Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

4º Trimestre 2024 nº 13

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Salud laboral, protección de datos y disrupción digital: buscando el equilibrio entre "racionalidad social" y "racionalidad digital"
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La diligencia debida de las empresas en materia de "sostenibilidad": empresa responsable, trabajo formal y digno, derechos humanos y medio ambiente
  José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
- Evolución y efectividad de la renta mínima en España. Un análisis jurídico y social
  Marina Fernández Ramírez
- Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía
  Juan Cristóbal Bandera Gallego
- La dimensión social de los procesos de transición justa en la literatura. Contextualización crítica
  Roberto Fernández Villarino
- La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales
  Rafael José López Bedmar
- La desconexión digital en la negociación colectiva estatal del primer semestre de 2024: estado de la cuestión
  Cristina Rincón Sánchez

Estudios de Doctrina Judicial

- ¿Islamofobia en las relaciones laborales? Reciente jurisprudencia acerca de la simbología musulmana en la empresa privada
  J. L. Llaquet de Entrambasaguas y José Manuel Roales Fernández
- La interpretación jurisprudencial de la normativa antidiscriminatoria en relación con la edad
  Juan María Roldán Conesa
- La contratación temporal abusiva en la Administración Pública: la figura de los trabajadores indefinidos no fijos y su evolución jurisprudencial
  Yolanda Fernández López

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- El subsidio de formación profesional para aprendices en Alemania
  Holger Brecht-Heitzmann

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- Luis Jiménez de Asúa: El jurista integral que tuvo una participación decisiva en la elaboración de la Constitución Republicana de 1931 y en el Derecho penal garantista
  José Luis Monereo Pérez

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Laborum EDICIONES

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

4º Trimestre 2024 nº 13

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Contacto Revista:

www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@revreltra
revreltra@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revreltra/

Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:

Sheila López Vico, *Personal Investigador en Período de Orientación Posdoctoral (FPU) en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Sheila López Vico, *Personal Investigador en Período de Orientación Posdoctoral (FPU) en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:

Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*

María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*

Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*

Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*

Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*

Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*

Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*

María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*

María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*

Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*

Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*

Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*

Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*

José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*

Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*

María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*

Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*

Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*

Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*

Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*

Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregat Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Guillermo Leandro Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Rey Juan Carlos//Magistrado (supl.) en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra*
Margarita Miñarro Yanini, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Francisco Trujillo Pons, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Carolina Blasco Jover, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
María Remedios Menéndez Calvo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá*
Diego Megino Fernández, *Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Burgos*
Eva Garrido Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz*
Oriol Cremades Chueca, *Profesor lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona*
Lourdes Mella Méndez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*
José Antonio Soler Arrebola, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería*
Estefanía Rodríguez Santos, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*
Olga Fotinopulos Basurco, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del Pais Vasco*
María Luisa Martín Hernández, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Jose Ríos Mestre, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Dulce María Cairós Barreto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Marina García Revuelta, *Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*
Sara Alcázar Ortiz, *Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Belén Fernández Docampo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
María Gema Quintero Lima, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
María Luisa Molero Marañón, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*
José Manuel Morales Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Silvia Fernández Martínez, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Dialnet · MIAR · latindex catálogo · DRJI Directory of Research Journal Indexing · crue Universidades Españolas Red de Bibliotecas REBIUN · DULCINEA

Contenido

EDITORIAL **9**

SALUD LABORAL, PROTECCIÓN DE DATOS Y DISRUPCIÓN DIGITAL: BUSCANDO EL EQUILIBRIO ENTRE "RACIONALIDAD SOCIAL" Y "RACIONALIDAD DIGITAL" **11**
José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

ESTUDIOS DOCTRINALES **35**

LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE "SOSTENIBILIDAD": EMPRESA RESPONSABLE, TRABAJO FORMAL Y DIGNO, DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE **37**
José Luis Monereo Pérez
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

EVOLUCIÓN Y EFECTIVIDAD DE LA RENTA MÍNIMA EN ESPAÑA. UN ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL **99**
Marina Fernández Ramírez

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ORDEN SOCIAL POR IMPAGO PARCIAL DE SALARIOS: UNA CONTROVERTIDA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA **125**
Juan Cristóbal Bandera Gallego

LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN JUSTA EN LA LITERATURA. CONTEXTUALIZACIÓN CRÍTICA **149**
Roberto Fernández Villarino

LA TEORÍA DEL VÍNCULO EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN: IMPLICACIONES JURÍDICAS Y DOCTRINALES **169**
Rafael José López Bedmar

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL DEL PRIMER SEMESTRE DE 2024: ESTADO DE LA CUESTIÓN **193**
Cristina Rincón Sánchez

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL **217**

¿ISLAMOFOBIA EN LAS RELACIONES LABORALES? RECIENTE JURISPRUDENCIA ACERCA DE LA SIMBOLOGÍA MUSULMANA EN LA EMPRESA PRIVADA **219**
J. L. Llaquet de Entrambasaguas
José Manuel Roales Fernández

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA EN RELACIÓN CON LA EDAD **239**
Juan María Roldán Conesa

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA FIGURA DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....251
Yolanda Fernández López

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 273

EL SUBSIDIO DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA APRENDICES EN ALEMANIA.....275
Holger Brecht-Heitzmann

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 289

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: EL JURISTA INTEGRAL QUE TUVO UNA PARTICIPACIÓN DECISIVA EN LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931 Y EN EL DERECHO PENAL GARANTISTA.....291
José Luis Monereo Pérez

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 359
María Nieves Moreno Vida

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 399
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

Editorial

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo
Laborum

Editorial
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 11-33

Salud laboral, protección de datos y disrupción digital: buscando el equilibrio entre "racionalidad social" y "racionalidad digital"

Occupational Health, Data Protection, and Digital Disruption: Striking a Balance Between "Social Rationality" and "Digital Rationality"

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta
Catedrático acreditado Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Sumario

1. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: ¿ALIADOS O ENEMIGOS?
   1.1. La reducción de la siniestralidad como premisa y objetivo preferente
   1.2. Algunos ejemplos de buenas prácticas
   1.3. El lado oscuro de la innovación: variedad de riesgos emergentes
   1.3.1. Riesgos físicos
   1.3.2. Riesgos mecánicos
   1.3.3. Riesgos psicosociales
2. EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS COMO RIESGO
3. LA DEBILIDAD E INSUFICIENCIA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS
   3.1. La configuración de la fatiga tecnológica al margen de la Ley de prevención de riesgos laborales
   3.2. Sistemas de alto riesgo en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial: ausencia de referencia al bienestar en el trabajo
   3.3. Avances desde la Directiva de plataformas
4. EL EMPRESARIO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN LOS NUEVOS CONTEXTOS TECNOLÓGICOS
5. LA NECESIDAD DE UNA GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGOS EN LA "GRAN TRANSFORMACIÓN": LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y RESPONSABILIDAD Y LOS PROBLEMAS "INTER-SISTÉMICOS" DE LA TUTELA FRENTE A LOS RIESGOS AMBIENTALES

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Salud laboral, protección de datos y disrupción digital: buscando el equilibrio entre "racionalidad social" y "racionalidad digital"». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, 13 (2024): 11-33.

"Todo estudio de la libertad es un alegato en favor de la tolerancia y todo alegato por la tolerancia es una vindicación de los derechos de la razón. El peligro más grave que siempre debe enfrentarse una sociedad es el deseo de que los que poseen el poder de prohibir las ideas y la conducta que pueden perturbarlos en su posesión"

Harold J. Laski[1]

1. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: ¿ALIADOS O ENEMIGOS?

Cierto es que el mercado de trabajo actual se encuentra sometido a profundas mutaciones en su composición, funcionamiento y efectividad, asociadas a la robotización, la generalización de internet, la fabricación aditiva, el *blockchain*, el M2M, las redes de gran velocidad, la virtualización o, en importancia cuantitativamente creciente, los algoritmos. De manera preclara, los sistemas inteligencia artificial (IA), a través de sofisticados procedimientos matemáticos aplicados a la correlación, tratamiento y análisis de datos, producen efectos relevantes en el marco de las relaciones laborales[2], quedando transmutados los escenarios clásicos de las unidades productivas típicas. Empresas, centros y puestos se antojan móviles, abiertos, multifuncionales y des-espacializados bajo el auspicio de unas herramientas ingeniosas que no solo permiten un veloz tratamiento de volúmenes ingentes de datos sino el desarrollo de certeras inferencias y correlaciones capaces de alcanzar exitosos juicios decisorios[3]. Lo que se viene produciendo es una verdadera "metamorfosis" del trabajo y de su ordenamiento jurídico regulador[4].

No menos verdad resulta que las nuevas tecnologías inteligentes contribuyen, tal y como demuestra una mera aproximación estadística, a la disminución en términos globales de los índices de accidentabilidad[5], pues tales adelantos técnicos, que han pasado a gran velocidad de ser estáticos (no predictivos) a dinámicos (predictivos)[6], mediante baluartes de aprendizaje automático (*machine*

[1] Laski, H. J.: *La libertad en el Estado moderno,* trad. E. Warshaver, revisión, edición y estudio preliminar, "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón" (pp. IX-XCVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, p. 180.

[2] Sáez Lara, C.: "El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación", *Temas Laborales*, núm. 155, 2020, p. 42.

[3] Casas Baamonde, M. E.: "Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo", en Alarcón Caracuel, M. R. y Mirón Hernández, M. M. (Coords.) *et altri*: *El trabajo ante el cambio de siglo. Un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 192 y ss.

[4] Monereo Pérez, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, especialmente, pp. 9 y ss., y 19 y ss. La metamorfosis supone un cambio disruptivo y de carácter estructural que va más allá de la mera "transformación" permanente que ha venido caracterizando al Derecho del Trabajo. Para ese proceso en la larga duración, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 68 y ss.; *Ibid. (2000-I).* "El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo", *Lan Harremanak-Revista De Relaciones Laborales,* núm. 2*,* págs. 237-300. https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/6686; *Ibid.,* "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo", en Sempere Navarro, A.V., y Martín Jiménez, R. (Dir., y Coord.) *et altri: El Modelo social en la Constitución Española de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1507-1606. Para una perspectiva completa y actualizada de las nuevas formas de trabajo, Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.) *et altri: Las nuevas formas de trabajo: retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales,* Ruíz Santamaría, J.L., y Muros Polo, A. (Coords.), Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2004.

[5] Aguilar del Castillo, Mª. C.: "El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 262 y ss.

[6] Berning Prieto, D.: "El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones Públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas *ad futurum* para un uso responsable", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 20, 2023, p. 175.

learning) y de aprendizaje profundo (*deep learning*)[7], provocan progresos atractivos en cuanto a objetividad, eficacia y rapidez en el diseño de la planificación preventiva. Ahora bien, tampoco cabe ocultar el lado oscuro de las tecnologías inteligentes en cuanto al bienestar laboral se refiere, pues no eliminan *de radice* las formas de nocividad, sumando a los riesgos tradicionales otros emergentes.

1.1. La reducción de la siniestralidad como premisa y objetivo preferente

Además de las ventajas competitivas que derivan de unas nuevas tecnologías que actúan con un elevadísimo nivel de precisión a la hora de diseñar certeras posibilidades de negocio, no cabe ocultar que el trabajo con las TIC ingeniosas y otros adelantos en un contexto de automatización favorece a las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud laboral, pues contribuye a liberar de actividades pesadas y peligrosas, así como de aquellos quehaceres repetitivos, sucios o inseguros, sin olvidar tampoco su capacidad para desarrollar nuevos mecanismos e instrumentos destinados a prevenir los riesgos, a proteger frente al daño o a mejorar las condiciones de desarrollo diario de la actividad profesional aligerando quehaceres[8].

En su faceta de instrumentos al servicio de la prevención de riesgos laborales, los algoritmos presentan una alta capacidad para realizar aportes en materia de detección y evaluación de peligros laborales, tanto desde una perspectiva estática como dinámica; así como una elevada operatividad a la hora de accionar medidas minimizadoras de sus efectos. Los sistemas de IA permiten, mediante el procesamiento en masa de múltiples datos internos -de las condiciones psicofísicas de la persona trabajadora-, y externos -en alusión a las condiciones del puesto de trabajo- detectar en tiempo real posibles riesgos laborales que antes pasarían inadvertidos para el operador humano[9].

Incluso posibilitan ir más allá de la planificación preventiva ordinaria, abriendo el camino hacia la implantación de medidas óptimas para lograr un avance integral en el bienestar laboral en la empresa. Al tiempo, los dispositivos digitales de carácter reactivo serán los utilizados para neutralizar las consecuencias de los accidentes o emergencias que ya han sucedido. A través de ellos se consigue hacer un reporte de los siniestros de un modo certero, rápido, automático y con menor estigma, a la par que suponen un avance en materia de investigación de los infortunios, aportando indicios, evidencias y focalización. La capacidad de los algoritmos de funcionar como "caja negra" de la realidad de los hechos[10] va a permitir promocionar medidas en el puesto de trabajo para rebajar daños futuros y fomentar entornos saludables[11].

Como ha señalado la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo en su "Estudio prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud asociados a la digitalización en 2025", estos nuevos sistemas ingeniosos pueden facilitar la comprensión de los problemas relativos a la seguridad y salud en el trabajo, la toma de mejores decisiones y la predicción de los problemas en

[7] Goñi Sein, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, vol. II, p. 60.

[8] Igartúa Miró, M. T.: "Digitalización, motorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática", en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.) *et altri*: *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital,* Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 616, o Agra Viforcos, B.: "Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", en Quintana López T. (Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 448.

[9] Salas Porras, M.: "Aportaciones de la seguridad y salud en el trabajo para la implementación global del trabajo decente en la sociedad digital-robotizada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. 4, 2019, pp. 5 y ss.

[10] Llorens Espada, J.: *Límites al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud laboral*, Madrid, La Ley, 2023, p. 231.

[11] Llorens Espada, J.: "La inteligencia artificial y la mejora de la seguridad y salud laboral y su encaje en el marco regulatorio europeo", *Trabajo y Derecho*, núm. 19, 2024.

materia preventiva antes de que ocurran, así como favorecer intervenciones más oportunas y eficaces. Incluso pueden permitir que las empresas demuestren el cumplimiento de las normas, y que las inspecciones laborales investiguen de forma contundente los eventuales incumplimientos[12].

1.2. Algunos ejemplos de buenas prácticas

Descendiendo al detalle, los efectos positivos para el bienestar de las personas trabajadoras encuentran fundamento en varios extremos que procede mencionar a título ejemplificativo:

1) La sustitución del hombre por el robot en trabajos peligrosos y ambientes hostiles, tal y como sucede con la utilización de exoesqueletos para el manejo de cargas biomecánicas o de drones para el trabajo en altura.

2) La disposición de medios de protección más eficientes (Smart EPIs, monitores alojados en cascos, gafas, chalecos, calzado o chips electromiográficos en la ropa).

3) La utilización de *wereables* (anillos, brazaletes, pulseras…) de medición de constantes vitales, cansancio, sueño y fatiga.

4) La implementación de sensores de emergencia para la detección de peligros inminentes, ruidos, calor o frío extremos, escasa iluminación, deficiente confortabilidad o sustancias tóxicas o aplicación de herramientas de corte que aprecian el cambio de su elemento de destino y se detienen para evitar dañar la carne.

5) La disposición de pantallas de bloqueo de la luz azul nociva de los dispositivos[13].

6) La incorporación de mecanismos que permiten monitorizar la adecuada posición en cada momento; facilitación de "recordatorios" para descansar la vista, evitar cabezadas o levantarse de la silla; o establecimiento de artilugios de parada automática de la maquinaria.

7) El potencial de la innovación en lo relativo a la formación en materia preventiva (a distancia, virtual, aumentada, 3 D…).

8) Los avances en sanidad con repercusión directa en las enfermedades profesionales (nanomedicina, teleasistencia, accesorios, apps, asistencia quirúrgica robotizada, desinfección de quirófanos, combinación de fármacos, movimiento de pacientes o ciborgs –implantes de corazón, auditivos, de brazos o piernas movibles, injertos en el cerebro para indicar movimientos y comunicar pensamientos--…).

9) La certera previsión metereológica que permite detectar catástrofes naturales o inclemencias climáticas de singular interés para trabajos al aire libre.

10) La disminución de los accidentes in itinere como consecuencia del desarrollo del trabajo a distancia o del perfeccionamiento de los medios de transporte colectivo[14].

[12] Mercader Uguina, J. R.: "Algoritmos y Derecho del Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, p. 65.

[13] Preciado Domenech, C. H.: "Monitorización: GPS, wereables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales", en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital,* Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 235.

[14] Megino Fernández, D.: "Negociación colectiva y desconexión digital: un binomio todavía en construcción", en Fernández Domínguez, J. J. y Fernández Fernández, R. (Dirs.): *Seminario internacional sobre nuevos lugares,*

11) La incorporación de bots conversacionales que adoptan un rol activo a la hora de evitar el aislamiento y el estrés[15]

12) En fin, con algoritmos de aprendizaje automático se puede llegar a personalizar la seguridad de un individuo, conocer su límite de exposición y de fatiga, y calcular exactamente su riesgo potencial, diseñando medidas protectoras ad hoc[16].

1.3. El lado oscuro de la innovación: variedad de riesgos emergentes

Aun cuando la instalación de algoritmos y sistemas de IA en la empresa como métodos organizativos debe de ir acompañada del cumplimiento de todas las obligaciones preventivas, pues el deber general de seguridad que emana de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), abarca cualquier riesgo derivado de la actividad laboral, que debe ser evaluado, lo cierto es que asociados a las tecnologías inteligentes aparecen nuevos riesgos de variada etiología sobre los que merece parar la atención siquiera brevemente[17].

1.3.1. Riesgos físicos

El manejo de instrumentos alimentados con ingentes cantidades de energía eléctrica que necesitan continua refrigeración, la utilización de maquinaria móvil, el trabajo con dispositivos portátiles, wi-fi, micro-chips, antenas de telefonía, partículas ultrafinas, nanomateriales, baterías, radiofrecuencia o rayos láser y ultravioletas, la afectación por campos electromagnéticos, el incremento de la exigencia visual y el mal uso o errores de los automatismos, son circunstancias que generan nuevas fuentes de peligros[18].

1.3.2. Riesgos mecánicos

Las interfaces humano-máquina (robots colaborativos o robots humanoides)[19] constituyen también nuevos polos de riesgos. Las operaciones ejecutadas por el cobot se caracterizan por realizar movimientos con un alto nivel de energía extendidos sobre un gran espacio de trabajo. En muchas ocasiones el afectado desconoce las dimensiones alcanzadas y el recorrido puede variar según las demandas. La persona trabajadora desempeña su actividad al mismo tiempo que el cobot, es decir, existe superposición en la ejecución de tareas entre el cobot, el trabajador u otras máquinas. Precisamente en esa interacción pueden surgir riesgos mecánicos asociados a la geometría, superficie o componentes de los robots capaces de provocar aplastamientos, cortes, choques eléctricos, quemaduras, o posiciones forzadas, entre otros[20].

---

distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 228.

[15] Muñoz Ruíz, A. B.: "¿Conoces a Macarena? Los chabots: los nuevos empleados digitales", *Foro de Labos*, 4 de febrero de 2020.

[16] Goñi Sein, J.L.: "El Reglamento UE de inteligencia artificial y su relación con la normativa de seguridad y salud en el trabajo", en Egusquiza Balmaseda, M. A. y Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (Dirs.): *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 99.

[17] Monereo Pérez, J.L.: *Planificación y gestión de los riesgos profesionales en la sociedad de la incertidumbre y de la transición digital,* Murcia, Laborum (Colección Trabajos de Investigación), 2024, pp. 55 y ss.

[18] Rodríguez Escanciano, S.: *Proyección de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. Lección inaugural del curso académico 2024-2025*, León, Universidad de León, 2024, p. 27.

[19] Atienza Macías, E.: "El teletrabajo y la robotización del trabajo. Aspectos ético-jurídicos", en Rodríguez Ayuso, J. F. y Atienza Macías, E. (Dirs.): *El nuevo marco legal del teletrabajo en España*, Madrid, La Ley-Bosch, 2021, p. 222.

[20] Fernández Ramírez, M.: "Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales", *Temas Laborales*, núm. 153, 2020, p. 126.

1.3.3. Riesgos psicosociales

La automatización digital inteligente conlleva un modelo de negocio basado en la optimización del rendimiento: hacer y servir todo lo más pronto (antes que nadie), lo más barato (precio más reducido que nadie --low cost--), y lo más rápido (con mayor celeridad que nadie) bajo el impulso de un sistema intuitivo capaz de exigir grandes niveles de rendimiento[21]. La recepción de órdenes incorrectas por parte de las personas trabajadoras, de estímulos imprevistos del entorno, del defectuoso funcionamiento de otros robots, de fallos del software o hardware, interferencias (eléctricas, ruido…), interpretaciones confusas o la ausencia de pausas crean una atmósfera asfixiante para los empleados.

La despersonalización de la labor humana muchas veces reducida a la simple supervisión y otras varias pertrechada de grandes dosis de concentración, el sometimiento de la persona al poder de decisión del robot, la imposición del ritmo por quien no acusa la fatiga dado que el algoritmo no siente ni padece o la complejidad de la relación entre ambos, son circunstancias que deshumanizan y provocan alienación, por lo que cabe esperar un incremento indudable de nivel de fatiga, estrés y "tensión psicológica" ante la monotonía o, su envés, la intensificación de la dedicación, la percepción demasiado real de situaciones hipotéticas provocadas por los dispositivos de realidad virtual o aumentada, el deterioro de las condiciones laborales y la amenaza constante del desempleo como espada de Damocles[22].

