuaciones o comentarios sin conexión alguna con el trabajo.

También en relación con las redes sociales, si bien la perspectiva difiere porque la cuestión litigiosa entronca con la adecuación y efectividad de los procedimientos de reclamación, conviene traer a colación la STEDH *Kozan vs. Turquía*¹⁹, relativa a la sanción impuesta a un juez por compartir en su muro de Facebook una noticia de prensa que cuestionaba la independencia del órgano de gobierno de los jueces. La sentencia considera, por un lado, que esa sanción es contraria a la libertad de expresión y, por otro, y dedicando mayor esfuerzo argumentativo, que esta clase de sanciones deben disponer de un recurso adecuado, lo que no había sido el caso. En efecto, la sanción fue impuesta por el propio órgano de gobierno de los jueces, y sus miembros formaban parte también de la comisión que resolvió el recurso, lo que incurre en una evidente falta de imparcialidad, agudizada además en el caso concreto por la ausencia de un recurso en vía jurisdiccional²⁰.

Este es un reproche, en verdad, muy común en la doctrina del TEDH, que insiste con frecuencia en la necesidad de habilitar un control judicial frente a las sanciones disciplinarias, que no pueden sustanciarse exclusivamente en el ámbito de la administración. Así sucede, en este mismo periodo de referencia, en la sentencia *Camelia Bogdan vs. Rumanía*²¹, en relación con una juez que, en tanto se sustanciaba un recurso judicial frente a una sanción disciplinaria, fue suspendida de funciones, decisión esta última frente a la que no se había habilitado una vía de impugnación, omisión contraria al derecho a un proceso equitativo.

El respeto a las garantías procesales no es una cuestión menor, y a menudo el Tribunal debe abordar el litigio desde la perspectiva de ese art. 6 del Convenio, equivalente a nuestro derecho a la tutela judicial efectiva. Ese es un derecho que exige garantizar la «igualdad de armas» en el proceso, de manera que la tutela del trabajador no transite por vías meramente formales. Ahora bien, la presencia de un fiscal en un proceso de despido no vulnera ese derecho en tanto que esas garantías sigan presentes, por más que el fiscal se alinee con las posiciones del empleador. Como advierte la sentencia *Kramareva vs. Rusia*²², lo relevante es que la opinión

¹⁹ De 1 de marzo de 2022, recurso 16695/19.

²⁰ También sobre la falta de imparcialidad de los órganos encargados de conocer los recursos frente a las sanciones impuestas a jueces, *vid.* STEDH *Catană vs. República de Moldavia* (de 21 de febrero de 2023, recurso 43237/13).

²¹ De 20 de octubre de 2020, recurso 36889/18.

²² De 1 de febrero de 2022, recurso 4418/18.

del fiscal no adquiera un valor determinante y anule cualquier esfuerzo probatorio del trabajador, lo que no sucedía, en opinión del TEDH, en el caso enjuiciado. Por cierto, conviene tener en cuenta que Rusia, miembro del Consejo de Europa desde 1996, fue expulsada de esa organización el 16 de marzo de 2022, a resultas de la invasión de Ucrania, y dejó de ser parte en el CEDH con efectos de 16 de septiembre de 2022. Sin embargo, el TEDH decidió resolver los casos planteados con anterioridad a ese momento, aunque no se precisa cuáles pueden ser las consecuencias de eventuales condenas²³.

En el marco del derecho a un proceso equitativo, la prueba es, qué duda cabe, un aspecto crucial. Por razones nítidas, y conectadas con los derechos en juego, la prueba del despido disciplinario ha sido objeto en los últimos años de mucha atención por parte del TEDH, porque su obtención no siempre es compatible con el respeto a los derechos humanos. Es una problemática no específica del derecho procesal laboral, sino que conecta íntimamente con el derecho penal, pues algunas conductas pueden merecer un reproche más intenso que la sanción disciplinaria en el contexto del trabajo. Precisamente por ello, se suscitan a menudo dudas sobre la posibilidad de utilizar evidencias obtenidas en el contexto de una investigación criminal con fines de sanción laboral. Se trata de situaciones con alto grado de complejidad, de muchas aristas, y que no siempre tienen una respuesta fácil.

En el periodo de referencia, la sentencia *Adomaitis vs. Lituania*²⁴ admite que puede servir como lícito medio prueba en el proceso laboral el resultado de escuchas telefónicas y de comunicaciones electrónicas autorizadas judicialmente en la oficina del director de una prisión, que revelaron situaciones de corrupción (concesión de ventajas a presos a cambio de dinero). Las pruebas obtenidas en ese proceso de investigación criminal se consideraron insuficientes para la iniciación de un proceso penal, pero la ley lituana permite que la fiscalía proporcione la información pertinente al empleador para que proceda a una sanción disciplinaria, lo que derivó en el cese del director de la prisión. El TEDH considera esas actuaciones compatibles con el derecho a un proceso equitativo, y advierte que resulta plenamente proporcional el uso de la información obtenida en una investigación criminal con fines de sanción laboral, especialmente en casos de personas que ejerzan cargos de relevancia —que deben «liderar con el

²³ Vid. <https://budoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7559628-10388013>.

²⁴ De 18 de enero de 2022, recurso 14833/18.

ejemplo» (apartado 87)— y que sean acusados de infracciones de gravedad. Se añade que el interesado nunca cuestionó realmente la veracidad de los hechos, sino que centró su defensa en la legalidad de la interceptación de sus comunicaciones (que se extendió durante doce meses).

Por su parte, la sentencia *Felix Guțu vs. Moldavia*²⁵ valora la licitud de un despido disciplinario que afectaba a un trabajador que, tras una investigación penal por apropiación indebida de fondos de su empleador, quedó exonerado de responsabilidad en aplicación de una ley de amnistía. El empleador, no obstante, despidió al trabajador a partir de los hechos que derivaban de la investigación penal, decisión que el Tribunal considera contraria al derecho a un proceso equitativo, porque la amnistía no equivale a una declaración de culpa y debe preservarse el derecho a la presunción de inocencia. Sin duda influye en la respuesta que, a la luz de los hechos probados, si bien el trabajador efectivamente había incurrido en conductas poco éticas, y susceptibles de sanción disciplinaria —había pretendido el reembolso de gastos de estancia aportando una factura de hotel falsa—, una vez que recibió la negativa a ese reembolso solicitó que los gastos injustificados fueran deducidos de su salario, y, además, la cantidad total solicitada no superaba el importe que globalmente la empresa asignaba al trabajador para cubrir los gastos de viaje. Dicho de otra manera, el Tribunal entiende, seguramente, que la conducta, aunque reprobable, no merecía la sanción disciplinaria máxima, pero el asunto no se plantea desde esa perspectiva, sino a partir de los efectos de la amnistía.

Aun cuando las sentencias reseñadas cuentan con un indudable interés, quizá la más relevante en este periodo, pues su doctrina podría aplicarse en apariencia sin dificultad a un asunto similar con origen en España, es la que se ocupa de la licitud del control de los trabajadores por geolocalización, la sentencia *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo vs. Portugal*²⁶. El asunto tiene su origen en una sanción disciplinaria a un trabajador por falsear los datos del sistema de geolocalización instalado en el vehículo que la empresa había puesto a su disposición para desarrollar el trabajo. En concreto, la empresa había decidido instalar este sistema como medio para comprobar los kilómetros recorridos por el vehículo, ya que permitía su utilización con fines privados, pero el trabajador debía reembolsar a la empresa una cantidad por cada kilómetro no jus-

²⁵ De 20 de octubre de 2020, recurso 13112/07.