Dentro de un concepto amplio de "tecnoestrés", típico en actividades surcadas por la IA, encuentran cabida distintas realidades entre las que destaca, en primer lugar, la "tecnoadicción" (también denominada "workalchoholism", "workation" o "trabajolismo"), caracterizada por compulsión a utilizar las TICs en todo momento y a estar siempre al día con los avances, generando una auténtica dependencia y síndromes de abstinencia en las interrupciones momentáneas[23]; en segundo término, la "tecnoansiedad", donde la persona experimenta altos niveles de tensión y malestar, frente al uso de herramientas tecnológicas que lleva a pensamientos negativos sobre tales instrumentos y sobre su propia capacidad y competencias personales y profesionales y un manifiesto temor a la pérdida del empleo, así como una baja autoestima; en tercer lugar, la "tecnofobia", que se manifiesta en una resistencia a hablar e incluso pensar sobre tecnología, generando una alarma o ansiedad ante ella y pensamientos hostiles al respecto; en cuarto lugar, la "tecnofatiga" o agotamiento mental y cognitivo consecuencia del uso de las herramientas informáticas, cuya manifestación más extrema es el síndrome de "data smog", causado por la sobrecarga de datos manejados al utilizar internet[24]; en quinto lugar, la "tecnoinvasión", derivada de una supervisión constante, sea en orden a la localización y desarrollo de la prestación laboral, sea en la extensión de la disponibilidad del trabajador, compelido a estar siempre conectado a los dispositivos digitales empleados en la actividad laboral[25]; en sexto

[21] Molina Navarrete, C.: "La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar", en Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M. G. (Coords.): *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales,* Madrid, Universidad Carlos III, 2020, pp. 11 y 17.

[22] Agra Viforcos, B.: "Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", en Quintana López T. (Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 450.

[23] Arrieta Idiaquez, J.: "Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales", *Lan Harremanak*, núm. 244, 2020, p. 254.

[24] Rodríguez Escanciano, S.: *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico-preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 39 y ss.

[25] Igartua Miró, M. T.: "Digitalización, motorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática", en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital,* Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 620.

lugar, la "tecnociberseguridad" o hiperresponsabilización del trabajador ante las posibles fugas de los datos manejados por la inexistencia, ineficacia o dificultad en la disposición de cortafuegos[26].

Todo ello sin dejar de mencionar otras siete manifestaciones como pueden ser: "locura multitarea" (*multitasking madness*), relativa a la imposibilidad de la mente humana a la hora de seguir el ritmo de los ordenadores capaces de ejecutar numerosas tareas a la vez; los "problemas informáticos" (*computer hassles*), causados por la lentitud y averías del sistema, la cantidad de mensajes electrónicos recibidos, incluidos spam, informaciones fraudulentas y anuncios (pop-ups), virus, actualización de aplicaciones y pérdida de ficheros; el agotamiento emocional ("*burnout technological*"), consecuencia de un cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción que provocan una frustración laboral prolongada con una pérdida progresiva de energía, desgaste, y carga cognitiva que el paciente no puede asumir, especialmente cuando las relaciones con otras personas constituyen el eje central del trabajo[27]; la "infoxicación", fruto de la imposibilidad de seguir y entender todas las referencias que circulan por la red; "el síndrome del zoom" o postración por estar sometido a constantes reuniones virtuales o eventos en línea[28]; "el síndrome de la vibración fantasma" o tener siempre la sensación de estar recibiendo mensajes; y, por no seguir, el "sleep-texting", consistente en que la persona, estando en una fase de sueño determinada y teniendo el dispositivo electrónico al lado, establece conversaciones con otras sin ser consciente[29].

La innovación tecnológica inteligente implica en unos casos que la persona trabajadora debe adaptar su prestación de servicios para seguir ocupando su puesto y para seguir realizando sus funciones ante una posible ineptitud sobrevenida, mientras que en otros resulta innecesario el propio puesto ante la completa sustitución por el programa, la máquina o el robot, sin olvidar aquellos en los que se prestan servicios sin contar con los estándares mínimos de calidad en el empleo en lo que se ha venido a denominar estrés económico o "rustout"[30].

El temor a quedarse sin trabajo o ver reducidos los ingresos genera elevadas dosis de incertidumbre, máxime cuando en muchas circunstancias no se contrata ni siquiera a trabajadores sino a nuevos prestadores de servicios a un módico precio, lo que supone una búsqueda permanente de tareas, la necesidad de compatibilizar diferentes trabajos, la asunción directa de los costes de ejecución de la actividad e incluso de las condiciones de seguridad y salud laboral; igualmente, se extienden los "minijobs" y su peculiar forma de retribución, que evitan el paro completo pero proporcionan escasos emolumentos pecuniarios. El trabajo *just in time* o "a la llamada" permite "comprar" las tareas estrictamente precisas para satisfacer la demanda de productos o servicios que, en un determinado momento y lugar, tenga la empresa, necesidades que se conocen en tiempo real por la utilización de algoritmos e IA y su capacidad de pronóstico sobre cómo y cuándo se producen los requerimientos de consumo pudiendo llegar a coordinarse fragmentos de trabajo dispersos a lo largo y ancho del mundo, sin necesidad de tener más factor de producción que las herramientas tecnológicas necesarias y más ubicación que una aplicación en los teléfonos móviles, tablets u ordenadores de las personas trabajadoras[31].

[26] Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en la actual empresa neopanóptica*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 70 y ss.

[27] García González, G.: "Pandemia, personal sanitario y burnout: el síndrome de estar quemado como enfermedad del trabajo", *Lex Social*, vol. 11, núm. 2, 2001, p. 5.

[28] De la Casa Quesada, S.: "Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una triada a integrar en las políticas preventivas 4.0", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 459, 2021, p. 110.

[29] Rodríguez Escanciano, S.: *Proyección de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. Lección inaugural del curso académico 2024-2025*, León, Universidad de León, 2024, p. 29.

[30] García Salas, A. I.: "La adaptación de los deberes de prevención de riesgos laborales a los riegos derivados de la incorporación de nuevas tecnologías", *Trabajo y Derecho*, núm. 108, 2023.

[31] Rodríguez Fernández, M. L.: "Inteligencia artificial, género y trabajo", *Temas Laborales*, núm. 171, 2022, pp. 11 y ss.

2. EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS COMO RIESGO

Descritos brevemente los principales riesgos laborales asociados a las nuevas tecnologías inteligentes, cabe dar un paso más para alertar sobre los peligros asociados al tratamiento de datos de las personas trabajadoras, pues no cabe duda que precisamente los datos son el soporte fundamental de la IA[32].

Datos, algoritmos y capacidad matemática para aplicar estos a aquellos son los tres parámetros sobre los que pivota la innovación ingeniosa[33], que aúna, además, distintas tipologías de datos como ingredientes del cálculo algorítmico: los que sirven para diseñar el sistema, los que nutren su alimentación y los que se generan tras un aprendizaje automático[34].

Bajo tales perspectivas, el uso de algoritmos en los centros de trabajo implica el procesamiento por parte de las empresas de datos masivos de las personas trabajadoras hasta el punto de que "su extensión ha postergado en el lenguaje los prefijos habituales del sistema internacional de medidas ya que tales magnitudes se mueven con soltura en la escala de los cuatrillones… (megas, gigas, petas, zetas, yotas), …algo difícil de digerir con los cálculos mentales más rudimentarios"[35]. Tal acopio no resulta en exceso complicado atendiendo a la singularidad del contrato de trabajo marcada por varios factores esenciales: la implicación física y mental de la persona que es inseparable de la actividad encomendada (razón esencial, *intuitu personae*, por la que la persona asalariada no es una mera mercancía), la naturaleza vital del vínculo (en el sentido de que la remuneración del trabajo constituye el medio fundamental de vida), la debilidad reivindicativa y negociadora de la parte trabajadora o la duración normalmente dilatada de la relación laboral, sujeta a múltiples vicisitudes y contingencias, todo ello coronado por la atribución legal a la parte empresarial de un poder muy dominante en la dinámica contractual, cuyo ejercicio cuenta con el auxilio de las nuevas tecnologías inteligentes[36].

Las infinitas posibilidades de control que proporcionan los instrumentos digitales asistidos por IA (videovigilancia, micrófonos, geolocalización, seguimiento de correos electrónicos y navegaciones por internet, tiempos de espera en las descargas, tarjetas electrónicas, contadores de pasos, rastreo de páginas web visitadas, lectores digitales, interacción del ratón, cookies, sensores, microchips, wereables, ropa inteligente…) permiten obtener informaciones exhaustivas sobre el rendimiento, la cantidad y calidad de las tareas realizadas, el tiempo empleado, las interrupciones habidas y su frecuencia, los patrones de comportamiento y, también, la personalidad de las personas trabajadoras (hábitos de ejercicio, alimentación, forma física, sueño…) dando forma a una perfecta trazabilidad de sus conductas presentes y futuras hasta el punto de hacerse plenamente transparentes[37]. Ello

[32] Álvarez Cuesta, H.: "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de Directiva laboral", en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 1219.

[33] Carlón Ruíz, M.: "Utilización de sistemas de inteligencia artificial por Administraciones Públicas: un sistema propio de garantías como requisito imprescindible para su viabilidad", en *XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, https://www.aepda.es/VerArchivo.aspx?ID=4188

[34] Fernández García, A.: "Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre", en Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coord.): *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 176.

[35] Fuertes López, M.: *Metamorfosis del Estado. Maremoto digital y ciberseguridad*, Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 157.

[36] Gómez Abelleira, F. J.: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p.179.

[37] Mercader Uguina, J. R.: "Algoritmos y Derecho del Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, p. 65 o Narváez Turci, G.: *El impacto social de la robotización y digitalización del mercado de trabajo*, Murcia, Laborum, 2022, p. 167.

puede provocar que tenga que adoptar formas que no son naturales para el ser humano (estar siempre sonriente o siempre activo), deba alcanzar objetivos con gran esfuerzo mental o no pueda interactuar socialmente con compañeros o tener descansos[38]. Aún más severas podrían ser las consecuencias de los interfaces cerebro-ordenador (o neurotecnologías) en su aplicación al control subliminal del inconsciente de las personas accediendo a las emociones, deseos y estados de ánimo[39].

Además, tanta es la información digital que hoy en día se puede obtener (huella digital), de forma rápida y libre a través de las redes sociales, que con mucha frecuencia las empresas recurren a programas informáticos inteligentes para realizar, a través de patrones predeterminados, filtrados y rastreos (*recuiting 2.0*) con el fin de descubrir, entre otros posibles aspectos, la orientación sexual, la situación sentimental, las cargas familiares, la convicción política, las creencias religiosas, los hábitos, el historial de salud, las preferencias para el tiempo de ocio o la tendencia al consumo de alcohol de las personas trabajadoras[40]. A través de las redes sociales también se pueden descubrir comentarios en contra de la buena imagen de la empresa, su credibilidad, clientela o secretos industriales, fácilmente perceptibles y, por ende, punibles, al igual que se pueden detectar transgresiones de la buena fe contractual en supuestos de incapacidad temporal donde el trabajador lleva a cabo tareas incompatibles con su estado de enfermedad o perjudiciales para su recuperación.

Además, la posibilidad de evaluación por la clientela tiene un objetivo doble en cuanto a la reputación del trabajador: por un lado, incrementar la satisfacción de los consumidores y permitir a éstos establecer sus preferencias hacia el futuro; por otra, obtener información sobre la conducta del trabajador con un coste ínfimo y utilizar dichos hallazgos para tomar decisiones, máxime cuando algunas empresas deciden publicar esas evaluaciones en la intranet. Ello implica, de un lado, la posibilidad de que el consumidor conozca la satisfacción que anteriores clientes han obtenido con ese empleado en concreto; de otro, el trabajador va a ser consciente de que un desempeño insatisfactorio para el cliente no sólo será utilizado por la empresa, sino que será conocido por el resto de los usuarios y potenciales empleadores futuros[41].

Esta total trazabilidad no deja ningún resquicio a la intimidad, quedando afectado igualmente el derecho a la protección de datos y, cómo no, el bienestar personal[42].

[38] Todolí Signes, A.: "Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras", en Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (Dirs.): *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 364.

[39] Beltrán de Heredia Ruiz, I.: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona,* Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 23 y ss.

[40] Selma Penalva, A.: "Las redes sociales como forma de selección de personal: un nuevo reto para la sociedad digital", en Fernández Collados, M. B. (Dir.): *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 66.

[41] Todolí Signes, A.: "Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras", en Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (Dirs.): *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 363.

[42] Llorens Espada, J.: *Límites al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud laboral*, Madrid, La Ley, 2023, p. 59.

3. LA DEBILIDAD E INSUFICIENCIA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS

3.1. La configuración de la fatiga tecnológica al margen de la Ley de prevención de riesgos laborales

El ordenamiento jurídico, en concreto a través de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), se preocupa por la tutela de los denominados derechos laborales digitales ante el control empresarial de dispositivos, sistemas de videovigilancia, sistemas de audiovigilancia y geolocalización (artículos 87, 89 y 90), pero adolece de un serio planteamiento en materia preventiva. Únicamente un pasaje hace referencia indirecta a este aspecto: el art. 88 LOPDyGDD en relación con el derecho a la desconexión. Aun cuando nuestro sistema jurídico venía contemplando previsiones normativas que avalarían más que sobradamente el derecho de los trabajadores al descanso [art. 19 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) relativo a la seguridad y salud en el trabajo y su desarrollo en la LPRL, art. 34 ET referido a horarios, descanso diario y jornada o artículos 37 y 38 ET relacionados con los asuetos semanales o anuales] e incluso el Tribunal Constitucional había situado a la dignidad humana como elemento determinante para distinguir tiempo libre de tiempo de descanso[43], lo cierto es que hasta la LOPDyGDD no existía un desarrollo normativo expreso sobre la desconexión digital laboral[44]. Este derecho, incorporado al art. 20 bis ET, con remisión de su regulación a la citada Ley, cuyo art. 88 no tiene carácter orgánico sino de ley ordinaria, pretende garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de la intimidad personal y familiar, redundando en un mayor bienestar laboral[45].

No cabe silenciar que el tiempo de trabajo y su adecuado control, evitando horarios excesivos o que usurpen el descanso y la vida familiar y personal del trabajador, deben ser considerados como un factor sustancial a contemplar en las evaluaciones de riesgos[46], pero, olvidando este importante principio, el art. 88 LOPDyGDD adolece de un planteamiento amplio y omnicomprensivo desde el punto de vista de la tutela preventiva. Así, aunque el art. 88 LOPDyGDD acomete la introducción de los riesgos psicosociales en el marco normativo, cuando hace mención al riesgo de fatiga informática[47], lo cierto es que su regulación se limita a reconocer al asalariado un débil *ius resistentiae* frente a la orden empresarial de actividad, lo cual no deja de ser una quimera en las organizaciones de reducidas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español[48], así como para un buen número de trabajadores: irregulares, precarios, falsos autónomos o a la llamada. Igualmente, carece de toda proyección en las nuevas empresas digitales, donde los puestos de trabajo se encuentran marcados por el logro de exigentes objetivos[49], máxime cuando la conexión no tiene lugar únicamente entre trabajadores y herramientas de trabajo o entre asalariados y empresarios, sino también con clientes y proveedores.

[43] STC 192/2003, de 27 de octubre.

[44] Barrios Baudor, G.: "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719).

[45] Casas Baamonde, M. E.: "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 235.

[46] Quílez Moreno, J.M.: "Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, p. 317.

[47] Cardona Rubert, M. B.: "Los perfiles del derecho a la desconexión digital", *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2020, p. 120.

[48] Vidal, P.: "La desconexión digital laboral es ya una realidad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 946, 2018 (BIB 2018/14232).

[49] Alemán Páez, F.: "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, pp. 12 y ss.

El hecho de que sólo se conceda al trabajador la posibilidad de no responder a correos o mensajes no es en absoluto suficiente, pues, ante la recepción de una misiva, distintos asalariados pueden adoptar diferentes actitudes, optando algunos de ellos por contestar y otros por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estos últimos, que se verían presionados ante la posibilidad de perjudicar su imagen frente a la empresa, que privilegiaría a aquellos dispuestos a sacrificar su tiempo de descanso, sobre todo en los supuestos en los que la retribución se vincule a la productividad donde el trabajador podrá verse compelido a atender tales requerimientos para obtener unos emolumentos óptimos o para no poner su rendimiento en entredicho[50].

No resulta extraño que la principal de las manifestaciones del derecho al descanso dentro de un sistema productivo hipertecnológico asistido por algoritmos al que hace referencia el art. 88 LOPDyGDD reconozca que las modalidades de ejercicio de este derecho no sólo evitarán la fatiga, sino que "potenciarán el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar". Ahora bien, es imprescindible dar un paso más para relacionar el derecho a la conciliación con el derecho al ocio, pues el tiempo de descanso no sólo es tiempo para la recuperación física y psíquica del trabajador o tiempo para que pueda atender sus responsabilidades de carácter familiar, sino que también es tiempo para el esparcimiento, lo cual es necesario para el bienestar del trabajador y, por ende, para su salud. El ocio debería configurarse realmente como una perspectiva moderna del derecho al descanso, pues permite alcanzar el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores[51].

Con gran cortedad de miras la LOPDyGDD dispone que "las modalidades de ejercicio" de esta facultad de desconexión atenderán a la "naturaleza y objeto de la relación laboral" y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La primera parte de esta previsión alude a una cuestión obvia, evidenciando la importancia e imperatividad que otorga dicha ley a los convenios colectivos[52], referida a que el grado de aplicación del derecho a la desconexión dependerá del tipo de trabajo que se realice. Visiblemente, no es lo mismo su proyección en una empresa con un importante componente tecnológico, que en otra cuya forma de llevar a cabo la actividad sea un tanto más clásico. Tampoco será lo mismo en aquellos trabajos que se desarrollan íntegramente en un lugar concreto que aquellos otros donde el empleado dispone de una mayor movilidad. Igualmente, en el seno de la misma empresa, el personal que realiza un trabajo más rutinario o repetitivo dista a estos efectos respecto de los empleados que tienen un mayor grado de responsabilidad, y, con ello, más flexibilidad horaria y dependencia de las apps digitales. Por tales razones, la intensidad del derecho a la desconexión variará en función de la actividad económica desarrollada y del sector productivo en el que se enmarque una concreta empresa[53].

Ahora bien, en defecto de convenio colectivo (o de acuerdo de empresa), "el poder de dirección empresarial será el instrumento apto para regular las modalidades de ejercicio del derecho de desconexión digital"[54], lo cual convierte el derecho en un mero desiderátum cargado de buenas

[50] Sánchez Trigueros, C., "El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital", en Kahale Carrillo, D. T. (Dir.) *et altri*: *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 235.

[51] Gorelli Hernández, J.: "El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital: ¿un derecho en peligro?", en Monereo Pérez, J.L.; Vila Tierno, F.; Espósito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.). *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2021, p. 509.

[52] Trujillo Pons, F.: "El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 52.

[53] Talens Visconti, E. E.: "La jornada laboral en el trabajo a distancia", en López Balaguer, M. (Dir.): *El trabajo a distancia en el Real Decreto Ley 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 210.

[54] Casas Baamonde, M. E.: "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 235.

intenciones. Así pues, sería ciertamente plausible que los sujetos negociadores blindaran la desconexión digital al reconocerla no sólo como un derecho del trabajador y una obligación del empresario, sino también como un deber para las personas trabajadoras en materia preventiva. En este sentido, se podría dar un paso más a través de cláusulas que dispongan el cierre automático de los servidores de correo una vez finalizada la jornada laboral o bloquearan el acceso a las comunicaciones corporativas desde el fin de la jornada laboral hasta el comienzo de la siguiente[55]. El empresario debe asumir la "posición de garante" del logro de la desconexión, de suerte que lo importante es el éxito del resultado y no los medios específicos utilizados para ello, que, además, deben ser todos los necesarios[56].

3.2. Sistemas de alto riesgo en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial: ausencia de referencia al bienestar en el trabajo

El Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (REIA), sitúa su centro de gravedad en la valoración del riesgo que conlleva el uso de los sistemas y modelos algorítmicos. La noción de "riesgo", definida en dicha norma como "la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de dicho daño" (art. 3.2 REIA), sirve de base para establecer una "pirámide de riesgos" ascendente (del riesgo medio/bajo hasta el riesgo inaceptable, pasando por el riesgo alto) que se utiliza para clasificar una serie de prácticas y casos de uso de la IA en ámbitos específicos, lo que supone reconocer que no todos los tipos de IA suponen riesgo y que no todos los riesgos son iguales o requieren las mismas medidas de mitigación[57].

Teniendo en cuenta que el empleo, la gestión de trabajadores y el acceso al autoempleo, aparecen expresamente catalogados como ámbitos de alto riesgo en el punto 4 del Anexo III REIA, el fabricante o proveedor ha de cumplir una serie de obligaciones que pueden ser resumidas en las siguientes[58]: 1) utilización de datos de alta calidad (validación y comprobación del conjunto de datos manejados); 2) documentación y trazabilidad (mantenimiento de registros y disponibilidad de documentación técnica); 3) transparencia (los usuarios deben ser capaces de interpretar los resultados); 4) supervisión humana (el sistema debe estar diseñado para que las personas físicas puedan verificar de forma eficaz su funcionamiento); 5) precisión y solidez (los dispositivos de IA deben ser resistentes a los riesgos relacionados con las limitaciones del sistema); 6) evaluación de conformidad y 7) supervisión de una autoridad nacional independiente dotada de potestad sancionadora[59]. El fabricante o proveedor carga, por tanto, con las obligaciones principales, pues debe diseñar las tecnologías conforme a los estándares de la Ley de IA y debe demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos mediante un conjunto de documentación técnica redactada antes de que el sistema sea colocado en el mercado (art. 16).

Por su parte, el empresario, en cuanto usuario algorítmico, debe asumir igualmente una serie de obligaciones: 1) arbitrar medidas de vigilancia humana durante su tiempo de funcionamiento de acuerdo con la información que le haya facilitado el proveedor; 2) vigilar el funcionamiento del sistema e informar de posibles incidentes; 3) interrumpir si fuera necesario su funcionamiento e informar a las autoridades; 4) conservar los archivos de registro que se generan automáticamente y

[55] Fernández Collados, M. B.: "La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 76.

[56] Rodríguez-Piñero Royo, M. y Calvo Gallego, F. J., "Los derechos digitales de los trabajadores a distancia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020, p. 1466.

[57] Mercader Uguina, J. R.: "Sistema de responsabilidad por el uso de la inteligencia artificial. Un enfoque integral", *Labos*, Vol. 5, Núm. extraordinario, 2024, p. 212.

[58] COM (2021) 206 final-2021/106 (COD).

[59] Fernández Fernández, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 20.

utilizar la información facilitada para cumplir la obligación de evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 27)[60].

Como fácilmente puede comprobarse, en ambos casos, tales deberes no están directamente relacionados ni en un caso ni en el otro con la salud laboral de los trabajadores.

3.3. Avances desde la Directiva de plataformas

Una de las muestras señeras de deslocalización derivadas del proceso de transformación digital es la "economía de plataformas", caracterizada por la completa externalización del servicio, que es dividido en microtareas para su desarrollo por una multiplicidad de potenciales proveedores o colaboradores a quienes se ofrece aquel servicio bajo la demanda del cliente[61]. El trabajo en plataformas digitales ha supuesto en los últimos años una oportunidad de ocupación para muchas personas, constituyendo una alternativa para generar ingresos especialmente para personas inmigrantes y otros colectivos con dificultades para el acceso a un trabajo tradicional. Sin embargo, el trabajo en plataformas digitales presenta elevadas dosis de precariedad, falta de previsibilidad de ingresos, exceso de horas de trabajo y, por lo que aquí interesa, riesgos laborales específicos que fluctuarán en atención al tipo de actividad desarrollada y al sector al que pertenezca la misma[62].

Un paso importante en el avance hacia un iter preventivo tuitivo puede encontrarse en la Directiva 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, que incorpora dos previsiones de calado[63]:

Por un lado, prohíbe el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras, tanto en los procedimientos de contratación como de selección, referidos a: 1) el estado emocional o psicológico; 2) los intercambios de conversaciones privadas con otras personas que realicen trabajo en plataformas ni con los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas; 3) cuando no se esté ofreciendo ni realizando la prestación de servicios; 4) para predecir el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo la libertad de asociación, el derecho de negociación y acción colectivas, o el derecho a la información y consulta; 5) para inferir el origen racial o étnico, la situación migratoria, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la discapacidad,

[60] Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "Los sistemas de inteligencia artificial en el ámbito laboral y el marco regulador europeo de seguridad del producto", en Egusquiza Balmaseda, M. A. y Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (Dirs.): *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 62.

[61] Agra Viforcos, B.: "La disrupción tecnológica y digital y los riesgos emergentes en las Estrategias Europea, Estatal y Autonómica de Seguridad y Salud en el Trabajo", en (Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.): *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Reus, 2023, p. 52.

[62] Todolí Signes, A.: "La regulación de la IA en la Directiva de trabajo en plataformas digitales", *Labos*, Vol. 5, núm. extraordinario 2024, p. 27; López Rodríguez, J.: "La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales", *Lan Harremanak*, núm. 149, 2019, p. 47.

[63] Un estudio exhaustivo sobre esta Directiva, puede encontrarse, entre otros, en Dueñas Herrero, L.: "La regulación del trabajo en las plataformas digitales", *Panorama Social*, núm. 34, 2021, p. 125; Fernández Prieto, M.: "Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales", *Temas Laborales*, núm. 151 2021, p. 170; Goerlich Peset, J.M.: "Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma", en Pérez de los Cobos Orihuel, F., (Dir.): *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura,* Madrid: La Ley, 2018, p. 41; Valverde Asencio, A. J.: "La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 296; Todolí Signes, A.: "Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo: contenido y propuestas para transposición", Bief AEDTSS, https://www.aedtss.com/la-directiva-para-la-mejora-de-las-condiciones-laborales-en-plataformas-digitales-de-trabajo-contenido-y-propuestas-para-la-trasposicion/ ó Gimeno Díaz de Atauri, P.: "Directiva de plataformas. Algunos avances sin gafas moradas", *El foro de Labos*, https://www.elforodelabos.es/author/pablogimeno/

el estado de salud, incluidas las enfermedades crónicas o el estado del VIH, el estado emocional o psicológico, la afiliación sindical y la vida sexual o la orientación sexual; 6) los extremos basados en la biometría, para establecer su identidad mediante el cotejo de sus datos con los datos biométricos de personas físicas almacenados en una base de datos (art. 7).

Por otro, recoge específicamente una serie de obligaciones empresariales en materia de salud laboral, tales como: 1) evaluar los riesgos que entrañen los sistemas automatizados, en particular los posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales; b) evaluar si las salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados habida cuenta de las características específicas del entorno laboral; c) introducir medidas preventivas y de protección adecuadas; d) garantizar la información y la consulta y la participación efectiva de los trabajadores y de sus representantes; d) impedir la utilización de sistemas que ejerzan una presión indebida sobre los trabajadores o pongan en riesgo de algún otro modo su seguridad y su salud física y mental; e) establecer canales de denuncia eficaces frente a la violencia y el acoso (art. 12).

En definitiva, los derechos a la protección de datos y a la prevención de riesgos aparecen expresamente tutelados.

4. EL EMPRESARIO COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN LOS NUEVOS CONTEXTOS TECNOLÓGICOS

Como no podía ser de otro modo, el alcance de las obligaciones en materia de seguridad y salud del empresario no se agota en la dimensión general prevista por la LOPDyGDD o el REIA, ni en las disposiciones más concretas de la Directiva de plataformas, sino que se integra al mismo tiempo por el conjunto de deberes propios de prevención de riesgos laborales, que, como garante de la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, el empresario debe asumir conforme a la LPRL[64]. El art. 14 garantiza al trabajador el *derecho a toda seguridad posible*[65].

La normativa de seguridad y salud en el trabajo erige al empleador en el principal obligado frente a la persona trabajadora, a la que reconoce el derecho a una protección eficaz. Varios preceptos ratifican esta conclusión, entre los cuales cabe citar los siguientes: 1) El art. 4 LPRL define la prevención como el "conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas la fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo" (apartado 1); el riesgo laboral como la "posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo" (apartado 2) y el daño derivado del trabajo como las "enfermedades, patologías y lesiones sufridas con motivo y ocasión de trabajo" (apartado 3). b) El art. 5.1 LPRL afirma, como objetivo expreso de la política preventiva, el de promover la mejora de las condiciones de trabajo a fin de elevar los niveles de protección existentes. c) El art. 14.2 LPRL cuando establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en *todos* los aspectos relacionados con el trabajo", adoptando "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores". d) El art. 15.1 LPRL, que recoge, entre los principios de la acción preventiva, el de "combatir los riesgos en su origen"; "adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así

[64] Goñi Sein, J.L.: "Sistemas de IA y prevención de riesgos laborales: obligaciones del proveedor y del empresario", *Labos*, Vol. 5, núm. Extraordinario, 2024, p. 180.

[65] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (artículo 3 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derecho Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 431-463; *Ibid.,* "El derecho a la gestión integral de los riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica en la era de la digitalización", en *Revue europeenne du droit social*, *24.64.3.0164* https://revueeuropeenne-du-droitsocial.ro/reviste/nr64.files/03-Jose%20Luis%20Monereo%20Perez.pdf

como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud"; "planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo"; en fin, "adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual". Y e) el art. 40.1 LPRL, en virtud del cual "los trabajadores y sus representantes podrán recurrir a la Inspección de Trabajo si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la salud en el trabajo"[66].

En suma, ha de cumplir los deberes generales de evitar los riesgos (art. 15 LPRL), evaluar los riesgos que no se puedan evitar y planificar la acción preventiva en la empresa (art. 16 LPRL), facilitar equipos y medidas de protección (art. 17 LPRL), informar y formar sobre ambos extremos, esto es, riesgos y medidas de protección (arts. 18 y 19), incluidas las de emergencia (art. 20 LPRL), adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores (art. 21 LPRL), garantizar el estado de vigilancia de la salud en función de los riesgos (comprendiendo como mínimo pruebas oftalmológicas, osteomusculares y psicosociales) (art. 22 LPRL) o constituir un sistema de prevención dotado de los recursos preventivos necesarios (art. 14 y capítulo IV LPRL).

En lo que se refiere a los riesgos derivados de la utilización de equipos de trabajo, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 41 LPRL, que obliga al empresario a utilizar los equipos conforme a los fines recomendados por el fabricante, a instalarlos y mantenerlos de forma adecuada y a informar y formar a los trabajadores sobre su utilización y posibles riesgos. De forma específica esta obligación general se desarrolla en el Real Decreto 1215/1992, de 18 de julio, sobre utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, el Real Decreto 486/97, de 14 de abril, sobre lugares de trabajo o el Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre señalización de seguridad y salud en el trabajo[67].

Ahora bien, la transformación digital ha traído de la mano múltiples nuevas formas de trabajo, tipo de organizaciones y perfiles profesionales que requieren la adopción de una política de seguridad y prevención de riesgos laborales adecuada, avanzada, moderna y adaptada a cada uno de ellos, además de respetuosa con la protección de datos del trabajador con especial atención a los sanitarios, tal y como señala la Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027[68].

El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RPD), al que remite la LOPDyGDD, define los datos de salud como los "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud" (art. 4.15)[69], permitiendo su tratamiento cuando sea "necesario para el cumplimiento de obligaciones y el

[66] Soler Ferrer, F.: "El síndrome de *burning out*. Criterios recientes", *Tribuna Social*, núm. 222, 2009, p. 53.

[67] Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "Obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales derivadas de la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 18, 2023, p. 60.

[68] Fernández-Costales Muñiz, J.: "Salud laboral, digitalización, nuevas tecnologías y su reflejo en la negociación colectiva", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 12, núm. 1, 2024, p. 30.

[69] El Considerando 35 RPD señala que "entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los… que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios;

ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado". Por su parte, el art. 9.2 LOPDyGDD exige norma con rango de ley –por tanto, no es válido, a la luz del ordenamiento interno, el convenio colectivo—para su tratamiento con fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria o social. Todo ello sin olvidar que la disposición adicional 17ª LOPDyGDD se remite a la LPRL, dentro del catálogo de normas con rango de ley justificativas de un posible tratamiento.

Es la LPRL, de nuevo, el eslabón tuitivo clave, si bien necesitada de una remodelación para atender a las exigencias de un "mundo laboral digital en constante transformación", tal y como señala la Carta abierta de académicos sobre la futura reforma legislativa de dicho texto legal[70].

5. LA NECESIDAD DE UNA GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGOS EN LA "GRAN TRANSFORMACIÓN": LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y RESPONSABILIDAD Y LOS PROBLEMAS "INTER-SISTÉMICOS" DE LA TUTELA FRENTE A LOS RIESGOS AMBIENTALES[71]

Puede contribuir a la reconstrucción de una política de gestión preventiva integral en una sociedad digital y de empresas digitalizadas la utilización compartida de los principios de precaución y de responsabilidad. El principio de precaución encuentra su origen más directo en la política medioambiental alemana (*Vorsorgeprinzip*), y de ahí se consagra en diversos textos internacionales, extendiendo progresivamente su aplicación al ámbito de la protección de la salud. Es un principio de aplicación general, que ha de ser tomado en consideración en diversos sectores vinculados a la seguridad y la tutela de las personas. Es la incertidumbre científica (el desarrollo potencial de la inteligencia artificial pueda abocar a ello) el supuesto base de la aplicación del principio de precaución y lo que la diferencia del principio de prevención, que parte de un riesgo verificable objeto de demostración. En todo caso, atendiendo a la exigencia de un enfoque conjunto de la evaluación y la gestión de los riesgos, a cada tipo singular de riesgo ha de corresponder a aplicación de un principio diferenciado. De manera que si el riesgo resulta desconocido será necesario atender a la aplicación del principio de exoneración; en el caso de que el riesgo sea incierto será preciso reclamar el principio de precaución; si el riesgo es probado o demostrado habrá que proceder a aplicar el principio de prevención; y, por último, en el caso de que el riesgo se ha producido o actualizado ya el será, entonces, aplicable el principio de reparación. El principio de precaución, a pesar de la inexistencia de certeza científica, tratará de neutralizar o evitar la existencia de posibles situaciones de riesgos hipotéticos, probables o daños potenciales. Este principio goza de un amplio apoyo y reconocimiento internacional, y no tiene un carácter absoluto, pues pretende adoptar una actitud prudente y ponderar los diversos intereses en juego. En todo caso, más allá de su pertinente aplicación en el campo de las políticas de salud y medio ambiente, se puede advertir una discutible tentación expansiva e indiferenciada en el ámbito de la política internacional, geopolítica, de seguridad y de estrategia de guerra "preventiva" ("guerra de

la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo, un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro".

[70] https://aedtss.us18.list-manage.com/track/click?u=58a0da19df827df1f41098067&id=145fbb942a&e=bfbd0c35cf

[71] Monereo Pérez, J. L.: *Planificación y gestión de los riesgos profesionales en la sociedad de la incertidumbre y de la transición digital,* Murcia, Laborum (Colección Trabajos de Investigación), 2024, pp. 100 y ss.

anticipación"; "lucha contra el terrorismo"), legitimadas frecuentemente a través de las que han sido denominadas "leyes del miedo" público[72].

La subestimación de los *riesgos tecnológicos e industriales* ha resultado por desgracia una constante. Para tratar de hacer frente a este gravísimo problema se ha desarrollado el conjunto de ideas que conocemos bajo la denominación del principio de precaución y las propuestas políticas preventivas y precautorias basadas en el mismo. Lo que pone a la orden del día el principio de precaución son las condiciones contextuales nuevas en las que se tienen que tomar decisiones. El enfoque cautelar o precautorio recomienda actuar antes de que existan fehacientes de daño, especialmente si se trata de perjuicios a largo plazo o irreversibles. El principio de precaución viene a decir que "es mejor prevenir que curar". La cultura clásica del riesgo defiende la libre empresa y la comercialización de productos sin trabas en tanto que la peligrosidad no haya sido probada. *La nueva cultura del riesgo (incertidumbre), fundada en el principio de precaución, invierte la proposición considerando que la prudencia se impone en tanto no se haya probado la inocuidad*. Permite organizar la deliberación democrática, en el proceso democrático, y asegurar un cauce de participación de los ciudadanos en la regulación y control de los riesgos. Tras la crisis del progreso se haya la tensión entre desarrollismo y sostenibilidad: el desarrollo sostenible. Es así que *la idea-fuerza del desarrollo sostenible aparece como una redefinición de la noción de progreso.* En realidad, el desarrollo sostenible es la denominación de un concepto de progreso adecuada para el siglo XXI, donde se asimila la crisis del progreso entendido bajo los esquemas tradicionales (en secuencia que podrían componer los ilustrados del siglo XVII, los positivistas del siglo XX) y donde a las reinterpretadas dimensiones social y económica se adiciona una nueva dimensión eminentemente ecológica. La piedra de toque para medir la veracidad del concepto es la cuestión de la autolimitación, la cual abarca de modo predominante el asunto de los límites del crecimiento (No debe olvidarse que el principio de precaución surge como consecuencia de buscar la protección de la salud humana y del medio ambiente frente a ciertas actividades caracterizadas por la incertidumbre científica sobre sus posibles consecuencias. Favorece una aproximación preventiva antes que reparadora para un desarrollo sostenible). Existe una ruptura radical con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna. Hay que evitar el "progreso destructivo. Ello exige una ruptura radical con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna. Desarrollo y progreso, en gran medida tendrán que estar sometidos a la ley de rendimientos decrecientes[73]. Caminar en la construcción de una sociedad de empleo decente, sostenible y vida social plena, requiere el reforzamiento de una sociedad civil y cultural alternativa que actúe como promotora de este cambio cultural a modo de inflexión. Pero exige, igualmente, que la naturaleza y el trabajo no sean considerados como mercancías. La necesidad de regulación del mercado y de la empresa. Ni el trabajo ni la naturaleza pueden mercantilizarse sin perjuicio de los seres humanos y de la biosfera,

[72] Véanse las reflexiones críticas de Sunstein, C. R.: *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz editores Buenos Aires/Madrid, 2009; una argumentación crítica que, en su opinión, alcanzan a cuestionar la racionalidad interna del principio de precaución; espec.,cap.1, pp.25 ss.,; cap. 5, pp.153 ss., cap. 8, pp. 239 ss., y 303 ss. Partiendo de la idea de que las versiones laxas del principio de precaución son inobjetables e importantes, entiende que los riesgos existen en todas la situaciones sociales y las medidas de precaución crean a su vez sus propios peligros. Por ello propone desplazar el principio de precaución mediante la consagración de un principio de anticatástrofe limitado, diseñado para los riesgos más serios; especialmente atención a los costos y a los beneficios, y un enfoque denominado "paternalismo libertario", que respete la libertad de elección y guíe a los individuos a tomar decisiones que mejorarán sus vidas. Teme que "cuando el miedo público es excesivo, es probable que dé lugar a violaciones injustificadas de la libertad". Su enfoque, muy discutible, tiene, en todo caso, el valor de afrontar los problemas subyacentes a los usos y abusos del reclama del "principio de precaución". Asimismo, Sunstein, C. R.: *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente,* Madrid/Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

[73] Sobre la problemática del desarrollo y sustentabilidad, véase García, E.: *Medio ambiente y sociedad. La civilización industrial y los límites del planeta,* Alianza, Madrid, 2004, pp. 145 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Bomarzo, Albacete, 2009, cap. 4.5, sobre "Los "nuevos" derechos fundamentales (los llamados derechos de la "tercera generación" y "cuarta generación", pp. 120-141.

para cuya supervivencia y bienestar han de darse ciertas condiciones independientes de la economía. Pero precisamente el capitalismo se caracteriza por mercantilizar los factores de producción trabajo, naturaleza y capital.

En este orden de ideas, es necesario rectificar la idea predominante de progreso de la modernidad, que ha sido la más directamente vinculada con el "espíritu" del capitalismo desarrollista, basado en la idea de crecimiento económico exponencial y de un progreso técnico mistificador. En ese orden d ideas, se ha podido hablar de un tránsito de la modernización a la "modernización ecológica". Los efectos nocivos en el doble plano interdependiente del hombre y la naturaleza de esa concepción racionalizadora instrumental del progreso no sólo ha roto la confianza en la concepción optimista del progreso sino que también ha llevado a su superación a través de una idea-fuerza fuerza de "desarrollo" económico y tecnológico sostenible no está resultando fácil de compaginar con la lógica del capitalismo. Se trata tanto de la lógica de la razón instrumental (económica y tecnológica) como del modelo de sociedad imperante en el sistema establecido, cuyo crecimiento sin límites y capacidad autodestructiva cuestionan la existencia de toda vida en nuestro planeta. Esa racionalidad instrumental ha supuesto una creciente *mercantilización de la naturaleza.* Ahí reside la toma de "conciencia ecológica" de la necesidad de revisar los modelos de desarrollo articulando una política ambiental a escala mundial, que parte de un nuevo paradigma de "*juridificación del ambiente"* tanto en el Derecho público como en el Derecho privado y en el Derecho Social (situado, éste último, en la intersección entre ambas formas de sistematización instrumental de los diversos sectores del sistema jurídico general). Pero ese proceso implica también un cuestionamiento del predominio absoluto de la racionalidad instrumental en la cultura del capitalismo y su limitación estricta a través del reclamo de una racionalidad reflexiva del hombre y la naturaleza[74]. En su proyección al ámbito jurídico, el Derecho aparece un instrumento especialmente apto para llevar a cabo una gestión eficiente y satisfactoria del medio ambiente, de manera que el Derecho ambiental actúe como instrumento de gestión del riesgo y de las políticas de desarrollo sostenible.

El principio de precaución impone que en caso de amenaza para el medio ambiente o la salud y una situación de incertidumbre científica se adopten las medidas adecuadas para prevenir el daño o perjuicio. La reflexión sobre la problemática de la "sociedad del riesgo" ha permitido constar que viene existiendo una cierta subestimación de los riesgos tecnológicos con consecuencias perjudiciales para la política ambiental en su conjunto. Dada la experiencia, se ha formulado el denominado principio de precaución, que se hace acompañar de una serie de propuestas políticas preventivas y precautorias que encuentran su base en dicho principio. Este principio de precaución pone de manifiesto las condiciones nuevas en las que en la coyuntura actual se ha de proceder a la toma de decisiones. En la práctica, el enfoque cautelar o precautorio recomienda que se actúe con anticipación a la producción de daños o perjuicios, señaladamente si lo que se prevé son perjuicios a largo plazo o de carácter irreversible. Subyace en él la idea de puro sentido común de que "es mejor prevenir que curar". En la cultura clásica del riesgo se defiende el principio de libertad de empresa y la comercialización de productos sin trabas –o con los menores límites posibles- en las medidas en que la peligrosidad no haya sido objeto de prueba fehaciente. A diferencia de esa cultura tradicional, en la nueva cultura del riesgo (incertidumbre), fundada en el principio de precaución, se invierte la proposición considerando que la prudencia se impone en tanto no se haya probado la inocuidad[75]. Aquí se actúa una cierta inversión

[74] Beck, U.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, *passim.*

[75] Riechmann, J. y Fernández Buey, F., *Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales,* Paidós, Barcelona, 1995. Ello, no obstante, se ha realizado un serio planteamiento crítico respecto al principio de precaución, aunque desde una singular perspectiva. Así, Sunstein, C. R.: *Las leyes del miedo. Más allá del principio de precaución,* Madrid/Buenos Aires, Katz Editores, 2009. Sunstein se interroga sobre cuál es la relación entre el miedo, el peligro y la ley. Sunstein aborda en esta obra el principio de precaución, cuya influencia es cada vez mayor: la idea de que las autoridades que se ocupan de las políticas de regulación deberían tomar medidas contra posibles daños, aun cuando las cadenas causales sean inciertas y no sepamos si es probable que los daños se concretarán.

de la carga de la prueba. La proyección del principio de precaución es amplia pues incide tanto sobre el plano estrictamente ambiental como en el de la protección de la salud humana. Las medidas de aplicación del principio de precaución se inscriben en el marco general del análisis de riesgos, y más particularmente en la gestión del riesgo. Una mínima evaluación de los riesgos es una condición previa necesaria para la aplicación correcta del principio de precaución. La aparición del principio de precaución está relacionada con la aceptación de la necesidad de considerar el riesgo y la incertidumbre asociados a ciertas actividades y ámbitos como por ejemplo el desarrollo tecnológico. El recurso al principio de precaución presupone: la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso, por un lado; y, por otro, una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permita determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión. La elección de la respuesta que debe darse en determinada situación es una decisión política, que está en función del nivel de riesgo "aceptable" para la sociedad que debe soportar el riesgo. En el momento de determinar si se inicia la acción basada en el principio de precaución, los responsables de la decisión deberían evaluar las posibles consecuencias de la inacción y las incertidumbres de la evaluación científica. Por otra parte, las medidas deberían ser proporcionales al nivel de protección elegido. Invirtiendo la carga de la prueba las medidas de precaución pueden establecer una responsabilidad en materia de producción de las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo completa. Dicho principio justifica que se tomen las medidas protectoras o preventivas cuando no existe certeza científica sobre las posibles consecuencias para el medio ambiente de una acción determinada. El principio de precaución en materia ambiental y preventiva se diferencia del principio de prevención porque el primero exige adoptar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que éste ocurra, mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que puede producirse. El principio de precaución o de cautela exige la toma de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente, operando ante la amenaza a la salud o al medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos (COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre el recurso al principio de precaución", Bruselas, 1 de febrero de 2000, COM (2000) I.).