²⁶ De 13 de diciembre de 2022, recurso 26968/16.

tificado por razones de trabajo (0,15 euros por km hasta los 6.600 km, y 0,40 por cada km adicional). El trabajador sancionado había manipulado el GPS instalado en su coche y además había declarado un número de kilómetros recorridos con fines laborales superior al real, para ocultar los desplazamientos privados.

Como era previsible tras las sentencias *Bărbulescu vs. Rumanía*²⁷, *Libert vs. Francia*²⁸ y *López Ribalda vs. España*²⁹, de gran impacto en nuestro país³⁰, el Tribunal de Estrasburgo aplica el test de proporcionalidad, en los términos de esa doctrina previa, para llegar a la conclusión de que la actuación empresarial se encontraba justificada. Desde luego, la empresa había informado sobre la instalación del dispositivo de geolocalización, que era conocido por el trabajador sancionado, valorándose expresamente que la agencia de protección de datos portuguesa había admitido su licitud y el trabajador no había impugnado en su momento esa resolución. En la decisión final tiene mucho peso que la empresa no pretendía comprobar la ubicación exacta del trabajador en todo momento, y en particular fuera de las horas de trabajo, sino que únicamente prestaba atención a los kilómetros recorridos dentro y fuera de la jornada, con un objetivo legítimo (control del gasto), y restringiendo el acceso a la información a un número de personas muy limitado. Tomando además en consideración que no se encuentran medios menos invasivos para efectuar esa comprobación, la sentencia considera lícita la actuación empresarial, toda vez que el trabajador no cuestionaba la veracidad de la información, sólo la forma en que se había obtenido.

²⁷ De 5 de septiembre de 2017, recurso 61496/08.

²⁸ De 22 de febrero de 2018, recurso 588/13.

²⁹ De 17 de octubre de 2019, recursos 1874/13 y 8567/13.

³⁰ Por todos, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, «De “Barbulescu II” a “López Ribalda”, ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda “et alii” vs. España», *RTSS (CEF)*, núm. 419 (2018), pp. 125 y ss.; L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, «Protección de datos y derechos digitales de los trabajadores», en L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Madrid, Civitas, 2020, pp. 219 y ss.; J. L. GOÑI SEIN, «Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control defensivo “ex post”», *Trabajo y Derecho*, núm. 47 (2018) (smarteca); A. DESDENTADO BONETE, y E. DESDENTADO DAROCA, «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bărbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Revista de información laboral*, núm. 1 (2018), pp. 35 y ss.

5. ACTIVIDAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La libertad sindical es el único derecho estrictamente laboral que se reconoce en el CEDH, cuyo art. 11, que lleva por título «libertad de reunión y de asociación», se refiere al «derecho a fundar» sindicatos y a «afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Es un derecho que ha dado lugar a numerosos conflictos ante el TEDH, pero normalmente en contextos extraños al ordenamiento español, y en concreto en países donde la libertad sindical no se reconoce como derecho fundamental, o con un alcance tan amplio como en España. Sin embargo, con el tiempo ese derecho ha ido ganando en protagonismo, no sólo en relación con su ámbito de aplicación, sino también con el alcance y contenido de la libertad sindical, que puede comprender otros derechos colectivos, como la adopción de medidas de conflicto y la negociación colectiva. Todas esas facetas están presentes en la doctrina reciente del TEDH.

En primer término, y en relación con el ámbito subjetivo del derecho, la sentencia *Yakut Republican Trade-Union Federation vs. Rusia*³¹ aborda una cuestión de notable interés dogmático, como es la extensión de la libertad sindical a los penados que realizan un trabajo en prisión. En concreto, la Administración rusa rechazó la solicitud de un sindicato de presos constituido en una cárcel para formar parte de una federación de sindicatos. La constitución del sindicato había tenido lugar tras una visita a la cárcel del presidente de la federación, quien, tras comprobar que el trabajo de los penados (en un aserradero y en tareas de mantenimiento) se realizaba en condiciones no adecuadas (bajos salarios, exceso de horas de trabajo y escasas medidas de seguridad) les convenció para formar un sindicato y solicitar su incorporación a la federación que él presidía. El TEDH considera que la negativa de la administración rusa a esa operación es compatible con el CEDH, pero advierte que este es un instrumento evolutivo y que la respuesta obedece a que no existe «suficiente consenso» entre los Estados parte para el reconocimiento del derecho en este momento, dejando entrever que la respuesta pudiera ser diferente en un futuro próximo.

También con origen en el mismo país, la sentencia *Zakharova y otros vs. Rusia*³² perfila los límites de las represalias frente a las decisiones de afiliación y pertenencia sindical. En un supuesto de hecho ciertamente alam-

³¹ De 7 de diciembre de 2021, recurso 29582/09.

³² De 8 de marzo de 2022, recurso 12736/10.

bicado, los afectados, miembros de un sindicato minoritario, rechazaron seguir las directrices de la administración para unirse a una determinada organización sindical de mayor ámbito, y optaban o bien por permanecer al margen de cualquier otra organización, o bien por unirse a una diferente a la sugerida por las autoridades administrativas. En el contexto de todo ese proceso sus condiciones de trabajo comenzaron a empeorar, con afectación a su tiempo de trabajo y su salario, e incluso fueron despedidos quienes no aceptaron esas nuevas condiciones. La sentencia insiste en la necesidad de protección del derecho de libertad sindical y en la concurrencia de indicios suficientes de represalias que debían haber sido refutados por la administración, pues en estos casos debe invertirse la carga de la prueba. Las autoridades rusas no procedieron de ese modo, vulnerando los arts. 11 (libertad sindical) y 14 (no discriminación) del CEDH, apreciados conjuntamente.

En relación con la actividad sindical, han sido frecuentes las sanciones a representantes sindicales por manifestaciones o actuaciones en el ejercicio de sus funciones que incomodaban al empleador, y el Tribunal ha construido una sólida doctrina al respecto. La sentencia *Straume vs. Letonia*³³ vuelve a ponerlo de manifiesto, en relación con una controladora aérea que, en condición de representante sindical, y junto con otros compañeros, firmó y envió a los órganos competentes una carta advirtiendo sobre determinadas circunstancias que constituían, a su juicio, un riesgo de seguridad. A resultas de esa carta, el empleador decidió suspender de empleo y sueldo a la trabajadora, estimando que se había generado alarma social, y, aunque después permitió su reincorporación, no le asignó tareas, hasta que finalmente dejó de abonar el salario. La sentencia considera estas represalias incompatibles con los arts. 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad sindical) del CEDH, tomando en consideración, en primer lugar, que la acción se encuadra plenamente en el ejercicio de la libertad sindical. En segundo lugar, que la carta no se envió a los medios de comunicación, sino a las instancias políticas y administrativas competentes. En tercer lugar, que no se había cuestionado la veracidad de la información contenida en la carta. Y en cuarto lugar, las deficiencias en el proceso judicial ante los tribunales internos, que habían aceptado acríticamente alegaciones genéricas («el tráfico aéreo es seguro») y no analizado en profundidad el supuesto.

Desde luego, también resultan de interés los pronunciamientos relativos a la licitud de las restricciones a las reuniones, manifestaciones o pro-

³³ De 2 de junio de 2022, recurso 59402/14.

testas que prácticamente todos los Estados europeos impusieron durante la pandemia. La sentencia *Communauté Genevoise D'action Syndicale (CGAS) vs. Suiza*³⁴ concluye que una prohibición general de esos derechos de acción sindical no resulta proporcional, pues debe implementarse un control jurisdiccional que permita efectuar una valoración caso por caso. Cabría pensar que esa es la respuesta que merecerán otros asuntos pendientes ante el TEDH, y en particular, en lo que nos interesa, el planteado en *Central Unitaria de Trabajadores/as vs. España*³⁵, acerca de las restricciones impuestas para realizar actos sindicales el 1 de mayo de 2020. No obstante, la sentencia relativa a Suiza ha sido objeto de recurso ante la Gran Sala, y comoquiera que el TEDH siempre ha concedido un gran margen de apreciación al Estado cuando estaba en juego la salud pública, no es descartable que el resultado final pudiera ser diferente.

En el terreno más propio del conflicto colectivo, la decisión de admisibilidad *Bariş y otros vs. Turquía*³⁶ clarifica que la protección del art. 11 del Convenio requiere que las eventuales represalias tengan lugar por el ejercicio efectivo del derecho de libertad sindical o, dicho de otro modo, por la organización y participación en medidas de acción sindical en sentido propio, esto es, amparadas por los legítimos representantes. En concreto, un grupo de trabajadores fue despedido tras su negativa a incorporarse al trabajo en protesta por la firma de un convenio colectivo que entendían perjudicial para sus intereses. Era una reclamación, por tanto, más contra el sindicato firmante que contra el empleador. En esas condiciones, el TEDH considera que la protesta no podía ser considerada como una huelga legítima ni como una medida de conflicto colectivo, y por tanto no estaba amparada por el art. 11 del CEDH.

De mucho interés resulta, sin lugar a dudas, la sentencia *Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) vs. Noruega*³⁷, por sus evidentes paralelismos con las SSTJUE *Laval*³⁸, *Viking*³⁹ y *Rüffert*⁴⁰, que en su momento consideraron que las medidas de acción sindical y conflicto colectivo deben respetar las libertades fundamentales de la UE, y en particular las libertades de esta-

³⁴ De 15 de marzo de 2022, recurso 21881/20.

³⁵ Recurso 49363/20.

³⁶ De 13 de diciembre de 2021, recurso 66828/16.

³⁷ De 10 de junio de 2021, recurso 45487/17.

³⁸ De 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05.

³⁹ De 11 de diciembre de 2007, asunto C 438/05.

⁴⁰ De 3 de abril de 2008, asunto C-346/06.

blecimiento y prestación de servicios. Esas sentencias motivaron cambios internos en los países implicados, en este caso Noruega, de modo que las medidas de acción colectiva ya no pueden adoptarse directamente, sino que deben anunciarse y obtener una autorización judicial previa. En el caso, el sindicato noruego pretendía que una empresa naviera aplicara el convenio colectivo de estibadores al personal encargado de la carga y descarga de sus buques, así como que contratase a los estibadores por el procedimiento portuario correspondiente, y no directamente a las personas que el empleador deseaba que realizaran esa actividad. La empresa no aceptó esas condiciones, por lo que el sindicato planteó un boicot que, finalmente, el Tribunal Supremo noruego consideró contrario a los acuerdos de libre comercio, pues si bien Noruega no es parte de la UE, sí lo es del Espacio Económico Europeo.

El sindicato afectado plantea el recurso ante el TEDH, que, en primer término, deja claro que las libertades de establecimiento y prestación de servicios no pueden convertirse en elemento decisivo desde la perspectiva del art. 11 del Convenio, porque esas no son libertades que el Consejo de Europa o el CEDH estén llamados a promocionar. Esas libertades pueden, desde luego, contar con un peso en el proceso de valoración, pero no alcanzan la misma relevancia que en el marco del Derecho de la Unión. El TEDH se encuentra entonces en una posición compleja, porque parece dar a entender que de acuerdo con el CEDH el boicot planteado debería ser lícito, pero asume que ello pondría a los tribunales nacionales en la difícil tesitura de incumplir alguna obligación internacional, porque la respuesta que deriva de los distintos compromisos internacionales no es conciliable. Ante esa disyuntiva, la sentencia decide no entrar en conflicto, afirmando que el Tribunal Supremo noruego no interpretó el asunto a partir del art. 11 del CEDH, sino que se centró en los efectos del boicot sobre la libertad de establecimiento, entendiendo que esa forma de aproximación no excede del «amplio margen de apreciación» de las autoridades internas. Es, por supuesto, una decisión consciente para evitar la colisión con un tribunal de tanta entidad como el TJUE. Cuando la discrepancia se plantea con otros órganos el TEDH suele advertir que la interpretación de textos internacionales sobre derechos humanos por entes diferentes puede conducir a resultados no uniformes⁴¹.

⁴¹ Por ejemplo, *vid. Popović y otros vs. Serbia* (de 30 de junio de 2020, recurso 26944/13, apartado 79), en relación con las conclusiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, la negociación colectiva ha contado con su espacio en la doctrina reciente del Tribunal de Estrasburgo, en un asunto de cierta relevancia dogmática. En efecto, la sentencia *Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining and others vs. Alemania*⁴² permite al TEDH perfilar la tutela que ofrece el Convenio al derecho a la negociación colectiva. El asunto trae causa de Alemania, donde se admitía tradicionalmente que cada sindicato negociara un convenio colectivo propio, dirigido a sus afiliados, de modo que en una misma empresa podían coexistir, vigentes y aplicables, varios convenios colectivos. Obviamente, esa pluralidad de productos negociados daba lugar a disfunciones, porque trabajadores que desempeñaban las mismas tareas estaban sujetos a condiciones distintas, lo que motivó un cambio legal en 2015 para priorizar el convenio de la organización sindical mayoritaria, de modo que todos los demás resultaban inaplicables —una regla de articulación con cierta similitud a nuestra prohibición de concurrencia—, sin perjuicio de que se habilitara una fórmula de adhesión a ese convenio mayoritario y se garantizara que en futuras negociaciones los sindicatos minoritarios pudieran presentar sus propuestas al empresario.

Ese nuevo régimen legal fue contestado judicialmente por los sindicatos minoritarios, ante la significativa reducción de sus posibilidades de actuación, máxime cuando los empleadores, en su mayor parte, decidieron negociar directamente con el sindicato mayoritario y no dedicar tiempo a otros procesos negociadores de nula eficacia práctica. Aunque ese resultado era innegable, la sentencia considera lícita la regulación, porque no se priva a ninguna organización sindical del derecho a negociar, ni tampoco se excluye a sus afiliados de contar con un convenio colectivo, aunque sea por la vía de la adhesión. Más concretamente, el Tribunal advierte que el derecho a la negociación colectiva no conlleva necesariamente el derecho a suscribir un convenio colectivo, y de alguna forma establece una diferencia entre el contenido esencial y el contenido adicional del derecho a la libertad sindical. En este sentido, el contenido esencial del art. 11 del Convenio estaría conformado por el derecho a contar con representantes sindicales, a ser oídos por el empresario y a adoptar medidas de conflicto colectivo. En cambio, el derecho a la negociación colectiva no formaría parte esencial del derecho de libertad sindical, y por eso la preferencia por los sindicatos mayoritarios no vulnera el citado art. 11 CEDH, sino que viene justificada por el legítimo objetivo de articular un sistema más armónico y funcional.