En este orden de ideas, se puede apreciar una permanente tensión entre desarrollismo y sostenibilidad en el cuadro del objetivo del desarrollo sostenible. La idea de desarrollo sostenible comporta en sí la exigencia de redefinir el concepto de progreso. Existe una ruptura radical con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna tal como ha venido formulándose. Se apunta la necesidad de evitar el que se ha dado en llamar "progreso destructivo". El peligro procede de las desmesuradas proporciones de la civilización científico-técnica industrial. Es el "programa baconiano", es decir, poner el saber al servicio del dominio de la naturaleza y hacer de la naturaleza algo útil para el mejoramiento de la suerte del hombre. El peligro de catástrofe que comporta el ideal baconiano del dominio sobre la naturaleza a través de la ciencia y la técnica radica en la magnitud de su éxito. Este éxito es fundamentalmente de dos tipos: económico y biológico. Es posible pensar ya en la necesidad de despedirnos del ideal

Sunstein, que antes había estudiado problemas tales como el calentamiento global, el terrorismo, contaminación ambiental y la ingeniería genética, mantiene que el principio de precaución es incoherente. Los riesgos existen en todas las situaciones sociales y las medidas de precaución crean a su vez sus propios peligros. Con frecuencia las diversas culturas se concentran en riesgos muy diferentes porque las influencias y las presiones sociales llevan a acentuar algunos miedos y a minimizar otros. En lugar de adoptar el principio de precaución, Sunstein propone tres pasos: un principio anticatástrofe limitado, diseñado para los riesgos más serios; especial atención a los costos y a los beneficios, y un enfoque denominado "paternalismo libertario", que respeta la libertad de elección y guía a los individuos a tomar decisiones que mejorarán sus vidas. Igualmente, muestra cómo las sociedades libres pueden proteger la libertad aun inmersas en el miedo al terrorismo y en un clima de gran preocupación por la seguridad nacional. Leyes de miedo es una importante declaración de uno de los teóricos políticos y del derecho más influyentes de la actualidad.

utópico del progreso material constante y a cualquier precio, siendo precisa la crítica interna del ideal en sí mismo, tras haber quedado mostrada su imposibilidad material a largo plazo. De lo que se trata es de conciliar la racionalidad tecnocientífica con la democracia y la conservación de las personas y del medio ambiente. Por ello la alternativa que se impone es la ética de la responsabilidad, que actualmente, después de varios siglos de euforia posbaconiana, prometeica, ha de poner freno al desbocado impulso hacia adelante. El espíritu de la responsabilidad rechaza la precipitada sentencia de inevitabilidad; el principio de responsabilidad es el cuidado y la preocupación por el otro y por el medio ambiente[76]. Es así que no se puede confundir desarrollo y modernización con el progreso. Se puede constatar que la producción de bienes puede ocasionar no solo efectos positivos, sino que también puede determinar la generación de "males" perjudiciales para la seguridad y salud de las personas –y, en general, de los seres vivos- y para el medio ambiente. Un régimen democrático tiene que establecer un sistema de tutela de los bienes ambientales y debe contrarrestar la tendencia a la mercantilización de los factores de producción, trabajo, naturaleza y capital; y debe, por último, establecer políticas de control de los "riesgos fabricados", incluidos los derivados de las nuevas tecnologías de todo orden. El principio de precaución tiene su origen en la búsqueda de la salud y el ambiente sometiendo a control determinadas actividades que se caracterizan por la incertidumbre científica respecto a sus posibles efectos. De este modo se propicia una actuación más preventiva que reparadora para un desarrollo sostenible. Esto es importante para comprender la base productiva de los riesgos y del juego de los principios de precaución, prevención y responsabilidad. Precisamente se puede producir al respecto una tensión conflictiva entre empleo y ambiente, con importantes dilemas para el sindicato. El principio de precaución supone, pues, decidir en la incerteza en la era de la civilización técnica.

El principio de precaución ha encontrado una singular consagración no sólo en un plano general sino también en una perspectiva más concreta y operativa. Es el caso de la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre el recurso al principio de precaución (Bruselas, 01.02. 2000 COM(2000)1) [Su origen se encuentra en la Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte del año 1987, y se formula expresamente en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo ("Carta de los derechos de la Tierra").]. En dicha Comunicación se indica que "Aunque en el TCE sólo se mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido" (apartado 3). El principio de precaución *es uno los principios generales aplicables a cualquier medida de gestión de los riesgos*.

Es también relevante la Declaración sobre los principios rectores del desarrollo sostenible, aprobada por el Consejo Europeo de Bruselas por los jefes de gobierno de la UE, Bruselas, 16 y 17 de junio de 2005[77]. En dicha Declaración se hace notar algunas cuestiones importantes respecto de la gestión de los riesgos:

[76] Jonas, H.: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica,* introducción y trad. de A. Sánchez Pascual, Barcelona, Herder, 1995, cap. V ("La responsabilidad hoy: el futuro amenazado y la idea de progreso").

[77] Por su parte, la ONU (Derechos Humanos. Oficia del Alto Comisionado) en el Documento *"Promover el desarrollo sostenible a través de los derechos humanos*", considera que los derechos humanos generan las condiciones esenciales para el desarrollo sostenible. La Agenda 2030 reconoce que las economías inclusivas y participativas, y las sociedades en donde los gobiernos deben rendir cuentas, logran mejores resultados para todos, sin dejar a nadie atrás. En la Declaración sobre el derecho al desarrollo se hace hincapié en el derecho de todas las personas y los pueblos a una participación libre, activa y significativa. Asimismo, los Principios rectores de la ONU sobre las empresas y los

1ª) El desarrollo sostenible, enunciado en el Tratado, constituye un objetivo fundamental de *todas* las políticas de la Unión. Su objetivo es la mejora continua de la calidad de vida de los habitantes del planeta y de las futuras generaciones. Se trata de preservar la capacidad de la tierra para sustentar la vida en todas sus formas.

2ª) Se apuesta igualmente por la "participación ciudadana", y la "Participación de las Empresas y de los Interlocutores Sociales", con la idea de mejorar el diálogo social, aumentar la responsabilidad social de las empresas y fomentar las asociaciones entre el sector público y el privado para lograr una mayor cooperación y el establecimiento de responsabilidades comunes para conseguir una producción y consumo sostenibles.

3ª) Se defiende una "integración de políticas", estos son, fomentar la integración de las condiciones económicas, sociales y medioambientales de forma que sean compatibles y se *refuercen mutualmente* a través del pleno aprovechamiento de los instrumentos de mejora de la reglamentación, como la evaluación equilibrada del impacto y la consulta de las partes interesadas.

4ª) Se consagra expresamente el principio de precaución: en caso de que existan dudas científicas razonables, se debe recurrir a los procedimientos de evaluación y medidas Preventivas pertinentes para evitar los daños a la salud humana y al medio ambiente. Mientras que el principio de prevención parte de la idea-fuerza de que evitar el riesgo es preferible a una actuación posterior encaminada reparar o sancionar el mal o perjuicio ocasionado, el cual en muchos casos resulta irreversible, el principio de precaución o cautela –complementario de aquel- persigue que no se adopten decisiones arriesgadas en el caso de que no sean conocidas científicamente con certeza los posibles efectos que puedan ocasionar para la salud humana o en el medio ambiente y los recursos naturales. El principio de cautela o precaución en la toma de decisiones sobre gestión de los recursos (cfr. Directiva 2004/37/CE, considerando 14) afecta ante todo a la gestión del riesgo en materia de protección del medio ambiente en un contexto de incertidumbre, y proporciona una base para la acción cuando la ciencia no está en condiciones de dar una respuesta clara. Se reclama una ética de la responsabilidad que vaya más allá del enfoque antropocéntrico para abarcar a todos los seres vivos. Se trata de un principio cautelar que hace referencia a supuestos en los que se han identificado riesgos potencialmente peligrosos para el medio ambiente, derivados de un fenómeno, producto o proceso, pero no puede procederse a una evaluación científica precisa del nivel de riesgo. Ya se hizo referencia a que el artículo

derechos humanos (UNGP por su sigla en inglés) establecen la obligación de los Estados y las empresas privadas de garantizar que las actividades empresariales no violen los derechos de las personas. Los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales y el derecho al desarrollo se basan los unos en los otros y avanzan juntos. Por más libertad que tengan las personas para hablar y protestar, no son verdaderamente libres si carecen de alimentos, educación o viviendas adecuadas. También es cierto lo contrario. Las sociedades en las que las personas tienen acceso a la protección social básica, así como a recursos económicos y oportunidades, son menos vulnerables a las fracturas sociales y a la expansión de los extremismos. No obstante, en muchos países, las políticas económicas han restringido la protección social, y la riqueza y el poder político se concentran cada vez en menos manos. Los modelos de crecimiento insostenible y excesivo aumentan la degradación medioambiental y aceleran el cambio climático, lo que genera efectos que perjudican la salud, el acceso al agua y al saneamiento, los alimentos, las viviendas y los derechos sobre la tierra, y ponen en peligro la vida. Los más pobres, que son quienes menos contribuyen al cambio climático, pagan el precio más elevado. https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/ManagementPlan/Pages/sustainable-development.aspx. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículo 28 DUDH; artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes), en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Comares, 2014, pp. 151-183.

191.2 del TUE –versión no vigente dada por el Tratado de Lisboa- establece que la política medioambiental de la Unión Europea "se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga". A tal fin se ponen en práctica los denominados "Programas de Acción en materia de medio ambiente", en los que la Comisión Europea determina, en cada momento, las directrices y objetivos inmediatos a perseguir por la política ambiental.

En una valoración de conjunto, se puede decir que existen elementos positivos en el reconocimiento, pero también existen aspectos que deben ser objeto de crítica respecto a la idea subyacente de que la centralidad en el crecimiento económico y de los niveles de empleo debería residir en la competitividad. Hay que decir que el factor de la competitividad no es ni exclusivamente técnico, ni tampoco neutral, porque depende de parámetros esencialmente de política económica, y supone asumir que constituye un elemento esencial de la economía contemporánea. Pero no sólo eso, pues en la ideología de la competitividad va implícita la aceptación de un mercado libre y con las menores trabas posibles, con la consiguiente reducción del intervencionismo público en su desenvolvimiento. El "Estado de competencia económica" –cuyo principio axial es la competitividad de la economía- cuestiona seriamente el conjunto de las políticas preventivas y ambientales. Cabe decir que no todo modelo de competitividad (por los costes, por la innovación y desarrollo sostenible…) es compatible con la eficiencia social y el desarrollo económico y ecológico sostenible. El riesgo reside en que la tutela preventiva en sentido amplio quede subordinada al principio de competitividad "fijada" por las fuerzas del mercado, y con límites difusos. Por lo demás, la lógica de la prevención conduce de suyo más hacia la cooperación que a la idea de lucha competitiva. Lo que se pone de relieve es la utilización compartida del principio de precaución por las políticas de ambiente de trabajo y de ambientales en general.

Tras el nuevo enfoque de los principios de prevención y de precaución está la formulación del *"principio de responsabilidad"* que realizara críticamente Hans Jonas. La tesis de partida de Jonas reside en afirmar que la promesa de la técnica moderna se ha convertido en una grave amenaza, o que la amenaza ha quedado indisolublemente asociada a la promesa. El sometimiento desmesurado de la naturaleza sitúa al hombre ante el mayor reto que por su propia acción jamás se le haya presentado. La misma dinámica tecnológica de progreso alberga en cuanto tal un utopismo implícito, si no en su programa, sí en su tendencia. Todo ha cambiado de modo decisivo, pues cabe constatar la tremenda *vulnerabilidad* de la naturaleza sometida a la intervención técnica y espoliadora del hombre, una vulnerabilidad que no se sospechaba antes de que se hiciese reconocible en los daños causados. Este descubrimiento, cuyo impacto dio lugar al concepto y a la incipiente ciencia de la investigación medioambiental (ecología), modifica el entero concepto de nosotros mismos como factores causales en el amplio sistema de cosas… La naturaleza en cuanto responsabilidad humana es sin duda un *novum* sobre el cual la teoría ética tiene que reflexionar" como uno de sus grandes desafíos. Este principio presenta una mayor amplitud que el de precaución porque se refiere a la responsabilidad por todo ser vulnerable y valioso mientras que el principio de precaución se limita, de momento, al medio ambiente, la salud, la alimentación y la seguridad. Aparte de que subyace al principio de responsabilidad una crítica más acentuada al modelo de crecimiento económico, un compromiso mayor con el desarrollo sostenible y un cuestionamiento estricto de la idea de progreso continuo. El principio de responsabilidad ha acabado siendo un imperativo de la política ambiental, es decir, un imperativo categórico kantiano: "Obra de tal modo que puedas querer también que tu máxima se convierta en ley universal"; "Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra"[78]. Prolongando esa idea, se indica que es

[78] Jonas, H.: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica,* introducción y trad. de Andrés Sánchez Pascual, Herder, Barcelona, 1995, pp. 32 y ss.

preciso obrar de modo que los efectos de las acciones sean compatibles con la permanencia de una vida humana sobre la tierra. Lo que evidentemente cuestiona la ideología del progreso apoyada sobre presupuestos utópicos teológicos u optimistas.

Ahora bien, Hans Jonas no cree que la deriva del proceso de modernización y de la tecnologización del mundo de la vida tal y como se está produciendo será inevitable. Para él "el espíritu de la responsabilidad rechaza la precipitada sentencia de inevitabilidad y rechaza mucho más aún su sanción por parte de la voluntad, a causa de la creída inevitabilidad, por querer saberse del lado de la 'historia'"[79].

****

Prodigiosos resultan los avances que los algoritmos conllevan en el ámbito de la medicina: diagnósticos y tratamientos personalizados, cirugía robótica, prótesis controladas, estimulaciones cerebrales, desarrollo de nuevos medicamentos, interpretación de imágenes médicas, asistentes médicos virtuales, telemedicina, terapias menos agresivas, cuidados intensivos, monitorización cardiaca, ensayos clínicos… Igualmente, son amplias las nuevas posibilidades que abre la IA en cuanto a acceso a datos de salud de la persona trabajadora, bien para conocer en detalle sus afecciones, bien para mejorar la prevención de riesgos laborales, o bien para detectar elementos peligrosos y anticiparse al posible advenimiento de una enfermedad. Aparecen, así, nuevas potencialidades tanto para la patología diagnóstica como para la rapidez y certeza en la realización de juicios clínicos inmediatos. Esta detección inmediata permite la planificación y despliegue de medidas preventivas individualizadas para cada persona y entorno de trabajo.

Ahora bien, no son pocos los inconvenientes para el bienestar de las personas trabajadoras sobre los que únicamente se ha dejado breve testimonio en este editorial, que a buen seguro será completado en los próximos números de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo" con estudios elaborados por prestigiosas plumas de nuestra doctrina iuslaboral.

[79] Jonas, H.: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica,* Barcelona, Herber, 1995, p. 355

Estudios Doctrinales

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 37-97

La diligencia debida de las empresas en materia de "sostenibilidad": empresa responsable, trabajo formal y digno, derechos humanos y medio ambiente

Corporate due diligence on "sustainability": responsible business, formal and decent work, human rights and the environment

José Luis Monereo Pérez
Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Responsable de la Sección de Jóvenes y Nóveles de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social/Miembro del Comité Ejecutivo
https://orcid.org/0000-0001-9880-4231

Sumario

1. EL AVANCE DE LAS CLÁSICAS Y NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN HACIA UN CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA COMO RESPONSABLE Y CUSTODIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, LABORALES Y SOCIALES
2. DIRECTIVA (UE) 2024/1760 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE JUNIO DE 2024, SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y POR LA QUE SE MODIFICAN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y EL REGLAMENTO (UE) 2023/2859
   2.1. Algunos antecedentes normativos recientes
   2.2. Finalidades y objetivos de la Directiva "*due diligence*"
   2.3. Ámbito de aplicación: una adaptación escalonada
   2.4. El volumen de negocios como indicador de las actividades en el mercado interior
   2.5. Sobre los "efectos adversos" de la Directiva de diligencia debida
   2.6. Sobre la propia "diligencia debida"
   2.7. Sobre el mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación
   2.8. Otras cuestiones de interés de la Directiva (UE) 2024/1760
3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: ALGUNAS CONCLUSIONES EN EL AVANCE DEL DENOMINADO "DERECHO LABORAL MÍNIMO" O UN "DERECHO DEL TRABAJO DE MÍNIMOS" A ESCALA MUNDIAL
4. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 24/10/2024
Fecha Revisión: 04/12/2024
Fecha Aceptación: 18/12/2024

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La diligencia debida de las empresas en materia de "sostenibilidad": empresa responsable, trabajo formal y digno, derechos humanos y medio ambiente». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 37-97.

Resumen

Se analiza la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Para ello comenzamos haciendo referencia a las formas de organización clásicas y nuevas hasta llegar al concepto –que parece imperar de conformidad a la Directiva– de organización productiva como responsable y custodio de los Derechos humanos, laborales y sociales. Para ello nos referimos a los antecedentes normativos recientes, a las finalidades y objetivos de la norma, a su escalonado ámbito de aplicación, al volumen de negocios como indicador de las actividades en el mercado interior, a los efectos adversos para el medio ambiente y para los Derechos humanos, a la política de "diligencia debida" basada en el riesgo y prevención, así como a su detección, eliminación y reparación. Por último, finalizamos con unas conclusiones en las que ponemos de relieve que puede haberse implantado el germen de un Derecho del Trabajo de mínimos o globalizado a escala mundial en referencia a esas "cadenas de valor" a las que la Directiva hace mención.

Palabras clave

Diligencia debida; trabajo formal y digno; derechos; humanos; laborales; sociales.

Abstract

This paper analyses Directive (EU) 2024/1760 on corporate due diligence on sustainability. To do so, we begin by referring to the classic and new forms of organisation until we reach the concept - which seems to prevail in accordance with the Directive - of productive organisation as responsible and custodian of human, labour and social rights. To this end, we refer to the recent regulatory background, the aims and objectives of the standard, its staggered scope of application, turnover as an indicator of activities in the internal market, the adverse effects on the environment and human rights, the policy of 'due diligence' based on risk and prevention, as well as its detection, elimination and reparation. Finally, we end with some conclusions in which we highlight that the seeds of a minimum or globalised labour law may have been sown on a worldwide scale with reference to the 'value chains' to which the Directive refers.

Keywords

Due diligence; formal and decent work; human; labor; social rights.

"Hay formas de pensamiento, que no puede ser adecuadamente comprendidas mientras que sus orígenes sociales permanezcan oscuros […]. El mundo de las relaciones sociales ya no es inescrutable ni permanece en el regazo del destino, sino que, por el contrario, algunas de las correlaciones sociales son potencialmente predecibles. En este momento, el principio ético de la responsabilidad empieza a aparecer. Sus imperativos principales son, en primer lugar, que la acción no solo debe estar de acuerdo con los dictados de la conciencia, sino que, además, debe tomar en consideración las consecuencias posibles, en la medida en que puedan ser calculadas; después, sobre la base de nuestra discusión, puede añadirse que la misma conciencia debe sujetarse a un autoexamen crítico con el fin de eliminar todos los factores que actúan ciega y coactivamente"

Karl Mannheim[1]

1. EL AVANCE DE LAS CLÁSICAS Y NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN HACIA UN CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA COMO RESPONSABLE Y CUSTODIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, LABORALES Y SOCIALES

La Directiva (UE) 2024/1760, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024[2] de diligencia debida se dirige a empresas y grupos de empresas que han estado en proceso de desarrollo dentro del espacio económico europeo. Los modelos de empresas y de organización empresa interempresarial han sufrido un proceso de transformaciones de gran envergadura. A ello alude la propia Directiva cuando trata de "acotar" el ámbito de aplicación de las empresas relevantes y al hacerlo expresa una realidad multiforme, donde coexisten empresas de estructura simple, empresas descentralizadas y empresas de estructuras jurídicas complejas (se define, por el ejemplo, el «grupo de empresas» o «grupo» como "una empresa matriz y todas sus filiales") (art. 3. "Definiciones"; y art. 6. "Apoyo a la diligencia debida a nivel de grupo").

En el Preámbulo de la Directiva se deja constancia de que a tenor del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, consagrados estos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en lo sucesivo, «Carta»). Tales valores fundamentales, que han inspirado la propia creación de la Unión, así como la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional, deben guiar la acción de la Unión en la escena internacional. Esta acción incluye el fomento del desarrollo económico, social y medioambiental sostenible de los países en vías de desarrollo. Hay que precisar que ello incorpora también los derechos de la cuarta generación como la protección y mejora de la calidad del medio ambiente y el derecho humano al desarrollo. En esa dirección se establece que la Unión Europea fomentará el desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Se indica, por lo demás, que, en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto

[1] Mannheim, K.: *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento,* trad. E. Terrón, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología del conocimiento como sociología crítica: Karl Mannheim" (pp. XI-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024, pp. 28 y 166.

[2] Conforme al art. 37 de la Directiva, relativo a la "transposición" en los ordenamientos jurídicos nacionales: "Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 26 de julio de 2026, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas medidas" (apartado 1).

mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas (art. 3, apartado 2 y 5, del TUE).

Por otra parte, en la Comunicación, de 14 de enero de 2020, sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justas, la Comisión se comprometió a modernizar la economía social de mercado europea para lograr una transición justa hacia la sostenibilidad, garantizando que nadie se quede atrás. La Directiva de diligencia debida contribuirá, asimismo, a materializar el pilar europeo de derechos sociales, que promueve unos derechos que garantizan unas condiciones de trabajo justas[3]. Forma parte de las políticas y estrategias de la Unión relativas a la promoción del trabajo digno en todo el mundo, también en las cadenas de valor mundiales, tal como se menciona en la Comunicación de la Comisión, de 23 de febrero de 2022, sobre el trabajo digno en todo el mundo. Es manifiesto que el comportamiento de las empresas de todos los sectores de la economía es clave para el éxito con respecto a los objetivos de sostenibilidad de la Unión, ya que las empresas de la Unión, especialmente las grandes, dependen de las cadenas de valor mundiales. También redunda en interés de las empresas proteger los derechos humanos y el medio ambiente, en particular habida cuenta de la creciente preocupación de los consumidores y los inversores respecto de estos temas. Varias iniciativas de fomento de las empresas que apoyan una transformación orientada al valor ya existen a tanto a escala de la Unión como a escala nacional.