⁴² De 5 de julio de 2022, recursos 815/18 y otros.

6. CÁLCULO DE LA CUANTÍA Y CONSERVACIÓN DE LAS PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Las reglas sobre cálculo y disfrute de las pensiones han dado lugar a numerosos litigios ante el TEDH, pese a que el derecho a la seguridad social no figura como tal en el CEDH, ni tampoco es fácilmente deducible de ninguno de los otros derechos reconocidos en ese texto. No existe, pues, una vía o camino directo, o evidente, para plantear litigios sobre prestaciones sociales ante el TEDH, pero el Tribunal ha encontrado fórmulas indirectas, como el derecho a un proceso equitativo (por la dilación de los trámites, administrativos y procesales)⁴³ y la prohibición de discriminación. Asimismo, preceptos de carácter más sustantivo han servido de sustento jurídico para pronunciarse sobre algún asunto, como por ejemplo las formas de convivencia que permiten el disfrute de la pensión de viudedad, aspecto que puede ser analizado desde la perspectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH⁴⁴. Con todo, la vía de acceso más frecuente al TEDH de los litigios en materia de protección social no ha sido ninguno de los derechos consagrados en el Convenio, sino el Protocolo núm. 1 de 1952, cuyo art. 1 reconoce el derecho a la «protección de la propiedad». Ese es un precepto que el Tribunal ha considerado aplicable a las prestaciones de Seguridad Social, que constituyen un «bien» susceptible de tutela⁴⁵.

Sea cual sea la base jurídica, el Tribunal ha elaborado un amplio acervo de doctrina sobre las pensiones de seguridad social, que se ha nutrido en los últimos años con sentencias de cierto interés. Algunas de ellas, ciertos es, se encuentran muy mediatizadas por el supuesto de hecho, y difícilmente pueden extrapolarse sus conclusiones a otros Estados, al menos a partir de un funcionamiento más o menos ordinario. Es el caso de la sentencia *Savickis y otros vs. Letonia*⁴⁶, en relación con el cómputo de periodos de cotización en otras ex repúblicas antes de la desmembración de la Unión Soviética, que Letonia sólo admite en su integridad respecto de ciudada-

⁴³ A modo de ejemplo, *vid.* STEDH *Sopp vs. Alemania* (de 8 de octubre de 2009, recurso 47757/06), en relación con la desmedida duración de un proceso de calificación de una contingencia como profesional o común.

⁴⁴ *Vid.* STEDH *Şerife Yiğit vs. Turquía* (de 20 de enero de 2009, recurso 3976/05), sobre denegación de la pensión de viudedad a una pareja que había contraído matrimonio religioso, pero no civil, el único con efectos en Turquía en esos momentos.

⁴⁵ *Vid.* STEDH *Gaygusuz vs. Austria* (de 16 de septiembre de 1996, recurso 17371/90).

⁴⁶ De 9 de junio de 2022, recurso 49270/11.

nos letones, y no de nacionales de otros Estados. El Tribunal, en una decisión muy dividida (10 votos frente a 7), permite la diferencia de trato por considerar que se había producido un proceso de independencia, de modo que Letonia no debía asumir necesariamente las obligaciones que correspondían a la Unión Soviética. En ese contexto tan especial, en el que era necesario construir estructuras de Estado, y entre ellas el sistema de Seguridad Social, la sentencia entiende que ha de concederse al país naciente un margen de apreciación más amplio del ordinario.

De igual forma, las peculiaridades del contexto normativo son determinantes en la sentencia *Moraru and Marin vs. Rumanía*⁴⁷. Tanto el TEDH como el TJUE han debido enfrentarse en el pasado con legislaciones nacionales que establecían edades de jubilación distintas para hombres y mujeres en determinados cuerpos de funcionarios, diferencia que se ha cuestionado, aunque ofreciendo márgenes para proceder a una reforma legal. Menos flexibilidad, como se aprecia en esta sentencia, se concede en situaciones donde la diferencia de trato por razón de sexo no afecta exclusivamente a la edad de jubilación, entendida como momento en el que es posible causar la pensión, sino que la edad se configura como una causa de extinción del contrato, prácticamente a modo de jubilación forzosa. El Tribunal no encuentra razones que justifiquen la expulsión de la vida profesional de las mujeres con anterioridad a los hombres, y se apoya, por un lado, en un posterior cambio legislativo en Rumanía que había eliminado esa diferencia, y, por otro, en la jurisprudencia del TJUE, que había calificado la extinción del contrato en esas circunstancias como discriminación directa⁴⁸.

Por su parte, la sentencia *Popović y otros vs. Serbia*⁴⁹ cuestiona la compatibilidad con el CEDH de las diferencias entre las pensiones de incapacidad dirigidas a militares y las establecidas para civiles, porque las fórmulas de cálculo del importe eran más generosas para el personal militar. El Tribunal, con argumentos de distinto calado, concluye que esa diferencia de trato no ha de estimarse contraria al Convenio, porque concurren rasgos peculiares entre uno y otro colectivo que permiten justificarla, como el origen mismo de los daños producidos. Significativamente, la sentencia considera que los Estados tienen una «deuda moral» con los veteranos de guerra (apartado 76).

⁴⁷ De 20 de diciembre de 2022, recursos 53282/18 and 31428/20.

⁴⁸ Vid. SSTJUE *Kleist* (de 18 de noviembre de 2010, asunto C-356/09) y *Kuso* (de 12 de septiembre de 2013, asunto C-614/11).

⁴⁹ De 30 de junio de 2020, recurso 26944/13.

En relación asimismo con la cuantía, la Sentencia *D'Amico vs. Italia*⁵⁰ reprocha al Estado la aprobación de una legislación retroactiva que modificaba la fórmula de cálculo de una pensión obviando el momento del hecho causante. El supuesto es ciertamente peculiar, porque tras un cambio legislativo, de alcance no totalmente nítido, la administración decidió recalcular el importe de las prestaciones precedentes, lo que suponía un perjuicio para algunos beneficiarios. El demandante recurrió y, durante la sustanciación del procedimiento judicial, el legislador aprobó una norma que proporcionaba una interpretación auténtica de la reforma cuestionada, en sentido contrario a los intereses del beneficiario. La sentencia admite que el propósito del legislador, que consistía en homogeneizar el régimen jurídico de las pensiones entre el ámbito público y el privado, era completamente legítimo, pero condena al Estado por esta aplicación indebida de la retroactividad, contraria al derecho a un proceso equitativo del art. 6 del CEDH.

En cambio, la Sentencia *P. C. vs. Irlanda*⁵¹ es más generosa con la actuación de la entidad gestora, que había decidido suspender la pensión de jubilación de un beneficiario durante el tiempo de permanencia en prisión cumpliendo condena. Al margen de alguna precisión técnica de interés (la sentencia rechaza la aplicación del Protocolo 1 considerando que en este caso la pensión no puede enmarcarse en el derecho de propiedad por la expresa previsión legal que configuraba el tiempo en prisión como causa de suspensión), se concluye que el Estado irlandés no había incurrido en discriminación, pues, por una parte, la causa de suspensión no afectaba exclusivamente a las pensiones de jubilación, sino que alcanzaba asimismo a otras prestaciones, y, por otra, el mantenimiento de la pensión en situaciones de prisión preventiva se justificaba por el principio de presunción de inocencia.

7. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El art. 14 del CEDH recoge la «prohibición de discriminación», de modo que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u

⁵⁰ De 17 de febrero de 2022, recurso 46586/14.

⁵¹ De 1 de septiembre de 2022, recurso 26922/19.

otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Conviene resaltar que este es un precepto no susceptible de aplicación autónoma —«no tiene existencia independiente»⁵², en palabras del Tribunal—, sino que debe invocarse siempre en conexión con alguno de los derechos sustantivos recogidos en el propio Convenio. Por tanto, el supuesto de hecho debe encajar en alguno de los derechos sustantivos, aunque no lo vulnere, y en tal caso la situación puede analizarse bajo el prisma de la prohibición de discriminación. Es una limitación que el Consejo de Europa ha tratado de superar a través del Protocolo 12, de 4 de noviembre de 2000, en el que se contempla una prohibición general de discriminación, sin necesidad de relacionar el supuesto con ningún derecho sustantivo, pero ese es un Protocolo que no ha sido ratificado aún por todos los Estados parte⁵³, lo que desde luego perjudica su eficacia⁵⁴.

Pese a tales limitaciones, el Tribunal se pronuncia a menudo sobre el alcance de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y su doctrina es, en esencia, equiparable a la de otros órganos con competencia para la interpretación del alcance de los derechos humanos/fundamentales. Así se aprecia, por ejemplo, en la sentencia *Moraru vs. Rumanía*⁵⁵, que considera discriminatoria la exclusión de una mujer de los estudios de medicina militar porque su altura (1,50) y su peso (44 kg) no alcanzaban el estándar mínimo (1,55 de altura y 47,03 kg para las mujeres, frente al 1,65 cm y 55,26 kg para los hombres). La administración aducía que todo el personal militar, incluido el sanitario, podía ser llamado a operaciones, que exigen reunir determinados requerimientos de aptitud física para cargar con equipos pesados. La sentencia reconoce que no se produce en este caso una discriminación indirecta, porque los requisitos para hombres y mujeres son diferentes, y no más gravosos para las mujeres, pero considera inadmisibles la diferencia de trato por varias razones.

⁵² Cfr. STEDH *Andrejeva vs. Letonia* (de 18 de febrero de 2009, recurso 55707/00).

⁵³ El Protocolo núm. 12 ha entrado en vigor para Albania, Andorra, Armenia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Chipre, Finlandia, Georgia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Holanda, República de Macedonia, Portugal, Rumanía, San Marino, Serbia, Eslovenia, España y Ucrania. Por tanto, todavía no ha sido ratificado por Estados muy significados en el seno del Consejo de Europa, como Francia, Reino Unido o Alemania.

⁵⁴ *Vid.* B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, «La eficacia de la protección antidiscriminatoria por origen racial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Social*, núm. 69 (2015), pp. 207-208; R. M. MESTRE I MESTRE, «La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33 (2016), pp. 128-129.

⁵⁵ De 8 de noviembre de 2022, recurso 64480/19.

La primera, y principal, es que una diferencia de trato de esta índole no puede basarse en prejuicios, ni en aspectos netamente formales, sino que ha de sustentarse en evidencias, de modo que los tribunales internos están obligados a verificar si las alegaciones del empleador (esos requerimientos mínimos sobre aptitud física) responden a exigencias reales. En segundo lugar, y en conexión con esa no aceptación acrítica de las alegaciones del empleador (argumento reiterado en otras sentencias, como la ya reseñada relativa a la sanción a una representante sindical en el ámbito de los controladores aéreos), el Tribunal recuerda que la altura y el peso, por sí mismos, no permiten determinar con precisión la fuerza y la resistencia de una persona. Y, en tercer lugar, la sentencia advierte que esos requisitos de altura y peso habían sido suprimidos por una reforma legal posterior, así que no parecían tan imprescindibles (argumento también utilizado en otras ocasiones, como la ya aludida sentencia sobre distintas edades de jubilación forzosa entre hombres y mujeres).

Desde cierta perspectiva, es probable que la sentencia *Jurčić vs Croacia*⁵⁶ pueda considerarse como la más significativa de este periodo reciente, por la contundencia del reproche a la actuación estatal respecto de una mujer, demandante de empleo, que, tras someterse a un proceso de fecundación *in vitro*, inicia una relación laboral diez días después. Tras dos semanas de trabajo se siente indispuesta y, tras la pertinente revisión médica, se confirma su embarazo (gemelos). Desde un primer momento el proceso de gestación se complica, así que recibe la baja médica. Sin embargo, la entidad gestora deniega la prestación de incapacidad temporal considerando fraudulenta la actuación de la trabajadora. En concreto, se entiende que el contrato incurría en simulación, o que carecía de causa, porque cuando se celebró la trabajadora no se encontraba en condiciones físicas de desempeñar la actividad, y su única intención consistía en percibir las prestaciones, a las que no tendría derecho como demandante de empleo.

La sentencia muestra su preocupación por la actuación de la administración croata, pues consta probado que se investiga como sospechoso de fraude todo contrato de trabajo celebrado con mujeres embarazadas, particularmente cuando se encuentran en avanzado estado de gestación o su empleador es un familiar. El Tribunal califica esta práctica de «problemática» (*generally problematic*) y muestra su «preocupación expresa» (*express concern*) por el «trasfondo» (*overtones*) de la actuación de las autoridades croatas, de la que se deduce que las mujeres no deben buscar trabajo ni

⁵⁶ De 4 de febrero de 2021, recurso 54711/15.

prestar servicios durante el embarazo. La sentencia recuerda que las medidas de protección del embarazo son esenciales para garantizar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y que no cabía encontrar el mínimo indicio de fraude en la actuación de la trabajadora. Obviamente, una eventual recomendación de reposo tras la fecundación *in vitro* no puede derivar en la pérdida automática de oportunidades de empleo (por autoexclusión), y en el momento en el que celebró el contrato la afectada desconocía si el proceso había tenido éxito, y no podía anticipar que el eventual embarazo iba a generar riesgos o complicaciones que interferirían con el normal desempeño de un trabajo. Además, la legislación croata no impone la obligación de comunicar durante el proceso de contratación que se había sometido a ese proceso, ni tampoco el empleador podía realizar indagaciones sobre esa cuestión, por motivos obvios que conducen a la discriminación directa.