La Directiva sobre diligencia debida no opera en el vacío, pues las normas internacionales vigentes sobre conducta empresarial responsable especifican que las empresas deben proteger los derechos humanos y establecen cómo deben abordar la protección del medio ambiente en todas sus operaciones y cadenas de valor. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Principios Rectores de las Naciones Unidas»)[4] reconocen la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos detectando, previniendo y mitigando los efectos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y dando cuenta de cómo abordan dichos efectos. Estos Principios Rectores de las Naciones Unidas establecen que las empresas deben evitar vulnerar los derechos humanos y abordar los efectos adversos en estos derechos que hayan causado, a los que hayan contribuido o a los que estén vinculadas sus propias operaciones, las de sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas.

Las empresas y grupos de empresas son destinatarios de las obligaciones y responsabilidades que se establecen en la Directiva sobre diligencia debida y, por tanto, la toma en consideración de la realidad del tejido empresarial y de los nuevos modelos de empresas que operan en el espacio económico europeo no puede ser eludida.

La empresa es una realidad socioeconómica y se convierte en objeto de referencia de diversas ciencias sociales. La ciencia jurídica es consciente de que el Derecho no crea la empresa, sino que trata de captarla y configurarla a través de las categorías jurídicas[5]. Es un fenómeno multidimensional

[3] Monereo Pérez, J. L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 251–298. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493; Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J.A.: "El pilar europeo de los derechos sociales", en *La Ley Unión Europea,* núm. 49, 2017.

[4] 2011 Naciones Unidas. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. El Capítulo II hace referencia a "La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos", pp. 15-31.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

[5] Monereo Pérez, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011, pp. 287-322.

que es constituido en centro de referencia de diversos conjuntos normativos[6]. Pero la institución de la empresa es una realidad en continuo cambio y, como era de prever, no han cesado de producirse cambios cualitativos sobre las formas de organización empresarial, su dirección y en los mecanismos de colaboración entre los empresarios. La aproximación a la empresa contemporánea exige la utilización de una metodología "ideal-tipológica", esto es, tratando de construir tipos abstractos con base a la realidad objetiva del fenómeno de la empresa en su fisonomía actual. Todo tipo ideal (*v.gr*., empresa red, empresa horizontal, empresa posfordista, grupos de empresas, empresa desmaterializada, etcétera) incorpora puntos de conexión o rasgos comunes y debe ser capaz de insertar las diferencias específicas, incluso como desviaciones del tipo ideal elaborado atendiendo a los hechos[7].

La empresa contemporánea está transformándose cualitativamente adaptando su estructura y estrategias de acción a las variaciones del mercado y a las exigencias de rentabilidad. Es sabido que la empresa industrial moderna se ha caracterizado típicamente hasta finales de la década de los setenta por estructurarse en torno a una multiplicidad de unidades operacionales bajo una dirección de tipo jerárquico. En la empresa moderna ha dominado el enfoque gerencial en el proceso de racionalización interna, la producción para un mercado de masas y la predisposición a una intervención del Estado en la organización y apoyo de la actividad económica. Pero a partir de la década de los setenta, junto a ese tipo de empresa, emerge un tipo de empresa más flexible, tendencialmente horizontal y descentralizada[8]. Un tipo de empresa que responde a las nuevas exigencias de rentabilidad y al nuevo sistema de acumulación flexible en la "era de discontinuidad"[9] e incertidumbre propia de una "modernidad líquida"[10] y de la actual "sociedad del riesgo global"[11]. En este contexto de "cultura empresarial" se insertan las nuevas formas de empresa red, la empresa descentralizada, las estrategias de agrupamiento empresarial flexible (más cooperativas que propiamente jerárquicas), las estrategias

[6] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: *Los grupos de empresas en el derecho del trabajo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

[7] Véase Monereo Pérez, J. L.: "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología (pp. IX a CLII), estudio preliminar a Weber, M.: *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad de Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001. Weber destaca que el tipo ideal "no es la realidad histórica y muchos menos la realidad "auténtica", como tampoco es en modo alguno una especie de esquema en el cual se pudiera incluir la realidad a modo de ejemplar. Tiene más bien el significado de un concepto límite puramente ideal, con el cual se mide la realidad a fin de esclarecer determinados elementos importantes de su contenido empírico, con el cual se la compara. Tales conceptos son formaciones en las cuales construimos unas relaciones con la utilización de la categoría de la posibilidad objetiva, que nuestra fantasía formada y orientada según la realidad juzga adecuadas. En esta función, el tipo es ante todo el intento de expresar individuos o sus distintos elementos mediante conceptos genéricos". Weber, M.: "La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales", en Weber, M.: *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Península, 1974, p. 65. Al respecto, Weber, M.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo I ("La teoría de la racionalidad en Max Weber. Concepción general de la sociología del Derecho en Max Weber"; "La sociología como ciencia comprensiva. La sociología del Derecho como ciencia social"), pp. 15 y ss., Capítulo II ("La racionalidad del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna"), pp. 169 y ss., Capítulo III ("Modernidad y paradigma de racionalización del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea"), pp. 261 y ss.

[8] Para esa evolución puede consultarse Chandler, A. J.: *La mano visible: la revolución en la dirección de la empresa norteamericana*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; Piore, M. J. y Sabel, C. F.: *La segunda revolución industrial*, Madrid, Alianza Editorial, 1990; Harvey, D.: *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998; Coriat, B.: *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*, Madrid, Siglo XXI, 1993; Boltanski, L. y Chiapello, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 2002.

[9] Drucker, P. F.: *The age of discontinuity*, Londres, William Heinemann, Ltd, 1969; Drucker, P. F.: *La sociedad poscapitalista*, Barcelona, Apóstrofe, 1993.

[10] Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Buenos Aires, FCE, 2003; Berman, M.: *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, Madrid, Siglo XXI, 1988.

[11] Beck, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998; Beck, U.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

de innovación y creatividad y de cambio permanente. La empresa se convierte en la institución central del capitalismo flexible.

Las nuevas formas de empresa requieren de nuevos modelos de control interno (respecto del trabajo en la empresa en un sentido de mayor horizontalidad e implicación)[12] y externo (en relación con el control público de las actividades económicas, en una orientación más reflejada en las exigencias de adecuación a intereses generales y de apoyo y compromiso público con las estrategias de racionalización y competitividad de las organizaciones empresariales). El trabajador es utilizado conforme a las exigencias cambiantes de las empresas, asumiendo estas los criterios del *just in time* y de la *lean-production,* procediendo a la externalización sistemática de fases del proceso productivo, y a la deslocalización productiva en el marco de un proceso de reestructuración que fragmenta a los trabajadores en unidades productivas —a menudo difusas, como islas de reconocido poder— y da lugar a un archipiélago de figuras contractuales "atípicas". Desde esta perspectiva, la empresa flexible forma parte del conjunto constituido por las instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten ejercitar una forma bien específica (y a la vez compleja) de poder que tiene por blanco la población trabajadora, por forma principal de saber la economía política, por instrumentos técnicos esenciales los dispositivos de seguridad[13].

La estrategia de adaptación constante es compleja, pues, las empresas se concentran con fórmulas de centralización o descentralización según prácticas de conveniencia, es decir, según las circunstancias y preferencias se hacen más pequeñas o más grandes. Los planteamientos habituales al respecto se prestan a equívocos, pues suele ser muy frecuente afirmar que los grandes complejos empresariales perderían su nivel de competitividad por la rigidez organizativa y su falta de innovación tecnológica. De ahí se derivaría que esas grandes corporaciones serían excesivamente rígidas y estarían en crisis de adaptación para hacer frente a unas condiciones de competitividad cambiantes. Su futuro se vería cuestionado gravemente. Por el contrario, las empresas de reducidas dimensiones estarían más capacitadas, por su flexibilidad, para adaptarse a los cambios del entorno y a las nuevas formas de organización del proceso productivo. La gran fábrica —se afirma— tendería actualmente a desaparecer "necesariamente" del horizonte de la metrópolis postmoderna. No obstante, algunos de estos lugares comunes se basan en razonamientos poco matizados y parciales, porque una observación atenta de la realidad del mundo empresarial muestra todavía que las medianas y grandes empresas ejercen una posición dominante en los diversos sectores del sistema económico, y que, al mismo tiempo, la posición de las empresas de reducido tamaño en términos de conjunto, suelen tener una posición marginal ante el predomino de las grandes organizaciones empresariales. Estas grandes estructuras no han desaparecido, sino que más bien se ha producido una reconfiguración de sus modos de organización y de decisión, en una tendencia de mayor flexibilidad y descentralización interna o externa (subcontratación). Sin perjuicio de la concentración del poder económico y de decisión estratégica, las grandes empresas tienden a establecer grandes redes de formas de colaboración con otras empresas de tamaño más reducido, lo cual permite descentralizar la producción. No obstante, la intensificación de los lazos de colaboración y las formas de descentralización productiva no suponen la desaparición del poder de decisión de la gran empresa, la cual suele, llegado el caso en última instancia, ejercer un poder de dominio en el marco de la producción en red. La idea de concentración no desaparece, sino que se combina con formas funcionales o instrumentales de descentralización, eludiendo los modos centralizados y jerárquicos de articulación y de toma de decisiones. Por ello se puede hablar de la expansión de formas de producción en red en régimen de "concentración

[12] Burawoy, M.: *El consentimiento en la producción. Los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

[13] Foucault, M.: "La gubernamentalidad", en Foucault, M.: *Espacios de poder*, Madrid, La Piqueta, 1980; Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.

sin centralización" y de "concentración descentralizada" en el marco de redes de producción que comprende un encadenamiento de empresas y agentes económicos productores y negociadores[14]. Se tejen nuevas alianzas y se procede a una decidida descentralización de funciones y actividades auxiliares y complementarias. Es importante destacar que los criterios subyacentes en la reorganización de estas relaciones externas —y en especial la consistencia de la actividad descentralizada con control concentrado sobre los recursos— se aplican por igual a los procesos de reestructuración externa e interna que rigen en la actualidad[15].

Se busca la flexibilidad a través de la descentralización y el recurso a los procedimientos informativos. Se establecen, además, formas de coordinación activa entre las grandes empresas y las empresas subcontratistas, de manera que se realice el ciclo productivo completo con la mayor eficiencia técnica y de gestión posible. Finalmente, las mismas grandes empresas realizan estrategias de alianzas entre sí, tanto en el ámbito nacional como a escala internacional, dentro del proceso de internacionalización o mundialización. Es obvio que continúan liderando las decisiones estratégicas fundamentales, muy lejos de la imagen "estereotipada" que suele afirmar su pérdida de poder y capacidad de control. En la coyuntura actual se asiste a todo un proceso de readaptación y reforzamiento de las grandes empresas a un contexto profundamente cambiado en el marco de una crisis económica global y de inflación. Se ha pasado de la empresa integrada vertical a la empresa modular (empresa en red, organizada de modo reticular).

Son las empresas "esbeltas" —pretendidamente innovadoras— que trabajan en red con multitud de participantes. Es la empresa posfordista de la especialización flexible y las nuevas tecnologías. La empresa trabaja en una red, donde se distingue un centro esbelto rodeado de una nebulosa o constelación de empresarios coasociados (proveedores, subcontratistas, trabajadores autónomos, etcétera). Pero la "dirección del complejo empresarial no se disuelve en la red", sino que refleja un nuevo tipo de dirección empresarial más flexible "donde quedan implicados una pluralidad de empresarios" que colaboran a través de distintos vínculos contractuales. La empresa sigue siendo, evidentemente, capitalista, como organización de medios y de personas (el personal incorpora el valor añadido básico en la empresa de estructura capitalista). Lo que ocurre es que la empresa contemporánea se "vacía" aparentemente (y a veces también jurídicamente) de trabajadores a su servicio. Sin embargo, un análisis más atento de la experiencia de los epifenómenos empresariales existentes y emergentes muestra que se acaban beneficiando —y utilizando— indirectamente de las prestaciones de los trabajadores adscritos a otras empresas vinculadas o en régimen de colaboración a través de distintos mecanismos (*v.gr.,* empresas red, empresas en régimen de subcontratación, empresas de grupo, trabajo en régimen de empresas de trabajo temporal, etcétera). El trabajo es factor productivo y de creación de valor. Por tanto, aunque por supuesto puede existir una empresa vacía (es decir, sin trabajadores), en la inmensa mayoría de los casos bajo distintas formas de colaboración interempresarial no existe realmente tal empresa vacía, sino un modo de adquisición y utilización indirecta del personal laboral o autónomo (señaladamente, del autónomo económicamente dependiente).

La desventaja de la integración vertical a gran escala se hace mucho más patente cuando la pauta del cambio tecnológico se acelera, los ciclos de vida del producto se acortan y los mercados se especializan más. La organización vertical de la producción en serie es la propia de la empresa fordista, mientras que la postfordista se corresponde paradigmáticamente con la empresa en red de la

[14] Harrison, B.: *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, Nueva York, Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, 1994, Primera parte. También, en la perspectiva crítica, Salento, A.: *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d impresa e crisi del diritto del lavoro*, Milán, Franco Angeli, 2008, pp. 91 y ss.; Bhidé, A. V.: *Origen y evolución de nuevas empresas*, México, Editorial Oxford University Press, 2000.

[15] Moreno Vida, Mª. N.: "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", en *Temas laborales*, núm. 150, 2019, pp. 161-185.

especialización flexible y las nuevas tecnologías de la información. En este contexto la gran empresa ha redefinido su modo de organización con la finalidad de dar respuesta a los desafíos que imponen las transformaciones tecnológicas y los mercados marcados por la incertidumbre y los imperativos de flexibilidad. Se tiende a transitar de las formas de organización verticales a formas de empresa de tipo más horizontal y comunicativa. El proceso se puede caracterizar atendiendo a siete tendencias básicas: organización en torno al proceso, no a la tarea; jerarquía plana; gestión en equipo; medida de los resultados por la satisfacción del cliente; recompensas basadas en los resultados en equipo; maximización de los contactos con los proveedores y clientes; información, formación y retención de los empleados en todos los niveles[16].

No obstante, el principio de libertad de empresa (que incluye la libertad de gestionar la empresa libremente) coexiste y debe conciliarse con el principio de protección del trabajo, y en particular con los principios de estabilidad en el empleo (artículos 35 y 40 CE) y de participación (artículos 9.2 y 129.2 CE), de manera que la racionalidad económica ha de ser conciliada con la racionalidad democrático-social en permanente tensión[17]. En el texto constitucional los trabajadores no son tratados como instrumentos (no son simples mercancías, pero tampoco meros "factores de producción"), sino como artífices o coartífices de la producción, haciendo partícipes a los trabajadores de las decisiones que afectan al proceso productivo. Por otra parte, se siente la necesidad de revalorizar el carácter social de la producción; una nueva concepción de la empresa, a nivel de la organización compleja del sistema económico, que permita ampliar la democracia política y extender el sistema democrático hasta el gobierno de la economía. La empresa aparece como una organización típicamente pluralista, que en las relaciones de trabajo está presidida y articulada formalmente por un contrato de cambio que incorpora funciones organizativas, pero no un contrato de organización social. En racionalidad empresarial, el contrato libre de trabajo se transforma en una relación de dominio bajo el poder directivo del empresario.

La empresa, entendida como unidad organizada para la producción (y el empresario como el organizador y dirigente de ésta)[18], permanece, en lo principal, como una institución de Derecho mercantil, y no se ha convertido propiamente en una institución de un nuevo "derecho de la producción". De este modo, las relaciones entre empresarios y trabajadores se presentan como relaciones exteriores a la empresa, pues ellas son relaciones de mercado, siendo la fuente de su regulación jurídica el

[16] Castells, M.: *La era de la información. Vol.1. La sociedad Red*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 192 y ss.

[17] Monereo Pérez, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 29 y ss., y 213 y ss.; Monereo Pérez, J. L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2021, pp. 220–294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982; *Ibid.,* "Para una crítica de las "soluciones" iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo", en *Lan Harremanak*, núm. 20-21, 2009, pp. 51-136. https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2165/1783; Ortega Lozano, P. G.: "Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2018, pp. 19-42. Ortega Lozano, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: Causali e costi*, Milano, Cedam, 2 021. Ortega Lozano, P. G.: *Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Granada, Comares, 2022. Ortega Lozano, P. G.: *La subrogación de los trabajadores en la transmisión de empresas*, Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros, Dykinson, 2023. Ortega Lozano, P. G.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.

[18] Sobre la figura del empresario y la empresa puede consultarse la revisión y configuración realizada por Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario,* Madrid, Ibidem, 1999, pp. 17 y ss.; Desdentado Daroca, E.: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006. Desdentado Daroca, E.: "El empresario complejo en la jurisprudencia reciente. En especial, los grupos de empresa", en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, pp. 107-130.

contrato de trabajo subordinado[19]. Por lo demás, en la perspectiva más amplia de la sociedad general, la "*empresa pluralista*" adquiere una visión social y asume una responsabilidad ante la comunidad. De ello se infieren dos elementos relevantes para la política jurídica de la reestructuración: por un lado, que el modelo de empresa monista debe ser desplazado por el modelo de empresa pluralista, dando entrada a los trabajadores en la gestión empresarial con una nueva legitimación de las decisiones de gobierno. Por otro, que la empresa debe responder ante la comunidad y atender al complejo de intereses a los que afecta su actividad (teoría de los "*stakeholder*" o partícipes e interesados: interés societario o de los accionistas; interés de los trabajadores; interés de los consumidores y usuarios, y afectados en general; interés público). Es el enfoque de los afectados e interesados en el desenvolvimiento de la actividad empresarial. La empresa es un conjunto organizado de personas y de elementos de varia índole que permiten el ejercicio de una actividad económica[20].

En la "modernidad líquida"[21], las empresas se insertan en un clima de incertidumbre e inseguridad de los mercados que inciden en los modos de racionalización jurídica del capitalismo moderno[22]. Las que no se adaptan (renovándose y procediendo a su reestructuración permanente), entran en crisis concursal (vinculada a situaciones de insolvencia técnica o inminencia de que ésta se produzca) o extraconcursal. Para aumentar la economía de escala y localizar la producción se producen fusiones y adquisiciones tanto en el plano nacional como en el ámbito transnacional. Las empresas tratan de estructurarse con arreglo a economías de escala: se hacen globales, formando redes en distintos ámbitos territoriales gracias a una infraestructura tecnológica funcionalmente orientada. Las empresas globales, en este marco económico internacionalizado ("mundializado") son grandes complejos, pero tienden a estructurarse cada vez más intensamente de modo descentralizado, dotando de autonomía directiva a las diversas unidades económico-jurídicas, muy flexibles para competir eficazmente en el mercado. La estructura de las empresas y la misma modificación de sus estructuras jurídicas y económicas atienden a las exigencias de los mercados y a la innovación tecnológica, la cual influye de modo determinante sobre la ventaja competitiva en una coyuntura en la que la misma competencia tecnológica es en sí un elemento determinante de la posición competitiva diferenciada de las empresas (reduce costes, facilita la comunicación, las transacciones, y la elaboración de la calidad del producto y su diversificación). La tercera revolución científico-tecnológica refleja que ha cambiado el paradigma tecnológico-productivo con importante incidencia en la estructura y estrategia de las empresas y en la configuración del empleo. Ese paradigma tiene su eje en la competitividad de las economías y de las empresas en particular[23]. La mutación tecnológica se inserta en un proceso de

[19] Galgano, F.: *Diritto comerciale. L´imprenditore*, 3.ª edizione, Nicola Zanichelli, Bologna, 1989, Capítulos I y V. Entiende Galgano que la noción clásica de empresa se considera actualmente una concepción reductiva, que niega el carácter social de la producción. La construcción de un derecho de la producción es una tarea que exigiría, entre otras medidas, superar la visión meramente mercantil y societaria de la empresa, que se limita a la relación entre el empresario y el capital de riesgo, ampliando la perspectiva a la consideración de otros sujetos, artífices o destinatarios del proceso productivo.

[20] STJCE 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997\45], asunto Ayse Süzen. Véase Monereo Pérez, J.L.: "El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la "Constitución Social" Europea", en *Comentarios a la Constitución Europea,* Vol. 2., Garrido Mayol, V., García Couso, S., y Álvarez Conde, E. (Coords.), Madrid, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1037-1100.

[21] Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Buenos Aires, FCE, 2003.

[22] Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo II ("La racionalización del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna"), págs. 169-331.

[23] La competitividad remite principalmente a la capacidad de un agente para ganar parte del mercado con relación a otros agentes y, asimismo, la capacidad de mantener su cuota relativa en un mercado en expansión. Cfr. Castells, M. (Dir.): *El desafío tecnológico. España y las nuevas tecnologías,* Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 390; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo", *Lanharremanak,* núm. 2, 2000, pp. 237-300. https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/6686/6128, donde se destaca que, como resultado de la "crisis de la sociedad salarial" el estatuto social del trabajo está sufriendo profundos procesos de desestructuración. Por una parte, se produce un debilitamiento de los mecanismos de tutela

reestructuración de las empresas, de los sectores de actividad económica y de los flujos de comercio e inversión. Los esfuerzos en investigación y desarrollo aparecen como una respuesta a las exigencias de competitividad entre empresas, e incluso entre los Estados, que se comprometen intensamente en el apoyo a los sectores de actividad nacionales y a las empresas ("Estado de competencia")[24]. Esto explica que los gastos de investigación y desarrollo sean en gran medida financiados por fondos públicos[25]. Pero las propias empresas tienden a invertir cada vez más en innovación, especialmente las grandes empresas transnacionales, en muchos casos asociadas entre sí y en colaboración con universidades e institutos de investigación vinculados a la actividad empresarial[26]. La explicación es obvia: la innovación es un elemento determinante de la competitividad de una empresa o de un producto. La innovación es el principal factor estratégico para adquirir y mantener una posición competitiva

del trabajador en el marco de la relación laboral. Por otra parte, la protección social pública deja de cubrir su papel de instrumento de igualación y homogeneización y se reduce su intensidad protectora, del Estado del Bienestar se pasa al Estado asistencialista. El proceso de globalización refuerza las tendencias hacia el incremento de las desigualdades y la disminución de las garantías sociales. En la Unión europea, las políticas de convergencia se inscriben en la misma orientación de desregulación y flexibilización del mercado de trabajo y de disminución del papel de las políticas sociales. La regulación contenida en el Sistema de los Tratados de la Unión sigue siendo insuficiente para la garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales y los criterios de convergencia siguen sin incorporar resueltamente la "calidad social". Las reformas recientes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España han seguido las mismas tendencias. Los elementos de una estrategia alternativa de orientación garantista deben partir de la consideración que el trabajo humano no es una mercancía y serían los siguientes: conceder un importante papel al sector público, mantener que son posibles diversas políticas sociales y apostar por un Estado del Bienestar expansivo y no residual, fortalecer la democracia industrial y un modelo de empresa participada y pluralista, impulsar una política de flexibilidad ofensiva y llevar a cabo una política de pleno empleo mediante una adecuada ordenación jurídica del tiempo de trabajo.