Obviamente, no toda decisión que el empleador adopte durante el embarazo de una trabajadora debe considerarse necesariamente discriminatoria, como recuerda la sentencia *Napotnik vs. Rumanía*⁵⁷, en relación con una diplomática rumana que prestaba servicios en Eslovenia, encargada de proporcionar asistencia urgente a rumanos detenidos u hospitalizados en Eslovenia. La trabajadora había dado a luz en junio de 2008, pero comoquiera que su primer embarazo había revestido complicaciones, entre las ausencias previas al parto por razones médicas y las posteriores por el disfrute de la suspensión del contrato por maternidad y a continuación de las vacaciones (se reincorporó en diciembre de 2008), el tiempo efectivo de trabajo durante el año 2008 había sido muy reducido. Por ello, cuando apenas un mes después de la reincorporación, en enero de 2009, la trabajadora comunica que está nuevamente embarazada, el embajador, en previsión de posibles nuevas ausencias por motivos médicos, decide su retorno a Rumanía para desempeñar otras funciones de carácter más burocrático, no caracterizadas por la urgencia y que no pudieran verse tan afectadas por las eventuales ausencias intermitentes. La sentencia entiende que la particular naturaleza del trabajo resultaba incompatible con una situación médica que pudiera derivar en frecuentes bajas, y, tras un análisis de la situación, no aprecia indicios de discriminación, toda vez que la trabajadora no fue sancionada, ni había rastro alguno de trato peyorativo, pues incluso fue promocionada en dos ocasiones, una durante su primera baja por maternidad y otra en 2016, un año después de retomar sus funciones

⁵⁷ De 20 de octubre de 2020, recurso 33139/13.

tras las dos bajas maternales y una excedencia de cuatro años. La sentencia, en suma, no considera que la carrera diplomática de la trabajadora se viera perjudicada por aquella obligación de retorno a Rumanía en 2009.

Aunque los litigios suelen resultar más infrecuentes, el TEDH también se ha ocupado de la eventual discriminación de los varones, que en algunos Estados disfrutaban de derechos menos generosos que las mujeres en relación con ciertas condiciones o prestaciones que se asocian generalmente a tareas o roles femeninos. Es el caso de la sentencia *Gruba y otros vs. Rusia*⁵⁸, que cuestiona la restricción del permiso parental a los varones en ciertas actividades (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), que sólo pueden disfrutarlo en ausencia de la madre. El Tribunal ya se había pronunciado anteriormente sobre esta cuestión⁵⁹, y reitera nuevamente el carácter discriminatorio de estas limitaciones que sólo conducen a reproducir estereotipos de género.

En el mismo sentido, la sentencia *Beeler vs. Suiza*⁶⁰ declara contraria al CEDH la extinción de la pensión de viudedad de los varones cuando el hijo cumple la mayoría de edad, perjuicio que no sufrían las mujeres. La administración alegaba que el afectado conocía la legislación, de modo que no debía haber abandonado el empleo en su momento, o debería haber preparado el retorno a la actividad laboral con suficiente antelación al cumplimiento de la mayoría de edad de su hijo. La sentencia, en cambio, considera que el hecho de que el interesado conozca la legislación no es relevante cuando la normativa es contraria al Convenio, y más en supuestos de discriminación por razón de sexo, en los que el Estado no dispone de un amplio margen de apreciación, sino que ese margen es estrecho (*narrow*), porque de lo contrario se perpetúan los estereotipos y roles de género. Se advierte, además, que no cabe justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres en las tradiciones, las creencias generales o las actitudes sociales predominantes en un determinado Estado⁶¹.

⁵⁸ De 6 de julio de 2021, recurso 66180/09.

⁵⁹ Vid. SSTEDH *Konstantin Markin vs. Rusia* (de 22 de marzo de 2012, recurso 30078/06) y *Hulea vs. Rumanía* (de 2 de octubre de 2012, recurso 33411/05).

⁶⁰ De 11 de octubre de 2022, recurso 78630/12.

⁶¹ «The Court accordingly reaffirms that references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex, whether in favour of women or men. It follows that the Government cannot rely on the presumption that the husband supports the wife financially (the «male breadwinner» concept) in order to justify a difference in treatment that puts widowers at a disadvantage in relation to widows»; cfr. apartado 110.

8. EN PARTICULAR, LAS SENTENCIAS CON ORIGEN EN ACTUACIONES DEL ESTADO ESPAÑOL

Como es natural, y al igual que sucede con el resto de Estados parte del Consejo de Europa, tanto el marco normativo español, como la actuación de los tribunales y entes administrativos, ha debido afrontar a menudo el escrutinio del TEDH. Entre sentencias y decisiones de admisibilidad pueden encontrarse algo más de dos centenares de pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo que tienen su origen en España. Evidentemente, no todos ellos conectan con la rama social, pero resulta indudable que los derechos laborales y de Seguridad Social han proporcionado al Tribunal numerosas ocasiones para valorar la adecuación del ordenamiento español al CEDH.

Circunscribiendo el análisis al periodo de referencia, cabe localizar dos pronunciamientos de interés, aunque quizá merezca la pena reseñar asimismo la sentencia *Olivares Zúñiga vs. España*⁶², que tiene su génesis en la impugnación del despido de un abogado que solicitaba la nulidad de la decisión empresarial por vulneración de la garantía de indemnidad. El TEDH no aborda el fondo del asunto, sino que se centra en una cuestión procesal, en concreto la inadmisión del recurso de amparo por el no agotamiento de la vía judicial previa, toda vez que el interesado no había interpuesto en su momento el incidente de nulidad de actuaciones. El Tribunal de Estrasburgo concluye que ese no era un requisito previsible, y por tanto la inadmisión del recurso de amparo vulneró el derecho a un proceso equitativo. Entre otros argumentos, la sentencia señala que el propio TC, consciente de la dificultad, flexibilizó su doctrina en 2019. Esos cambios posteriores, como se ha visto (requisitos de acceso a los estudios de medicina militar o distintas edades de jubilación forzosa para hombres y mujeres), son a menudo utilizados por el TEDH en contra de los Estados, pues demuestran que el obstáculo en cuestión no resultaba tan imprescindible.

Al margen de esa cuestión procesal –o de la suscitada en la sentencia *Centelles Mas y otros vs. España*⁶³, en relación con la distinta apreciación de la prueba en diferentes instancias de un procedimiento penal relativo a infracciones en materia de prevención de riesgos laborales-, las dos sentencias más relevantes en este periodo conectan con la misma proble-

⁶² De 15 de diciembre de 2022, recurso 11/18.

⁶³ De 7 de junio de 2022, recurso 44799/19.

mática, la denegación de la pensión de viudedad a parejas de hecho por incumplimiento de los requisitos de formalización de la convivencia. En ambos casos la denegación trae causa de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS/1994. Como se recordará, ese art. 174.3 (actual 221.2 LGSS) concluía señalando que «en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica», lo que conducía a una diferencia entre territorios que incurría en desproporción, pues los requisitos de acceso a la pensión de viudedad podían ser diferentes en función del lugar de residencia.

La STC 40/2014, de 11 de marzo, consideró esta diferencia de trato inconstitucional, declarando la nulidad del precepto, pero modulando sus efectos, pues no sólo se consideró necesario «preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC)», sino que también quedaban al margen de esa sentencia «las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme».

En ese contexto, la sentencia *Domenech Aradilla y Rodríguez González vs. España*⁶⁴ valora la denegación de la pensión de viudedad a dos convivientes de hecho, residentes en Cataluña (donde la formalización de la unión de hecho no requería inscripción registral ni documento público), por aplicación de la doctrina sentada en la STC 40/2014. Aunque se trata de dos recurrentes distintas, los asuntos se acumulan porque el fallecimiento de los causantes se había producido con anterioridad a la sentencia del TC (uno en noviembre de 2013 y otro en enero de 2014), pero la entidad gestora resolvió después de la declaración de nulidad, bien porque la tramitación administrativa no fue particularmente rápida, bien porque la beneficiaria no efectuó la solicitud inmediatamente después del fallecimiento del causante, sino agotando los plazos legales. Sea como fuere, en ambas situaciones el hecho causante es anterior a la sentencia del TC, pero no había recaído resolución firme, de modo que las solicitudes fueron denegadas tanto en vía administrativa como en vía judicial. En ambos casos se presentaron recursos de casación y de amparo, pero fueron desestimados por falta de contradicción el primero y por falta de especial relevancia constitucional el segundo.

⁶⁴ De 19 de enero de 2023 (recursos 32667/19 y 30807/20).

El TEDH considera razonable, desde luego, la supresión de una diferencia de trato que no resulte completamente justificada, de modo que la cuestión litigiosa no consiste en valorar la pertinencia de los requisitos exigidos para disfrutar de la pensión de viudedad, ni tampoco se cuestiona que esas exigencias puedan resultar más o menos gravosas. El objeto de análisis se limita a determinar cómo debe articularse un cambio de criterio que provoca que personas que cumplían los requisitos en un momento dado dejan de cumplirlos de forma inmediata. Más allá de circunstancias particulares de los casos (el retraso en la tramitación administrativa de la solicitud de uno de las interesadas por un error imputable a la administración había provocado que no se dictara resolución antes de la sentencia del TC, sino después, lo que el TEDH considera como una especie de aplicación retroactiva inadmisibles), la sentencia se apoya, esencialmente, en el hecho de que las recurrentes cumplían las condiciones para convertirse en beneficiarias de la pensión de viudedad en el momento del hecho causante, pero un cambio inesperado o no previsible (*unexpected*) modificó su «legítima expectativa» sin que se configurase ningún periodo transitorio. Comoquiera que los causantes habían fallecido, la ausencia de periodos transitorios imposibilitaba el cumplimiento de los requisitos, tanto el de la formalización de la pareja de hecho en sí misma, como el de la duración de esa formalización, toda vez que la inscripción registral o el documento público deben haber tenido lugar con al menos dos años de antelación al fallecimiento. Aceptada la vulneración del CEDH, la sentencia considera que la mejor vía de reparación no consiste en una indemnización, sino en el reconocimiento de la pensión, y sugiere para ello acudir a la revisión de sentencias firmes prevista en el art. 236 LRJS.

Por su parte, la sentencia *Valverde Digon vs. España*⁶⁵ reproduce, en esencia, los mismos argumentos, como parece lógico por su fecha, de apenas una semana después de la anterior. Sin embargo, resulta significativo, por un lado, que este asunto no se acumulase a *Domenech Aradilla y Rodríguez González*, y, por otro, que la decisión final, favorable a la recurrente, se adoptase por cuatro votos a tres, lo que explica, asimismo, que la sentencia venga acompañada de dos votos particulares, u opiniones disidentes en la terminología más propia del TEDH. La razón de la falta de unanimidad estriba en una diferencia esencial entre los distintos supuestos, toda vez que el hecho causante en esta última sentencia se había producido con posterioridad a la STC 40/2014. En concreto, y pese a que el cau-

⁶⁵ De 26 de enero de 2023 (recurso 22386/19).

sante y la recurrente habían convivido juntos desde 2004, formalizaron su unión ante notario el 22 de julio de 2014, y sólo tres días después, el 25 de julio, se produjo el fallecimiento del causante. La solicitud de pensión fue denegada, pues, una vez que el TC se pronunció en marzo de 2014, no era suficiente la formalización de la unión de hecho, sino que tal formalización debe contar con una antigüedad de al menos dos años.

La sentencia *Valverde Digon* se apoya en los mismos argumentos que la precedente, como es razonable, añadiendo que no se aprecia fraude alguno en la conducta de los interesados ante la formalización de la unión de hecho apenas tres días antes del fallecimiento del causante, amén de que constituye una carga excesiva para los particulares exigir determinadas actuaciones en el momento en que tienen lugar circunstancias o acontecimientos de carácter incierto, como la eventual impugnación de una ley. Dicho en otras palabras, el planteamiento de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad no exige que los ciudadanos modifiquen su conducta para adaptarse al resultado de una sentencia futura contraria a sus intereses.

La sentencia, como se dijo, viene acompañada de dos votos particulares, que ponen el acento en diferentes aspectos. El primero coincide con la condena a España por vulneración del Protocolo núm. 1, pero reprocha a la sentencia que no introdujera en su argumentación la perspectiva de género, pues los beneficiarios de la pensión de viudedad son mayoritariamente mujeres, muchas con dificultades para incorporarse al mercado laboral y obtener otros ingresos, por lo que determinados cambios de criterio que endurecen las condiciones de acceso a la pensión pueden generar problemas adicionales y no son neutros en términos de impacto de género.

El segundo, en cambio, discrepa abiertamente de la solución mayoritaria, advirtiendo que el Protocolo núm. 1 no resultaba de aplicación porque en ningún momento la interesada se encontró en «posesión» de un derecho del que fue privada, ni de una «expectativa legítima», toda vez que con anterioridad a la sentencia del TC el hecho causante no se había producido, y, cuando falleció su pareja, el criterio había cambiado y no cumplía las condiciones. Es una diferencia que el voto particular entiende esencial, pues en los casos *Domenech Aradilla* y *Rodríguez González* las dos recurrentes pudieron generar una expectativa legítima de causar la pensión entre el momento del hecho causante, en el que sí cumplían los requisitos, y el momento en que comenzó a surtir efectos la nulidad del párrafo legal declarado inconstitucional. De hecho, si las solicitudes de pensión se hubieran presentado y resuelto inmediatamente después del fallecimiento de los respectivos causantes las prestaciones habrían sido reconocidas, y de ahí que

los conceptos de «posesión» y «expectativa legítima» puedan utilizarse con mayor pertinencia en esos supuestos que en *Valverde Digon*.

No obstante, la opinión mayoritaria es suficientemente nítida, porque los argumentos coinciden entre las dos sentencias. Por supuesto, cabría cuestionar esa solución mayoritaria, por razones variadas. Es natural, en un recurso de esta índole, que se ponga el acento en la situación de la persona perjudicada, porque el endurecimiento de las condiciones de acceso a una prestación provoca un daño evidente. Sin embargo, la sentencia no valora que el cambio de criterio no es producto de una decisión política entre dos opciones legítimas, sino de una decisión de un tribunal de garantías que considera que la regulación precedente provocaba una discriminación entre potenciales beneficiarios. Desde esa perspectiva, los recurrentes ante el TEDH solicitan que continúe aplicándose una regulación que les concedía una ventaja sobre otros potenciales beneficiarios, ventaja contraria al ordenamiento por discriminatoria. La necesidad de periodos transitorios es una exigencia que se justifica sin dificultad ante operaciones ordinarias de cambio normativo, como una homogeneización de condiciones entre colectivos distintos, pero no habría de ser un requerimiento imprescindible cuando el propósito consiste en eliminar privilegios de un determinado grupo, y menos aun cuando se constata que tales privilegios son contrarios al ordenamiento.