El compromiso activo de la legislación pública con la garantía de la competitividad empresarial se refleja perfectamente en el grupo normativo diversificado integrado por las normas estatutarias para los procesos extraconcursales (art. 51, 52.c), 40, 41 y 44 ET) y en la legislación concursal para los procedimientos concursales. Aquí la decisión se mueve sobre el juicio de razonabilidad en términos de mejora de la competitividad, del rendimiento y de la contribución de las medidas a tomar a la viabilidad del proyecto empresarial. Véase Monereo Pérez, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario,* Madrid, Civitas, 1994, *passim.*; *Ibid., La conservación de la empresa en la Ley concursal: aspectos laborales,* Valladolid, Lex Nova/Thomson-Aranzadi, 2006; Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho español,* Madrid, Aranzadi, 1997, *passim.*; Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente,* Murcia, Laborum, 2024; Mercader Uguina, J. R.: "Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020. Sobre la necesaria reforma del Estatuto de los Trabajadores, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI,* Ponencia general, en *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*,* Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 41-102.

[24] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I ("Los cambios en curso y la política social en la crisis del Estado Social de Derecho"), pp. 9 y ss., Capítulo II ("Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho del Trabajo Clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo", "La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía"), págs. 29 y ss.; *Ibid., Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad"), pp. 297-470; *Ibid., Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulo III. ("Soberanía y nuevo orden internacional. Estados soberanos y orden global"; "El nuevo sistema mundial en una "situación de excepción""; "El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos"; "El paulatino desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal. La ruptura del paradigma de la democracia sustancial"), pp. 382-551; *Ibid.,* Monereo Pérez, J. L.: "La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 8, núm. 1, 2018, pp. 1–44. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2896

[25] Véase Reich, R. B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI,* Madrid, Vergara, 1993.

[26] Véase Landes, D. S.: *La revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1980; Marx, L. y Scmitch, M. R.: *Historia del determinismo tecnológico*, Madrid, Alianza, 1996.

en el mercado. El fenómeno se hace acompañar con la utilización de nuevas formas de energía y el recurso a la información como factor determinante del proceso productivo[27]. En este sentido, la información se suma en importancia a los factores productivos clásicos (capital, trabajo, tierra). Permite una transformación de la disponibilidad de todo conocimiento y de los diversos ámbitos de la producción y la comercialización de los productos. La incidencia de estos procesos de transformación científico-tecnológica es extraordinaria ya que favorece una auténtica metamorfosis general de los procesos productivos (en términos de métodos de trabajo, automatización y robotización, diseño de productos, reducción de costes, etcétera) y contribuye a la mayor presencia del sector terciario. Pero también supone un mayor peso de la calidad y la creatividad en el proceso productivo ("revolución de la inteligencia"), donde uno de los factores diferenciales en la competitividad es la cualificación misma del factor trabajo y la potenciación de las relaciones horizontales con mayor exigencia de participación activa e iniciativa de los trabajadores. La participación activa de los trabajadores es un derecho democrático-social, pero también un "derecho funcional" para incrementar el grado de compromiso e implicación de los trabajadores en los asuntos que conciernen a la empresa[28].

Por otra parte, las formas de empresa flexible —en reestructuración permanente de sus estructuras y modos de utilización de la mano de obra— también imponen su lógica de flexibilidad laboral en términos de utilización de la mano de obra (flexibilidad interna y externa) y de reducción de los costes laborales, determinando un cambio en la composición de la fuerza de trabajo y en su organización al servicio de las empresas. El dominio del conocimiento (factor diferencial en el ámbito de la competitividad) se pone al servicio de los nuevos modelos de producción, de acumulación rentable del capital por parte de las grandes empresas que tratan de controlar la información y la actividad científica para incrementar su dominio sobre la producción y la comercialización. Las empresas tratan de dominar la naturaleza sobre la base de la integración entre la actividad técnico-científica y el capital productivo. La empresa acentúa su condición de sistema de gestión de la racionalidad económica y técnica, aparece como una organización institucional, al mismo tiempo centro de decisión y programación y lugar de acuerdos y negociaciones socioeconómicas entre los actores implicados. La empresa es un sistema sociotécnico abierto[29]. Tiende a imponer su propio modelo de racionalidad y se refleja su centralidad como institución básica del sistema político-económico; su funcionamiento atiende al criterio-guía de la eficiencia económica. Lo "institucional" de la empresa se corresponde con la aparición progresiva de mediaciones organizativas e institucionales entre el poder económico y la actividad profesional en la empresa. El modelo económico y tecnológico es impulsado por los grandes complejos empresariales[30], controlando la información y los procesos de investigación (los cuales son puestos al servicio del rendimiento de sus inversiones) y por los propios "Estados de competencia" que toman decisiones estratégicas sobre la organización del mercado y apoyo a los procesos de innovación y reestructuración de las empresas. La globalización presupone una relación más compleja entre el Estado y el sistema de empresas, con la formación de redes decisorias

[27] Monereo Pérez, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, pp. 323 y 346.

[28] Monereo Pérez, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, pp. 323 y 346. Monereo Pérez, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011, pp. 287-322. Monereo Pérez, J. L.: "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del Trabajo", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.) *et* al: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1527-1606.

[29] Véase Beinum, H. V.: *La empresa considerada como un sistema sociotécnico abierto*, Barcelona, Escuela Universitaria de Ciencias Empresariales, 1991.

[30] Véase Postman, N.: *Technopoly. The Surrender of Cultura to Technology,* Nueva York, Vintage Books, 1992.

(concertadas selectivamente desde el punto de vista de los actores intervinientes en el proceso de toma de decisiones) en marcos transnacionales[31].

A efectos de esta investigación es indispensable la utilización conjunta de los criterios económicos y jurídicos para aprehender la complejidad del fenómeno de la coligación y sus repercusiones jurídico-laborales[32]. Enunciados los criterios jurídicos generales ha de procederse a la caracterización económica de la concentración empresarial. Entre las innumerables clasificaciones económicas de las formas de organización de las concentraciones de empresas, se escoge la propuesta por Tamames[33], basada en criterios relativos a la duración e intensidad del vínculo de unión existente en la agrupación de empresas. De tal manera que las modalidades de concentración podrían subsumirse en tres grandes apartados: a) las uniones a corto plazo; b) de duración media; y c) de larga duración.

a) La nota esencial de las uniones a corto plazo es su carácter contractual de cara a la dominación del mercado, de modo que el régimen interno de cada una de las empresas implicadas prácticamente no se ve afectado. No hay, pues, modificación de la estructura jurídica de las empresas unidas, sino una mera superposición de una organización que limita la competencia. Manifestaciones de tales organizaciones son los compromisos informales *Gentlemen's agreement*, acuerdos de asociaciones reguladoras de la producción y los pactos sobre distribución de contratos.

b) Las de plazo intermedio tienen caracteres propios de las formas a corto plazo (autonomía técnica y administrativa de cada uno de los componentes) y de las de larga duración (estructura formal y aparato administrativo de la organización y posibilidad de mantenerse durante largo tiempo en el mercado). Los tipos más importantes de esta modalidad de concentración se encuadran dentro del fenómeno de la cartelización. Así los cárteles de precio o de reparto de mercados, la central de ventas, cártel de asignación de cuotas de producción de control de ventas, y las comunidades de intereses o "interés *gemein-schaf-ten*".

c) Finalmente, las concentraciones de larga duración. Se dan en la realidad económica tres tipos básicos: el *Trust* o *Konzern*, la sociedad *Holding* y la fusión. Como dice Tamames[34], en ellas el proceso de concentración es progresivamente mayor, y cada vez menor la autonomía de las empresas agrupadas, autonomía que en algunos casos llega a desaparecer por completo; es el caso de la fusión de sociedades, en la cual, se pierde no solo la independencia económica, sino también la jurídica, con fusión de patrimonios y sujetos, y no unión de empresas en sentido propio. Estas formas de concentración adquieren especial relevancia en el ámbito laboral por lo que han de ser analizadas con mayor detenimiento.

Al hilo de lo anterior, el *Trust* se caracteriza por la existencia de una unión de empresas bajo control único, en cuanto centro de decisión unitario. En sentido estricto, con el término *Trust* se conoce el fenómeno por el cual diversas empresas ceden la totalidad de sus acciones a un grupo de fideicomisarios, recibiendo a cambio de ellas certificados de fideicomiso por el mismo valor. Así, los fideicomisarios están en situación de controlar completamente la dirección de todas las empresas del

[31] Véase Beck, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización,* Barcelona, Paidós, 1998.

[32] Monereo Pérez, J. L.: "Aspectos laborales de los grupos de empresas", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 21, 1985, pp. 83 y ss.; *Ibid.,* "Para una crítica del "economicismo" en la construcción de la teoría jurídico-laboral de los grupos de empresas", en *Temas Laborales,* núm. 45, 1997, pp. 3-44. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2852349

[33] Tamames, R.: *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 47 y ss.

[34] Tamames, R.: *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 50.

grupo. Considera Branca[35], que el *Trust* es una organización económica que reúne los capitales de terceros a los fines de una actividad organizada de inversión, en el que se crea una separación entre los fondos reunidos mediante títulos especiales (*Trust certificates*) y el capital accionario del gestor.

Por su parte, en los *Holdings*, una sociedad adquiere la mayoría de las acciones de varias empresas, al objeto de someterlas a control mediante la participación accionaria[36]. Aquí se incardina el fenómeno que la doctrina francesa denomina "filialización", que opera cuando la sociedad madre (a la que se le denomina también empresa principal) domina a la nueva sociedad, a través de la aportación de actividad y reserva de todas o la mayoría de sus acciones.

El grupo, como puntualiza Duque[37], constituye una especie del concepto más amplio de empresas unidas o vinculadas. El fenómeno del grupo en su complejidad se configura como la situación de varios empresarios (generalmente sociedades) jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general, constituyen una unidad económica. De tal modo que la subordinación ni es necesaria ni es suficiente para que se esté ante grupos de empresas, puesto que la nota esencial es la dirección única, reflejo de la unidad económica que trasciende las unidades jurídicas subsistentes (o sea, las empresas agrupadas). Esta concepción se opone al concepto restrictivo que entiende que el dato decisivo del grupo no es la dirección unitaria, sino la relación de dominación (o dependencia), exigiendo ineludiblemente una doble relación de subordinación y sometimiento a una dirección única. Lo cual supondría la exclusión de los llamados grupos por coordinación, regidos por el principio de dirección unitaria y no por el de estricta dependencia[38].

Uno de los problemas más arduos que tiene ante sí la teoría jurídica es el constituido por los problemas de "juridificación" y normalización de la empresa y, muy en particular, de las empresas de estructura compleja y grupos de empresas o "empresas de grupo". La problemática de los grupos de empresas —de las empresas colectivas articuladas— y de las empresas red puede considerarse como una complejidad de los tradicionales problemas de "juridificación" del fenómeno "empresa" ("realidad empresa") en un contexto caracterizado por la globalización de la economía (que entraña, entre otros fenómenos, la creciente expansión de las multinacionales, el desarrollo de los mercados de capitales establecidos más allá de las naciones y la disminución del papel de Estado, reduciendo su margen de maniobrabilidad en el campo de la política económica y social) y por un escenario marcado por la estrategias de flexibilidad de las empresas.[39] Por lo demás, los grupos de empresas (fenómeno que remite al agrupamiento de empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria; expresa, pues, la idea de la pluralidad en la unitariedad[40]) constituyen un fenómeno cada vez jurídicamente más relevante tanto en el Derecho comunitario (*v. gr*., Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores) como en los ordenamientos internos. Fenómeno de integración

[35] Branca, G.: *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 25, citando a Libonati y Ascarelli.

[36] Garriguers Walker, J.: *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Madrid, Aguilar, 1976, pp. 622 y 623.

[37] Duque Domíguez, F.: "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas", en AA. VV.: *Homenaje a Roca Sastre*, vol. III, Madrid, Junta de Decano de los Colegios Notariales, 1977, p. 531.

[38] Monereo Pérez, J. L.: "Aspectos laborales de los grupos de empresas", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 21, 1985, pp. 85 y ss.

[39] Monereo Pérez, J. L.: *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997.

[40] Monereo Pérez, J. L.: "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales", en Sánchez Trigueros, C., y González Díaz, F. A. (Coords.): *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

empresarial económica con pluralidad de intereses entre miembros jurídicamente independientes[41]. Es bien sabido que los grupos de empresas o empresas del grupo aparece como el modelo-tipo de empresa flexible contemporánea. La creciente proliferación en el mundo contemporáneo de las nuevas formas de empresa flexible — en toda su amplísima variedad— y de los grupos de empresas (de la forma grupo) ha distorsionado sustancialmente el funcionamiento de los tradicionales modelos jurídicos de regulación de la empresa. Es por ello, que se opera una suerte de replanteamiento del problema, sistema y método en la teoría jurídica de los grupos de empresas. Sería demasiado fácil simplificar la entidad de los problemas típicos de nuestra experiencia actual, problemas de cuya solución depende la realización de principios y bienes jurídicos de relevancia constitucional. A este respecto se tiene que convenir que la respuesta que el sistema jurídico (el "derecho de la empresa") y la teoría jurídica proporcionada hasta el momento es insuficiente. Ello ha suscitado una decisiva renovación metodológica, dirigida a construir categorías jurídicas adecuadas a la comprensión y explicación de las nuevas relaciones que se establecen entre empresas o empresarios. Pero el "derecho de los grupos" —y, más ampliamente, de la "empresa de estructura compleja"— es un campo de batalla entre las tensiones latentes entre garantismo y flexibilidad del sistema de relaciones laborales en la empresa[42].

La dispersión normativa o ausencia de un estatuto jurídico unitario y sistemático (en gran medida inevitable) de la empresa, hace difícil (no necesariamente imposible) la elaboración de un concepto unitario. Desde una perspectiva económica, la empresa es la "forma de ejercitar las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado; esto es el sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado"[43]. Desde un punto de vista jurídico, se han propuesto distintas teorías (subjetivistas, patrimonialistas, dinámicas o espiritualistas y atomistas) dirigidas a la construcción de una noción jurídica de la misma. No obstante, es la Constitución la que determina el modelo jurídico de empresa, como pieza esencial del sistema económico de mercado en régimen de libre concurrencia, sujeta al principio de productividad o eficiencia económica. Desde esta perspectiva constitucional, parece concebirse a la empresa como una entidad económica sujeta a dirección o, en su caso, a cogestión, esto es, en suma, a organización económica, la cual constituye cabalmente el objeto de intervención pública y de participación social (artículos 128.2 y 129.2 CE)[44]. En todo caso, la ciencia jurídica tiene que operar (por estrictas exigencias de racionalidad jurídica) con categorías jurídicas propias sin que pueda limitarse a un "traslado" de los conceptos aportados por la ciencia económica, por otra parte más heterogéneos de lo que suele afirmarse, pues no es difícil comprobar que verdaderamente no existe un concepto unitario de empresa extraído de la ciencia económica y que pueda ser aceptado por todas

[41] Cremades Chueca, O.: *Identificación y fundamentos jurídicos de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España*, tesis doctoral dirigida por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, Barcelona, Universidad de Ramón Llull, 2020, p. 358. Palomeque López, M. C.: "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes", en *REDT*, núm. 2, 1980; Monereo Pérez, J. L.: "Aspectos laborales de los grupos", en *REDT*, núm. 21, 1985; Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999, pp. 19 y ss. ("El objeto de la transmisión y los "modelos de empresa"); Camps Ruiz, L. M.: "El concepto laboral de empresario", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. Tomo I*, Madrid, Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), 1990, p. 45.; Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 2024; Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2024. PLA Rodríguez, A.: "Los grupos de empresas", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 6, 1981, p. 189. Vázquez Mateo, F.: "Grupo de empresas y derecho individual de trabajo (Introducción al "Derecho de Trabajo de la concentración")", en *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985, p. 124.

[42] Monereo Pérez, J. L.: *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997, *passim*.

[43] Font Galan, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jimenez Sánchez, G. (coord.). *Derecho Mercantil,* Barcelona, 1992, p. 49.

[44] Font Galan, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jimenez Sánchez, G. (coord.). *Derecho Mercantil,* Barcelona, 1992, p. 58.

las corrientes de pensamiento económico sin discusión[45]. Sin embargo, la garantía constitucional de la libertad de empresa ex art. 38 CE[46] "en el marco de la economía de mercado", ha hecho que la mayor parte de la doctrina centre su atención en la relación empresa-mercado libre, dejando otros aspectos en un segundo plano[47]. En esta dirección se centran principalmente los intentos doctrinales de definición del contenido esencial de la libertad de empresa[48], la cual es referida a la libertad —no a la igualdad en el mercado— de entrada, de permanencia y de salida del mercado[49].

En las modernas economías de mercado, la empresa se configura como el sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado[50]. La empresa es una organización de actividades económicas para el mercado, supone ordenación de factores productivos y un conjunto articulado de relaciones contractuales para el ejercicio de dichas actividades económicas[51]. En la empresa se conjugan elementos subjetivos (integrados por el empresario titular de la empresa y la actividad desplegada, la articulación de un conjunto de relaciones entre personas incorporadas en la organización y formalizadas a través de nexos contractuales) y objetivos (formado por elementos patrimoniales e inmateriales vinculados a la actividad organizada por el empresario). Pero la empresa no es meramente una noción económica, es también un concepto normativo de relevancia constitucional; es decir, una categoría jurídica inserta en la Constitución económica, cuyo eje radica en el reconocimiento de la libertad de empresa de los sujetos privados y de la iniciativa pública en el marco de la economía de mercado (artículos 38 y 128.2 CE). Si se atiende al grupo de normas constitucionales que regulan la empresa (aparte de las disposiciones citadas, señaladamente el art. 129.2 CE) se puede llegar fácilmente a la conclusión de que en nuestro texto constitucional (al igual que lo que sucede en otros ordenamientos) existe un modelo jurídico constitucional de empresa como organización económica productiva y eficiente creada y dirigida por un sujeto o ente jurídico (público o privado) atribuido de libertad económica, con participación de los trabajadores en su gestión o en sus beneficios. De este modo, el jurista se halla ante el reconocimiento de la empresa al más alto nivel, pero también ante una categoría jurídica que no goza de una adecuada conceptualización, siendo preciso inducir ese concepto del sistema positivo. La empresa en sentido económico (como complejo u organización económica productiva que agrupa una amplia variedad de factores organizados: la empresa desde el punto de vista económico es —conforme a los modernos desarrollos de la ciencia

[45] Monereo Pérez, J. L.: *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997.

[46] Sobre las dificultades de interpretación del art. 38 CE, véase Rubio Llorente, F.: "Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.).: "*La reforma del mercado de trabajo*", Burgos, Actualidad Editorial, 1993, p. 29.

[47] Véase a este respecto la STC 37/1981, de 16 noviembre [RTC 1981\37], donde se alude al principio de igualdad en relación con la libertad de empresa, siempre referida a la idea de mercado. En esta línea, Rubio Llorente parece situar el contenido esencial del derecho no en la libertad, sino en la igualdad, lo cual introduce una visión novedosa e interesante, pero muy discutible si ello supone el abandono del elemento libertad en el contenido de la garantía constitucional. Véase, Rubio Llorente, F.: "Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.).: "*La reforma del mercado de trabajo*", Burgos, 1993, pp. 25 y ss.

[48] Véase De Gispert Pastor, M. T.: "La empresa en la Constitución española", en AA. VV.: *La empresa en la Constitución española,* Pamplona, Aranzadi, 1989, pp. 37 y ss., y Sousa Franco, A.: "El principio de la libertad de empresa en la Constitución portuguesa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Actualidad, 1993, pp. 41 y ss.

[49] Véase, STC 37/1984, de 14 marzo [RTC 1984\37] y STC 83/1984, de 24 julio [RTC 1984\83], que admiten límites a estas libertades constitutivas del derecho de libertad de empresa, siempre que estén ponderadas con el interés público que se pretende satisfacer y que no obstaculicen el derecho de los particulares a acceder al mercado en condiciones de igualdad. Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999, pp. 19 y ss. ("El objeto de la transmisión y los "modelos de empresa").

[50] Font Galan, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, p. 53.

[51] Insistiendo en la perspectiva contractual, Coase, R. H.: "La naturaleza de la empresa", en Coase, R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 33 y ss. Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999, pp. 19 y ss. ("El objeto de la transmisión y los "modelos de empresa").

económica— una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias[52]), no está conceptualizada, ni regulada unitaria y sistemáticamente por el sistema jurídico[53]. El reto para el jurista es el de inducir del Derecho positivo (de los elementos normativos disponibles) una noción jurídica de la empresa[54]. Por lo pronto cabe decir que no se puede dudar de que existen elementos normativos para considerar que la empresa (como organización económica productiva) es configurada como centro de referencia normativa[55]. Es más, hoy se dispone de un marco normativo que permite inducir el concepto jurídico de empresa en una orientación más definida y totalizadora. Por una parte, se halla la delimitación del tipo o modelo económico-jurídico de empresa: en su manifestación "espiritualista" (libertad de iniciativa económica privada y pública; arts. 38 y 129.2 CE) y como organización económica productiva y eficiente (el principio normativo de productividad o economicidad; art.38 CE) sometida a dirección y objeto de participación (arts. 38, 129.2 y 131.2 CE). Lo que ha permitido afirmar con fundamento que *"el concepto económico-constitucional de empresa —y, en consecuencia, también jurídico— es el de una organización económica productiva y eficiente, creada y dirigida por un sujeto [o ente sin personalidad] jurídico atribuido de libertad económica*"[56]. Por otro, la legislación ordinaria proporciona una base jurídico-positiva innegable para la normalización jurídica de la empresa como unidad económica (unidad de explotación comercial o industrial), formada por capital y trabajo, y dirigida y organizada por el empresario y "objeto jurídico unitario"[57].