Tampoco sería ocioso reflexionar sobre la «legitimidad» de la expectativa de las recurrentes. En abstracto, quizá pudiera compartirse que esa expectativa se había generado, pero un análisis más detenido suscita incertidumbres. Por lo pronto, se desconocen las razones por las que los interesados no contrajeron matrimonio, lo que aseguraría el reconocimiento de la pensión. Pero sin llegar a ese extremo, resulta inviable averiguar si, en otro contexto normativo, habrían decidido formalizar la unión de hecho mediante la pertinente inscripción —tarea compleja ante la falta de un registro oficial en Cataluña para ese propósito en aquel momento— o documento notarial. Esas son decisiones personales que a menudo no responden a las repercusiones legales ante un hecho futuro —el fallecimiento de uno de los convivientes— que se producirá en un momento indeterminado en el tiempo. Y aun cuando la pensión de viudedad hubiera sido un factor, tampoco se podría garantizar que esa formalización se hubiera producido con antelación suficiente al fallecimiento del causante, y ni siquiera se indagó si cumplían todos los requisitos para formalizar la inscripción (*v. gr.*, no hallarse impedidos para contraer matrimonio), porque el concepto de pareja de hecho en los distintos derechos civiles auto-

nómicos no coincide con el establecido en la LGSS. En último término, y habida cuenta de la complejidad normativa, no parece muy probable que con anterioridad al hecho causante los interesados, o cualquier potencial interesado, pudiera contar con absoluta certeza sobre si una convivencia de hecho cumplía las exigencias para el acceso a la pensión de viudedad, lo que desde luego dificulta que se generen expectativas, y más de carácter «legítimo».

Más allá de esas observaciones, lo cierto es que el reproche relativo a la ausencia de un adecuado periodo transitorio debería abocar a cierta reflexión sobre la manera de modular los efectos de los cambios legales o jurisprudenciales que afecten a expectativas de derecho. En particular, y en el caso de modificaciones de criterio interpretativo, no bastará con salvar los efectos de la cosa juzgada o de resoluciones firmes, sino que habrá que introducir cautelas respecto de los procedimientos en curso, cautelas que, quizá, no siempre puedan implementarse a través de una sentencia, por las limitaciones propias de la actividad jurisdiccional, lo que obligaría a intervenir directamente al legislador.

En cualquier caso, esa operación consistente en articular periodos transitorios implica cierta complejidad, porque, como demuestran estas sentencias del TEDH, debe atenderse no sólo a las situaciones con hecho causante anterior al cambio de criterio, sino también a otras cuyo hecho causante se produjo con posterioridad, sin que se haya perfilado con precisión cuál es el espectro de supuestos merecedores de tutela. En efecto, no es claro cómo ha de configurarse ese periodo transitorio, pero, tomando en consideración el requisito de antigüedad en la formalización de la inscripción, no sería extraño que se plantearan asuntos similares en relación con situaciones cuyo hecho causante se produjera muchos meses después de la STC 40/2014, con marzo de 2016 en el horizonte, dos años después, para permitir que las uniones de hecho en esos territorios con derecho civil propio menos riguroso en los trámites de formalización pudieran cumplir el requisito. Es probable que el periodo transitorio supere los dos años exactos, pues es necesario ofrecer un margen para que esa flexibilidad no se convierta en una mera entelequia, pero es claro que los efectos de esta doctrina del TEDH se encuentran acotados en el tiempo, y no podrán alcanzar a situaciones cuyo hecho causante tuvo lugar mucho más allá del verano/otoño de 2016.

9. CONSIDERACIONES FINALES

La aproximación a la doctrina del TEDH ya no sólo resulta pertinente, sino que incluso deviene imprescindible por el creciente impacto de sus sentencias. Es un Tribunal que ha adquirido notable prestigio y que proporciona pautas interpretativas en materia de derechos humanos que contribuyen a homogeneizar la protección entre países en principio dispares, y a menudo adopta una posición de vanguardia. En el ámbito de los derechos laborales y de Seguridad Social sus sentencias han ido ganando paulatinamente un mayor protagonismo, y ya constituyen una referencia en algunas materias, como la licitud de determinadas medidas de control de los trabajadores o la identificación de los beneficiarios de algunas prestaciones de seguridad social (*v. gr.*, pensión de viudedad).

No obstante, conviene adoptar ciertas cautelas en la interpretación de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, porque, como también se puede apreciar en este periodo reciente, las decisiones están muy influenciadas por las particularidades propias del caso, por la idiosincrasia del concreto país y, en último término, por la correcta implementación de salvaguardas en el ámbito interno. Como es lógico, no cabe extrapolar automáticamente la doctrina de una sentencia del TEDH y aplicarla a supuestos aparentemente análogos acaecidos en otros Estados. Es una operación desde luego problemática también en el ámbito interno, porque el órgano que resuelve no puede ofrecer soluciones generales y abstractas, sino coherentes con el supuesto de hecho; y obviamente se complica en tribunales internacionales o supranacionales, pues la valoración de distintos marcos normativos nacionales, así como de tradiciones u valores sociales con sus propias características, exige cierta medida.

De ahí que el TEDH advierta reiteradamente que es imprescindible conceder a los Estados un margen de apreciación, y que, a pesar de que pueda mostrar cierta discrepancia, no considere vulnerado el Convenio cuando observa una actuación administrativa razonable y un procedimiento judicial que respeta las garantías pertinentes y en el que los tribunales han procedido a una valoración en profundidad de las circunstancias. Por decirlo de otra forma, el TEDH no se ha arrogado la función de tribunal de apelación, ni pretende reinterpretar el derecho interno de los Estados miembros, sino que sólo actúa cuando aprecia alguna disfunción o deficiencia, y normalmente de carácter más bien grueso, un resultado, en definitiva, poco aceptable desde un estándar de derechos humanos rectamen-

te entendido. En consonancia, se presta especial atención a incoherencias o cambios de criterio poco razonables en el Estado en cuestión, o a daños producidos por el mantenimiento de prejuicios o estereotipos, o a injerencias groseras en las libertades de los individuos.

Conviene asimismo poner de manifiesto que el Tribunal ha ido concediendo cada vez mayor valor a la conducta del trabajador, a veces de forma implícita y otras explícita, de modo que la buena fe o una conducta poco reprochable no son en absoluto elementos irrelevantes en la argumentación y en la decisión. En este sentido, durante los últimos años se aprecia un cambio de tendencia ante incumplimientos gruesos del trabajador, porque suele ser infrecuente que el Tribunal permita eludir sanciones disciplinarias amparándose en deficiencias formales (*v. gr.*, falta de información sobre el medio de control). En supuestos con cierta similitud, ante la prueba de un incumplimiento indubitado el Tribunal de Estrasburgo suele respaldar la imposición de una sanción, aun cuando pueda apreciarse alguna disfunción, mientras que en supuestos donde el incumplimiento no ha sido totalmente probado se exige a los entes administrativos y judiciales mayor celo en la búsqueda de la verdad.

En esencia, la doctrina del TEDH se caracteriza por su naturaleza evolutiva y se encuentra en constante cambio. Una de las razones principales es la preocupación del propio Tribunal por mantener un diálogo constante con otras instituciones, y en particular el TJUE. Es cada vez más frecuente que el Tribunal de Estrasburgo no sólo cite la doctrina del TJUE, sino que explícitamente se ajuste al criterio de sentencias precedentes del Tribunal de Luxemburgo, a modo de precedente impropio. Es probable que la razón no estribe exclusivamente en la coherencia jurídica, sino que también influya en cierto modo un propósito de supervivencia. A la postre, situar a los Estados miembros de la UE en la tesitura de incumplir el Derecho de la Unión o el CEDH conduce a un escenario difícil, y es probable que el resultado final no resultara del todo favorable para los intereses del TEDH.