De este modo se consagraría en nuestro sistema jurídico la "*categoría jurídica de empresa, fundada sobre su misma realidad económica, al coincidir básicamente sus conceptos económico y jurídico*"[58]. En la perspectiva jurídica, la empresa no es exclusivamente actividad, sino más complejamente organización de la actividad económica. De cualquier modo, la construcción de un concepto estrictamente jurídico de empresa no puede "*conformarse simplistamente con la noción económica de ésta, solo útil y necesaria como recurso de observación y aproximación descriptiva a la realidad económica, pero estéril como concepto normativo ordenador del régimen jurídico de la empresa*"[59]. Ello determina la búsqueda con base en el derecho positivo de un concepto jurídico propio de empresa (al servicio de los propios fines diseñados en el plano jurídico-político). Los

[52] Reténgase, de cualquier modo, que esta concepción no es tan uniforme en las distintas corrientes de pensamiento económico. Así para la corriente del Análisis Económico del Derecho, la empresa queda reducida a una red articulada de relaciones contractuales entre los distintos portadores de recursos. Véase Williamson, O. E.: *Las instituciones económicas del capitalismo,* México, FCE, 1989; Posner, R. A.: *El análisis económico del Derecho,* México, FCE, 1998.

[53] Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, pp. 54 y 55.

[54] Para un examen descriptivo de los distintos intentos de construcción jurídica de la empresa, véase Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, pp. 55 y ss.; Gondra Romero, J. M.: *Derecho mercantil*, tomo I, vol.1, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1992, pp. 126 y ss. Alonso Ureba, A.: *Elementos de Derecho mercantil I. Introducción (concepto, método y sistema)*, Albacete, Universidad de Castilla La Mancha, 1989, pp. 40 y ss.

[55] Más allá de las abundantes normas de Derecho interno (arts. 38, 128.2 y 129.2 CE) conviene considerar las normas del Derecho de la Unión Europea (artículos 85 a 90 del Tratado de la CE y artículos 46, 47, 58, 61 y 66 del Tratado de la CECA), por solo referir a las normas de valor fundamental.

[56] Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, p. 61

[57] Una perspectiva de conjunto sobre la regulación legal de los grupos de empresas, en Embid Irujo, J.M.: "Los grupos de sociedades en Derecho español", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Separata, 1996, pp. 146 y ss.

[58] Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, pp. 65 y 66. Subraya el autor el respaldo que el Tribunal de Justicia comunitario ha otorgado a un concepto jurídico de empresa, haciendo referencia a "unidad de gestión", "unidad de comportamiento", "centro autónomo de decisión" e, incluso, "centro de imputación de responsabilidades".

[59] Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, pp. 67 y ss. En el mismo sentido, Gondra Romero, J. M.: *Derecho mercantil*, tomo I, vol.1, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1992, pp. 127 y ss.

intentos actuales van, desde renovadas tesis escisionistas o atomistas (escinden el aspecto subjetivo e inmaterial —el empresario, como sujeto creador y organizador, y su actividad o modo de actuar; la empresa— y el objetivo o material —el patrimonio organizado dispuesto para la explotación o actividad; establecimiento, negocio o industria—) a las también renovadas tesis unitaristas no personificantes (la empresa como unidad económica organizada funcionalmente dentro de la cual se combinan todos sus aspectos y dimensiones subjetivos y objetivas). Por una u otra vía se asiste a un progresivo proceso de "juridificación" de la empresa que aspira a un estatuto jurídico propio más o menos diversificado[60].

Las expuestas no son solo dificultades técnico-jurídicas (derivadas de la singular fisonomía del "objeto" de regulación), sino también (y fundamentalmente) de política del Derecho para la construcción de un Derecho de la empresa en su intrínseca complejidad como forma organizativa de la actividad económica. Precisamente por ello, caben distintos modelos jurídicos de regulación de la empresa; es decir, distintas alternativas de política jurídica para la "constitución" y "reforma" de la empresa, superando los obstáculos de carácter técnico-jurídico para su regulación idónea mediante la predisposición de las categorías jurídicas correspondientes, sin perjuicio de dejar constancia del dato sustancialmente político de que ciertas reformas de la empresa exigirán también una reforma del modelo de regulación de la economía en su conjunto.

Como cabía esperar en el caso de los grupos de empresas (terminología preferida por la legislación laboral) o empresa de grupo (expresión preferible desde el punto de vista técnico-jurídico, toda vez que realza el fenómeno de una unidad de empresa con pluralidad de empresarios —expresión jurídica múltiple—; el grupo como realidad asociativa de los empresarios que traduce la unidad de una empresa jurídicamente descentralizada) no ha tenido mejor suerte que la empresa de estructura "simple" desde el punto de vista jurídico. Aquí también el proceso de institucionalización de la empresa de grupo ha sido, entre nosotros, lento y desordenado. No se trata, es evidente, de que el sistema jurídico ignore la realidad existencial del grupo (basta reparar en el dato histórico-normativo de que las concentraciones de empresas en verdad tuvieron relevancia jurídica a determinados efectos de las políticas normativas desde las primeras intervenciones encaminadas a la institucionalización global del sistema capitalista[61]), como la organización capitalista típica contemporánea (aunque la forma grupo no es siempre la forma organizativa óptima del complejo empresarial). Desde una perspectiva integradora, los grupos de empresas aparecen ante todo como una empresa de estructura jurídicamente compleja, formada por un conjunto de empresarios que están sometidos a una misma

[60] Doctrina de nuestro país se inclina decididamente por una construcción unitaria, en el cuadro de la constitución económica que no lleve a la personificación de la empresa. Así para Font Galán, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.) *et al*: "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995, p. 68., "*desde un punto de vista estrictamente jurídico, la empresa se habrá de concebir, a nuestro juicio, como una específica modalidad de "riqueza" productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, "poderes" y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil. Ese valor patrimonial de explotación se sustenta en tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización. La empresa, en sentido jurídico, será la resultante patrimonial (el valor de explotación) o suma de conjuntos (y subconjuntos) factoriales conexos a esos soportes*". Véase también Gondra Romero, J. M.: *Derecho mercantil*, tomo I, vol.1, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1992, pp. 132 y ss.

[61] *Vid.* Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* edición y estudio preliminar, "La organización jurídica del capitalismo: el Derecho de la economía", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Monereo Pérez, J.L. «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, Nº 10, 2024; *Ibid.,* «La organización jurídica del capitalismo (Parte II): las instituciones jurídicas de la economía», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, Nº 11, 2024. Véase Weber, M.: *Historia económica general*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 148 y ss., y 154 y ss.

dirección unitaria, a través de vínculos contractuales o no, y con arreglo a criterios de coordinación o subordinación o fórmulas intermedias y más descentralizadas de centros de decisión. Paradigma de grupos por subordinación es la regulación del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, art. 5, según el cual se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas o entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas controla directa o indirectamente a las demás (definición equivalente a la que en su momento formuló la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, disp. adic. 4.ª; y arts. 42 a 49 Código de Comercio, en la redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989, desarrollados por R.D.1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas). Paradigma de estructura de grupo por coordinación son las "Agrupaciones de interés económico", reguladas en nuestro país, por Ley 112/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, en sintonía con la legislación comunitaria, concretamente, Reglamento (CE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)[62]).

Destacar también la definición del "grupo cooperativo" otorgada por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, el cual, viene a definirlo de la siguiente manera: "*se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades*". Se define al grupo desde la "unidad de decisión".

El ordenamiento ha acabado al tiempo definiendo a los grupos de empresas, pero de forma deliberada (como opción de política del Derecho) no le ha otorgado un régimen jurídico mínimamente homogéneo. Así, aparte del avance en el proceso de juridificación operado en otros sectores del ordenamiento jurídico (Derecho mercantil, Derecho civil, etcétera), se dispone de grupos de normas laborales que tratan de definir a la forma grupo a determinados efectos jurídicos (*v. gr*., así lo hizo el art. 3 de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo; y en el Derecho comunitario, el art. 2.1.b) de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de

[62] Del régimen jurídico de las Agrupaciones de Interés Económico son de señalar los siguientes rasgos: a) es un ente asociativo, nacido de un contrato de agrupación; b) gozan del atributo de la personalidad jurídica (expresamente, art.1º de la Ley 22/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económica); c) la finalidad de la Agrupación es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (art. 2º); d) su objeto se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios (art. 3ª); e) es un típica estructura de grupo de coordinación, porque la Agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros (art. 3º.2); f) sólo podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales (art. 4º); c) respecto a la responsabilidad, los socios de la Agrupación de interés económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla, aunque la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de Agrupación (art. 5). Sobre este tipo de agrupaciones, puede consultarse García Callejo, J. M. y González Pino, L.: *Las Agrupaciones de interés económico (española y europea)*, Madrid, Analíticas Europeas, 1992; Monge Gil, A. L.: *Las Agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993; Sacristán Represa, M.: "La Agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)", en AA. VV.: *La reforma del Derecho del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 811 y ss. Pau Pedrón, A. (Coord.) *et altri*: *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, 1992. Respecto a la problemática de las concentraciones y uniones de empresas en Derecho Europeo, véase Miranda Serrano, L. M.: *Las concentraciones económicas: derecho europeo y español*, Madrid, Wolters Kluwer, 1994. Simó Santonja, V.: *Las nuevas potestades económicas. Empresas multinacionales, internacionales y Derecho comunitario,* Madrid, Tecnos, 1976. Sánchez Miguel, M. C.: "Los grupos de sociedades: un acercamiento a su conceptualización desde la perspectiva del derecho español y el derecho comunitario", en Baylos Grau, A. y Collado García, L. (eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 49 y ss.

mayo, define funcionalmente a los grupos de empresas como aquel complejo empresarial grupal o asociativo formado por "*una empresa que ejerce el control y las empresas controladas*"). Pero se carece hasta el presente de un régimen jurídico capaz de configurar una institucionalización "global" de la empresa con estructura de grupo. El estado actual de nuestro Derecho positivo y del propio Derecho comunitario es el propio de lo que se puede calificar de "débil" juridificación legislativa, lo que constituye una fuente de incertezas jurídicas y de deficitarias tutelas para la posición jurídica de los trabajadores.

Si esto es así, cabría interrogarse sobre el método más pertinente para la "construcción" tipológico-jurídica de la realidad de los grupos de empresas. En efecto, en este contexto discursivo, las dificultades para la construcción de un concepto "jurídico" de los grupos de empresas y para la articulación de una política del Derecho de los grupos no deben ser menospreciadas. Es la propia experiencia jurídica la que pone de manifiesto las "resistencias" específicas de los grupos de empresas desde el punto de vista del "derecho regulador" típico del Derecho del Estado social contemporáneo (y a su manifestación como Derecho de la empresa). Para afrontar estas dificultades "regulativas" se ha podido hacer reclamo a distintas teorías encaminadas a la "construcción jurídica de la realidad" o a la normalización jurídica de los grupos de empresas; y, significativamente, la experiencia jurídica ha puesto de relieve su utilización o reclamo al servicio de diversas opciones de política del Derecho de los grupos empresariales.

Existen distintos modelos normativos de empresa en el Derecho, atendiendo a los diversos sectores y ramas jurídicas. En este sentido, las representaciones conceptuales de la empresa, a efectos de su organización jurídica, obedecen a la multiplicidad de los fines perseguidos por los diversos sectores del ordenamiento jurídico. Premisa obligada es dejar constancia de que el ordenamiento laboral no define el concepto de empresa. La falta de una definición jurídica de empresa dota de un mayor margen de flexibilidad al sistema normativo regulador: no existe una definición legal explícita de empresa en el Derecho del Trabajo español. Para la búsqueda del concepto de empresa deberá situarse metodológicamente el problema: no se trata tanto de interrogarse sobre cuál es el concepto de empresa que se "deduce" (naturalísticamente) de la economía y de la ciencia económica (y que ha de reproducirse normativamente), como de indagar sobre la noción de empresa que se infiere del sistema positivo y al servicio de sus propios fines, es decir, en función de los objetivos perseguidos por el ordenamiento laboral. Siendo posible verificar que el Derecho (y dentro del mismo en sus distintas ramas) puede "construir" el ámbito de realidad empresa que sirve de centro de referencia a las normas e instituciones jurídicas. El método consistirá, pues, en verificar la subsistencia de una definición jurídica de empresa después de una valoración conjunta de la normativa laboral (como sector diferenciado dentro del sistema jurídico general), comprobando si esa configuración jurídica es uniforme o variable en función de la especificidad de las instituciones jurídicas de referencia o de la medida a adoptar. Esa perspectiva metodológica es coherente con la ciencia jurídico-laboral como ciencia normativa[63].

En esta línea de pensamiento conviene puntualizar que el concepto de "empresa" es una noción contestada desde el punto de vista del Derecho, que la toma como centro de imputación normativa y no referible sin más, uniformemente, a todos los sectores del ordenamiento; éstos contemplan la realidad "empresa" desde puntos de vista distintos y, a veces, para diversas finalidades.

Hay que tener en cuenta que el Derecho asume una función regulativa de la empresa, como instrumento de racionalización de esta. Es por ello, que el Derecho pone particular empeño

[63] Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999; *Ibid., Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 186 y ss.

en la contemplación de las distintas formas de organización de la empresa contemporánea[64]. Esta funcionalidad político-jurídica del ordenamiento jurídico no ha hecho sino realzarse en las últimas décadas, poniendo de relieve el progresivo proceso de "juridificación" de la empresa (fenómeno que corre paralelo con la juridificación que se opera en los diversos sectores del ordenamiento jurídico —*v.gr.,* en Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo, Derecho Fiscal, etcétera—), tanto en el plano del Derecho interno como del comunitario. Se trata todavía de un Derecho "disperso" y fragmentado[65]. Pero a la postre, la "dispersión" de los ordenamientos viene a ser hoy una característica connatural a los sistemas evolucionados del capitalismo avanzado[66]. La empresa (sea en su estructura simple o sea en su estructura compleja) aparece como una cada vez más destacada y perfilada realidad jurídico-positiva, esto es, como una realidad típica, si bien es de subrayar también que "no existe un Derecho unitario de la empresa como organización compleja".

Aquí, lejos de una posición simplificadora del fenómeno, el ordenamiento jurídico viene a asumir su permanente función genérica de establecer un equilibrio inestable entre los distintos intereses en conflicto: se mueve, pues, entre la libertad de organización de la empresa y la tutela de los intereses concurrentes en el seno de la organización productiva[67]. La regulación de la empresa se configura como un sistema de equilibrios, reflejando la naturaleza contradictoria y de "compromiso" de las técnicas de organización jurídica de las distintas formas de empresa. Es de subrayar nuevamente la relevancia que el elemento organizativo tiene en la configuración operada por el sistema positivo regulador de la empresa. Pero la impresión general es que el sistema normativo está construido para las formas de empresa tradicionales, materializadas y esencialmente descentralizadas. Ello pone de manifiesto que para el ordenamiento jurídico la empresa y las unidades descentralizadas de la misma son organizaciones no refractarias para el Derecho contemporáneo.

El elemento más calificador desde el punto de vista económico-social y jurídico de la forma empresa en el ordenamiento, es la "organización" (significativamente, la teoría de la organización empresarial es tributaria, en gran medida, de la tradición institucional americana, con las aportaciones "veblenianas" a la cabeza[68])*:* la empresa es un "ámbito de organización y dirección", es decir, una unidad de decisión o de centralización de los poderes del empleador respecto de un personal dependiente. Factores esenciales de configuración normativa son, pues, el principio directivo y el criterio ocupacional (la empresa como "portadora de empleos"; y el ámbito donde se despliega, por lo demás, la función organizativa del sistema de contratación laboral). Desde este punto de vista, la empresa es para el Derecho del Trabajo un concepto jurídicamente diferenciado y flexible, en cuanto apto para ser adaptado a los diferentes institutos laborales y a los fines específicos perseguidos en cada momento por las normas laborales. En la perspectiva organizativa, la percepción de la categoría empresa se percibe más complemente desde las relaciones internas que tienen juego en su interior, y

[64] Véase Vardaro, G.: "Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali", en *GDLRI*, núm. 38, 1988, pp. 89 y ss.

[65] Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999.

[66] Véase, en general, IRTI, N.: *La edad de la descodificación,* Barcelona, Ed. Bosch, 1992. Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995. Sobre la "edad de la descodificación" y del Derecho flexible y las manifestaciones de este fenómeno en el Derecho del Trabajo pueden verse en Monereo Pérez, J. L.: *Algunas reflexiones críticas sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996; Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

[67] Moreno Vida, Mª. N.: "El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018, pp. 87-119.

[68] Monereo Pérez, J. L.: *La teoría crítica de social de Thorstein Veblen. Sociedad Opulenta y Empresa de Negocios,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; *Ibid.,* "La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen".), *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, pp. 41-66. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816

desde las relaciones de mercado. Enfatiza desde el primer punto de vista, los fenómenos vinculados a la decisión empresarial y a la estructura directiva. Atiende, así, al poder de la empresa y su ejercicio, a las bases sociales del mando, su legitimidad y a las distintas formas de control social. En este sentido el control de la empresa se enmarca en el más amplio problema del poder en las sociedades industriales contemporáneas[69].

La empresa es, al mismo tiempo, una de las formas de la actividad económica y una de las formas sociales del trabajo[70]. El problema es que, durante mucho tiempo, y aún hoy, la materia económica de la empresa (la empresa, resultado de una iniciativa económica del empresario) y el hecho de que el cambio es el centro de su economía, han retenido exclusivamente la atención y han impedido reconocerle el carácter de sistema social autónomo (autonomía económico-social y jurídica de la empresa)[71]. Está ampliamente abierta sobre el medio, en simbiosis con la colectividad, por un sistema complejo de relaciones. Está sometida a fuerzas centrípetas y centrífugas. Su autonomía se traduce en posibilidades de acción sobre sí misma y sobre su medio ambiente. En términos precisos, la estructura de una empresa —en cuanto "organización"—, es "*un sistema estable de relaciones coordinadas*"[72], relaciones que tienen lugar "dentro" de la empresa, aunque no están aisladas del ambiente en que la organización se inserta. Para comprender "*el sistema social de la empresa*" es necesario tener en cuenta que "*una organización se define como un sistema de actividades o de fuerzas personales conscientemente coordinadas*"[73].

La organización en sí es el modo de articulación de la estructura de la empresa, "*el principio de las prácticas de gestión inherentes a la valorización del capital productivo*". Pero la organización no ha de plantearse *a priori*; esto conduciría a realizar un análisis abstracto, meramente lógico-formal, de sus relaciones internas. Las formas de organización de la empresa han de comprenderse como el producto de los imperativos creados por las relaciones de producción e intercambio, el antagonismo de las relaciones laborales y el marco institucional (político y jurídico). La organización es, asimismo, una respuesta a los imperativos de resolución de las contradicciones y de búsqueda de una cohesión de las prácticas económicas.

La organización es, en definitiva, una estructura en movimiento a la que la transformación de las condiciones sociales de producción imprime una "ley" de evolución no lineal[74]. En definitiva: ante unos modelos de empresa que, en la dialéctica entre su percepción como actividad económica u organización, se resuelven una cada vez más compleja y proteiforme organización de una actividad económica, el Derecho la regula de manera diversificada, fragmentada y, lo que es más grave, a menudo desatendiendo los cambios que se han producido en los modelos posfordistas de producción: empresas desmaterializadas, empresas red, empresas de estructura jurídica o económica compleja.

La empresa es una organización que ejerce una actividad económica en sentido amplio, cualquiera que sea su estatuto, público o privado. Es un "conjunto organizado de personas y de

[69] Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999.

[70] Lobstein, J.: "Estructura y organización de la empresa", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 47. También Ruffolo, G.: *La grande impresa nella società moderna,* Turín, Giulio Einaudi editore, 1973.

[71] Véase, Lobstein, J.: "Estructura y organización de la empresa", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 49.

[72] Reynaud, J. D.: "Estructura y organización de la empresa II", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México D.F., 1971, p. 70.

[73] Reynaud, J. D.: "Estructura y organización de la empresa II", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México D.F, 1971, p. 72. Véase también Ulrich, H.: *La empresa como sistema social productivo. Fundamentos de la teoría general de la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, pp. 170 y ss.

[74] Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979, p. 218.

elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica[75]. El objeto de la transmisión es una entidad económica organizada (entendida en sentido amplio), es decir, "*una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*" (art. 44.2 ET). Pero se trata de un *concepto estipulativo*[76] que es funcional y de textura abierta para abarcar tanto la transmisión de empresas o unidades productivas "materializadas" como "desmaterializadas"[77].

Pero la conservación de la identidad del objeto transmisivo no se puede entender en el sentido de que exige el mantenimiento de la organización impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino en el sentido más flexible de que comporta el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores. El mantenimiento del referido vínculo funcional entre los distintos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, aun cuando, después de la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente[78]. En esa perspectiva, la empresa o unidad productiva permite reconocer a los trabajadores como copartícipes de la organización, no como elementos externos o extraños a la misma, a pesar de que tras el cambio de titularidad de la empresa o unidad productiva no se mantenga su autonomía, al disgregarse e integrarse en una estructura organizativa diversa a la del momento inicial en que aquél se produjo. Quizás sea muy difícil ir más allá en la construcción de un concepto funcional unitario de "empresa". Pero es también una organización productiva en movimiento: empresa difusa (empresa en red); empresa externalizada (empresa en subcontratación); empresa estructura en grupo (grupos de empresas en sus distintas modalidades), etcétera. Frente a esa realidad complejísima de la empresa, el Derecho solo ofrece regulaciones parciales y fragmentarias para captar en su complejidad el fenómeno en cuestión. Lo cual dificulta gravemente los sistemas de regulación y de control de la empresa; es decir, el control

[75] STJCE 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997\45], asunto Ayse Süzen, STJCE 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\308], asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal; y, desde una perspectiva más general, STJCE 17 de diciembre de 1987 [TJCE 1988\67], asunto Confederación general de trabajadores de Dinamarca, STJCE 5 de mayo de 1988 [TJCE 1988\154], asuntos acumulados Berg y Busschers, y STJCE 26 de mayo de 2005 [TJCE 2005\146], asunto Celtec. Otras STJUE reiteran este criterio, por ejemplo, STJUE (Sala Tercera) de 13 de junio de 2019 (asunto C-664/17) o STJUE de 16 de noviembre de 2023 (asuntos C-583/21 y C-586/21). Respecto a esta última sentencia, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Una nueva vuelta de tuerca en materia de transmisión de empresas: el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el traspaso de notarías en aplicación de la Directiva 2001/23/CE", en *La Ley Unión Europea,* núm. 122, 2024.

[76] En esta específica *definición estipulativa del objeto* de la transmisión de empresa se utiliza una expresión o concepto nuevo o preexistente y se le estipula o atribuye por decisión propia de política del Derecho un determinado significado funcionalmente orientado. Reténgase que conforme al art. 1.1.d) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 (sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad), "se considerará traspaso *a efectos* de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". En este sentido, véase Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999, pp. 17 y ss.

[77] Esta doctrina democrático-institucional de la empresa viene de lejos. Así, STJCE de 13 de julio de 1962, asunto 19/1961, Mannesman A.G./Haute Autorité, entendió que la empresa como organización de actividades está constituida por "*una organización de elementos personales, materiales e inmateriales, unidos a un sujeto jurídico autónomo y pretendiendo de forma durable un objetivo económico determinado*". En el bien entendido de que lo que puede ser objeto de transmisión es ese conjunto organizado de actividades excluyendo, evidentemente, las personas, las cuales no pueden ser objeto de comercio. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999; *Ibid.,* "El régimen jurídico de la transmisión de empresa y crisis empresariales", Monereo Pérez, J.L., y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica,* Moreno Vida, M.N., y Triguero Martínez, L.Á. (Coords.), Granada, Comares, 2010, pp. 121-191, en particular pp. 128-143.

[78] STJCE 15 de diciembre de 2005 [TJCE 2005\406], asuntos acumulados Nurten Güney-Görres y Gul Demir; STJCE 12 de febrero de 2009 [TJCE 2009\29], asunto Diezmar Klarenberg y Ferrotron Technologies, GMBH.

externo por las autoridades (administrativas o judiciales) y los ciudadanos (en general, los distintos sujetos interesados) y el control interno actuado a través de los accionistas y los trabajadores a través de sus representantes.

Hay que tener en cuenta los distintos modelos de "gobierno" de la empresa y las serias dificultades para realizar el "modelo pluralista" en la presente coyuntura:

a) El modelo financiero-monista: la empresa al servicio de sus propietarios legales (reconducida a un mero "patrimonio" y a la simple libertad de iniciativa económica). Este modelo contempla actualmente la empresa ante todo como un nexo de contratos, en cuyo marco los accionistas asumen una función de dominio.

b) El modelo pluralista: la empresa como organización finalista en la que concurren una pluralidad de intereses en presencia y que disputan la definición de sus objetivos. Se atiende a la diversidad de partícipes interesados y afectados.

La empresa se contempla como una asociación no comunitaria de partícipes. La empresa como asociación de partícipes no debe confundirse como el concepto de "comunidad orgánica de intereses", sino con la concepción institucional democrática de la empresa. La empresa *stakeholder* se entiende como una organización que, mediante la producción de bienes y servicios, desea satisfacer las necesidades de los diferentes grupos que la integran y de los cuales depende para su supervivencia. Cada partícipe tendrá su propio objetivo personal o colectivo, pero solo lo alcanzará a través de su compromiso con la acción colectiva realizada a través de la empresa y tiene derecho a participar en la definición del interés concreto de la empresa como organización de actividades económicas. El modelo pluralista de empresa enlaza con las corrientes a favor de la democracia económica. El enfoque de *stakeholder* de empresa viene a ser el sustrato conceptual y político-jurídico sobre el que se asienta hoy una buena parte de los argumentos a favor de la responsabilidad social de las empresas.

Superado el concepto de la empresa neoclásica, un gobierno pluralista y democrático de la empresa exigiría una regulación flexible y diversificada de la misma que garantizase los sistemas de controles y de representación (de intereses) diseñados y la atención a la pluralidad de intereses públicos y privados concurrentes. La empresa debe mantener en todo momento su capacidad comunicativa de adaptación al ambiente en el que actúa. La regulación tendría que realizarse tanto a nivel del Derecho Comunitario como, articuladamente, en los distintos ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de la Unión Europea. De no ser así, es de temer que la empresa tenderá a fortalecer el "monismo" y a liberalizarse de toda toma de control considerada una intrusión ilegítima en su dinámica de libre funcionamiento en el mercado.

En concreto, hay que revisar la legislación reguladora de la empresa a efectos del control público democrático de la economía y de la garantía de efectividad de los derechos de todos los actores que intervienen en su dinámica de funcionamiento (supuestos de grupos de empresas, empresa red, empresa en subcontratación, transmisión de empresa y, en general, todas las formas nuevas de colaboración interempresarial que han ido emergiendo en la era de la empresa flexible tendencialmente post-fordista).

Con todo, el estatuto jurídico (general y específico de cada rama jurídica) ha de ser redefinido y completado en sus piezas fundamentales para dar cuenta de las exigencias de ordenación y control de las nuevas formas de la empresa contemporánea. Se han dado pasos importantes en el Derecho de la economía y en el Derecho social, pero resulta obvio que queda mucho por hacer.

Y, en ese sentido, parece que se introduce un concepto de "diligencia debida" en el que las responsabilidades y obligaciones van más allá de la empresa, pues parece ser que se coge un "todo" como organización productiva a través de la denominación de "cadenas de valor mundiales" en plena relación con los Derechos humanos y laborales. Dentro de este marco las empresas deben integrar *transversalmente* la diligencia debida en todas sus políticas pertinentes y en sus sistemas de gestión de riesgos, contando para ello con una política de diligencia debida basada en el riesgo (artículo 7 Directiva (UE) 2024/1760, relativo a la "Integración de la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de la empresa"; y artículo 6.2.b) de la referida Directiva). Esta Directiva expresa un esfuerzo relevante para integrar criterios de sostenibilidad en las prácticas empresariales, fomentando la transparencia y la responsabilidad en el ámbito de los complejos empresariales en relación a retos globales en materia de derechos humanos y sostenibilidad ambiental.

Llegamos así a la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre *diligencia debida* de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. En materia de responsabilidad, fruto de esta norma, entendemos que nos estamos acercando (aún está en "formación") a un nuevo "*Derecho global del trabajo*" o "*Derecho transnacional laboral*" donde las empresas principales o matrices van a tener que ocuparse de velar por determinados intereses y derechos fundamentales[79].

En efecto, se trata de una Directiva que va a focalizar toda la atención en la gran empresa a la que se le viene a aplicar una especia de responsabilidad "*in vigilando*" de manera que deberá atender, incluso, de la responsabilidad de sus trabajadores en los términos que indica la Directiva (refiere a "Derechos humanos, laborales y sociales") respecto a esas cadenas de valor o producción.

Consecuentemente, y en el desarrollo de este colectivo de normas reguladoras, podría decirse que nos encontramos ante el germen de un "Derecho laboral mínimo" o un "Derecho del Trabajo de mínimos" que puede terminar imponiéndose a escala global y mundial vía empresas matrices, grandes empresas o empresas globalizadas (en términos de la Directiva, las "cadenas de valor mundiales").

2. DIRECTIVA (UE) 2024/1760 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE JUNIO DE 2024, SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y POR LA QUE SE MODIFICAN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y EL REGLAMENTO (UE) 2023/2859

2.1. Algunos antecedentes normativos recientes

Las medidas adoptadas en esta Directiva parten de un hecho que es irrefutable en cierta medida (preámbulo de la Directiva 2024/1760): las cadenas de valor mundiales, y en especial las cadenas de valor de materias primas fundamentales, se ven afectadas por los efectos perjudiciales de las amenazas naturales o provocadas por el ser humano. Además, es probable que, en el futuro, aumenten la frecuencia y el impacto de las perturbaciones que conllevan riesgos para cadenas de valor críticas. Consecuentemente se es consciente de que el sector privado podría desempeñar un papel importante en la promoción de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, evitando al mismo tiempo la creación de desequilibrios en el mercado interior. Subrayándose de este modo la importancia de reforzar la resiliencia de las empresas en relación con situaciones potenciales adversas

[79] Véase Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022, Capítulo III, págs. 91 y sigs., y Capítulo IV, pp. 117 y ss.; Ojeda Avilés, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Capítulo 1, pp. 21 y ss., y Capítulo 4, pp. 119 y ss.

relacionadas con sus cadenas de valor, teniendo en cuenta las externalidades y los riesgos sociales, medioambientales y de gobernanza.

Fue allá por el año 2020 (a principios de año) cuando la Comisión se comprometió a modernizar la economía social de mercado europeo con la finalidad de lograr una transición justa hacia la sostenibilidad (diligencia debida) al mismo par que promovía unos derechos que garantizaran unas condiciones justas ("que nadie se quede atrás").

Con este noble objetivo se fija la importancia que tienen las empresas de la Unión Europeo, especialmente, las más grandes (atendiendo al ámbito de aplicación de la norma), cuyo comportamiento, sin duda, es clave para el éxito o fracaso respecto a los objetivos de sostenibilidad que queda recogido en la Directiva. Pero, reiteramos, una preocupación creciente por la protección del medio ambiente, sin olvidar, lógicamente, la perspectiva de protección de los Derechos humanos.

Por ello se adopta un modelo de diligencia debida que toma como referencia los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los cuáles, vienen a reconocer la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de Derechos humanos de manera que se pueda detectar, prevenir y mitigar cualquier efecto adverso en sus operaciones. Principios Rectores de las Naciones Unidas que fijan los puntos en la capacidad de evitar vulneración de Derechos humanos, así como en la manera de abordar los efectos adversos en estos derechos que se hayan podido causar, a los que se hayan contribuido o a los estén vinculadas sus propias operaciones, las de sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas.

Principios Rectores que fueron concretando algo más su devenir futuro en dichos objetivos. Es por ello que se procedió a la creación del concepto de diligencia debida en materia de Derechos humanos desarrollándose así las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), ampliando de este modo la diligencia debida a cuestiones medioambientales y de gobernanza. Pero, en ese avance de defensa de dicha finalidad, también se comentó dicho concepto de diligencia debida de manera que se integró en las recomendaciones de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Llegándose a la conclusión de que todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los Derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Y se puede afirmar que la reciente Directiva (UE) 2024/1760 camina hacia el establecimiento de un estándar europeo de diligencia debida orientada al respecto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

Por ello se empezaron a adoptar acuerdos internacionales en materia de cambio climático con la idea de limitar el calentamiento global. En este sentido localizamos el Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptado el 12 de diciembre de 2015; o el más reciente Pacto de Glasgow para el Clima.

En el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, la Unión también se comprometió jurídicamente a alcanzar la neutralidad climática para el año 2050 y a reducir las emisiones en, al menos, un 55 % de aquí al año 2030. Con la fuerte idea de reducir las emisiones se localiza también el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Comunicación de la Comisión, de 17 de septiembre de 2020, titulada "Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: Invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos" (Plan del Objetivo Climático para 2030). El marco para la acción de la Unión en el

ámbito del medio ambiente y del clima establecido en la Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo tiene por objeto acelerar la transición ecológica hacia una economía circular climáticamente neutra, sostenible, que no sea tóxica, eficiente en el uso de los recursos, basada en las energías renovables, resiliente y competitiva de forma justa, equitativa e integradora, así como proteger, restaurar y mejorar el estado del medio ambiente, entre otras vías, deteniendo y revirtiendo la pérdida de biodiversidad (tal y como refiere el preámbulo). Asimismo, se tiene en cuenta también en esta Directiva diversas comunicaciones que se han ido desarrollando por la Unión Europea fruto de un proceso serio y riguroso.

Igualmente, en esa finalidad de alcanzar la diligencia debida, se tiene también en cuenta los objetivos del Plan de Acción de la UE "Contaminación cero para el aire, el agua y el suelo" de crear un entorno libre de sustancias tóxicas, y proteger la salud y el bienestar de las personas, los animales y los ecosistemas frente a los riesgos y efectos negativos relacionados con el medio ambiente[80].

2.2. Finalidades y objetivos de la Directiva "*due diligence*"

Establece el preámbulo de la Directiva que la misma tiene por objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la detección y, cuando sea necesario, priorización, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los Derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso.

Una Directiva que también se refiere al cumplimiento de las obligaciones en materia de Derechos humanos, laborales y sociales, protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático que se establecen en otros actos legislativos de la Unión, hasta el punto de que considera que "*si las disposiciones de la presente Directiva entrasen en conflicto con las disposiciones de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más amplias o más específicas, las disposiciones de ese otro acto legislativo de la Unión deben prevalecer, en el ámbito del conflicto, y deben aplicarse a esas obligaciones específicas*". Y lo que podría entenderse como una puesta en alza de otras normas que parece considerar como más importantes, realmente no lo es, pues de la lectura detenida de la cursiva se interpreta que esta Directiva pretende ser una norma de mínimos dentro de otros mínimos. En otros términos, como una base jurídica que puede ser absolutamente mejorada por otros actos legislativos de la propia Unión Europea.

[80] Sobre algunos antecedentes normativos en países miembros de la Unión Europea, *vid*. Hernández Peribáñez, M. E.: "La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las victimas a la justicia en Europa", en *Revista española de derecho internacional*, núm. 1, 2024, pp. 89 y ss. Guamán Hernández, A.: "Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", en *Lex social, Revista de Derechos Sociales*, nº 2, 2018, pp. 216-250. Guamán Hernández, *A. Diligencia debida en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Moreno Díaz, J. M.: "Derechos humanos y diligencia debida en las empresas multinacionales en la Unión Europea", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024. Sanguineti Raymond, W.: "La construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas globales del valor", en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.o 61, 2022. Sanguineti Raymond, W.: Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo: la génesis de un estatuto para el trabajo global, Cizur Menor, Aranzadi, 2022. Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. (Coords.): *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022.

Asimismo, se localiza una advertencia de no aplicación: la presente Directiva no se aplica a los organismos de pensiones que gestionen sistemas de seguridad social con arreglo al Derecho de la Unión. Por tanto, cuando un Estado miembro haya optado por no aplicar total o parcialmente la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo a un fondo de pensiones de empleo de conformidad con el artículo 5 de dicha Directiva, la presente Directiva no se aplicará a dichos fondos de pensiones de empleo.

Advierte también el Preámbulo de la Directiva que las obligaciones normativas contraídas con la misma deben ser obligaciones de medios –no de resultados–. La empresa debe adoptar las medidas adecuadas aptas para alcanzar los objetivos de diligencia debida tratando efectivamente los efectos adversos de manera que guarde proporción con el nivel de gravedad y la probabilidad de los efectos adversos. Para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, la naturaleza y la extensión de los efectos adversos y los factores de riesgo pertinentes, en particular en la prevención y minimización de dichos efectos, las particularidades de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, el sector o la zona geográfica en la que operen sus socios comerciales, el poder de la empresa para influir en sus socios comerciales directos e indirectos y las posibilidades de la empresa para aumentar su poder de influencia.

El proceso de diligencia debida establecido en la presente Directiva debe comprender las seis etapas definidas en la Guía para una Conducta Empresarial Responsable, que incluye medidas de diligencia debida para que las empresas detecten y aborden los efectos adversos en los Derechos humanos y el medio ambiente. Dicho proceso comprende las siguientes etapas: (1) integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; (2) detectar y evaluar los efectos adversos en los Derechos humanos y el medio ambiente; (3) prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente; (4) supervisar y evaluar la eficacia de las medidas; (5) comunicar y (6) reparar.

En este sentido, el artículo 1 recoge, de manera resumida, pero detallada, el "objeto" de la Directiva que puede quedar sintetizado en los siguientes quehaceres:

a) Las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas;

b) Precisamente, la propia responsabilidad consecuencia del incumplimiento de las obligaciones anteriores.

c) Y las obligaciones empresariales de adoptar y ejecutar un plan de transición para la mitigación del cambio climático que tenga por objeto garantizar, poniendo todos los medios para ello, la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 ºC en consonancia con el denominado Acuerdo de París.

Asimismo, advierte la propia Directiva de que, los cumplimientos de dichos quehaceres, no puede justificar una disminución del nivel de protección de los "*derechos humanos, laborales y sociales, del medio ambiente o del clima*". Es por ello que es necesario que se proceda al cumplimiento de dicha norma sin incumplir otros actos legislativos existentes en la propia Unión Europea. Es por ello que se advierte, precisamente, de que si la "*Directiva entrase en conflicto con una disposición de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más*

amplias o más específicas, la disposición de ese otro acto legislativo de la Unión prevalecerá en el ámbito del conflicto y se aplicará a esas obligaciones específicas".

De este objeto destaca la expresión "*cadenas de actividades*", lo que ponemos en relación con el Preámbulo que nos confirma que la cadena de actividades debe comprender las actividades de los socios comerciales de una empresa que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, como el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio, y las actividades de los socios comerciales de una empresa que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento del producto, cuando los socios comerciales lleven a cabo dichas actividades para la empresa o en nombre de esta. Además, se advierte de que la Directiva no debe ser aplicada a la eliminación del producto.

Asimismo, la cadena de actividades no debe comprender la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación de un producto sujeto al control de las exportaciones de un Estado miembro, a saber, el control de las exportaciones en virtud del Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo o el control de las exportaciones de armas, municiones o material de guerra sujeto a controles nacionales de exportación, tras la autorización de la exportación del producto.

En el mismo sentido se advierte de que la Directiva se complementa con otros actos legislativos, que también tratan de los efectos adversos negativos en el ámbito de los Derechos humanos o la protección del medio ambiente, tales como el Reglamento (UE) 2021/821 que establece un régimen de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, que se aplica, entre otras cosas, a los programas informáticos y las tecnologías que pueden utilizarse con fines de cibervigilancia. En el marco de este régimen, los Estados miembros deben considerar, en particular, el riesgo de que dichos bienes se utilicen en relación con la represión interna o con la comisión de violaciones graves de los Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario.

Directiva que también debe ser completada con el Reglamento (UE) 2019/125 del Parlamento Europeo y del Consejo que prohíbe o regula, según el caso, la exportación de productos como sustancias químicas que se utilizan o pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Además, debe tenerse en cuenta que otras iniciativas legislativas tienen por objeto mitigar el impacto medioambiental de los productos durante todo su ciclo de vida, por ejemplo, mediante el establecimiento de requisitos de diseño ecológico basados en los aspectos de sostenibilidad y circularidad de los productos.

Asimismo, el cumplimiento de la presente Directiva debe facilitar el cumplimiento de las disposiciones y objetivos de estos otros actos legislativos, así como de las condiciones de las autorizaciones aplicables implementadas en virtud de estos. A los efectos del cumplimiento de estos otros actos legislativos, los exportadores deben tener en cuenta las conclusiones de su proceso de diligencia debida llevado a cabo con arreglo a la presente Directiva. El término "cadena de actividades", tal como se define en la presente Directiva, se entiende sin perjuicio de los de "cadena de valor" o "cadena de suministro", en el sentido de otros actos legislativos de la Unión o tal como se definen en estos.

A mayor abundamiento, "cadena de actividades" que se define en el artículo 3.1, apartado g), de la siguiente manera:

Actividades en sentido ascendente: "*i) las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, incluidos el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio*";

Actividades en sentido descendente: "*y ii) las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, cuando los socios comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre, excluyendo la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821 o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto*".

Al hilo de dichas definiciones, la "cadena de actividades" no debe incluir las actividades de los socios comerciales de una empresa que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena relacionadas con los servicios de la empresa. En el caso de las empresas financieras reguladas, la definición del término "cadena de actividades" no debe incluir a los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena que reciben sus servicios y productos. Por lo tanto, por lo que se refiere a las empresas financieras reguladas, la presente Directiva solo se aplica a los eslabones anteriores de su cadena de actividades, no a los posteriores. Lo contrario hubiera supuesto una importante pérdida de ventaja competitiva de las empresas europeas en comparación con entidades de países de fuera de la Unión.

2.3. Ámbito de aplicación: una adaptación escalonada

Las empresas constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro deben estar sujetas a requisitos de diligencia debida cuando cumplan determinadas condiciones, incluidos el volumen de negocios y, en determinados casos, los umbrales de empleados. Si bien dichas condiciones se expresan en relación con ejercicios únicos, la presente Directiva solo debe aplicarse si la empresa las ha cumplido en cada uno de los dos últimos ejercicios consecutivos y debe dejar de aplicarse cuando dejen de cumplirse en cada uno de los dos últimos ejercicios pertinentes. Esto también es válido para las empresas constituidas con arreglo al Derecho de un tercer país que deban cumplir los criterios de volumen de negocios pertinentes de la Unión para cada uno de los dos últimos ejercicios. En aras de la claridad, y teniendo en cuenta la aplicación escalonada de la presente Directiva, las empresas de la Unión y de terceros países deben cumplir los criterios relativos al ámbito de aplicación durante dos ejercicios consecutivos anteriores a las respectivas fechas de aplicación fijadas con arreglo a las normas de transposición de la presente Directiva.

Como indicábamos, el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/1760 se localiza en el artículo 2. Debe tenerse en cuenta que con el fin de hacer más eficaz la diligencia debida y reducir la carga que pesa sobre las empresas, estas deben tener derecho a compartir recursos e información en el interior de sus respectivos grupos de empresas y con otras entidades jurídicas. Al respecto, la presente Directiva se aplica a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros y que cumplan algunas de las condiciones siguientes:

a) tener una media de más de 1 000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450.000.000 euros en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales;

b) aunque no se hayan alcanzado dichos umbrales, cuando se trate de la empresa matriz última de un grupo que sí haya alcanzado dichos umbrales;

c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22.500.000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80.000.000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales.

Estas empresas, por tanto, deben estar obligadas a cumplir con las obligaciones de diligencia debida establecidas en la presente Directiva.

En lo que respecta al número de empleados a tiempo parcial, los mismos se calculará en equivalentes a tiempo completo. Asimismo, los trabajadores de agencias de trabajo temporal y otros trabajadores con contratos de empleo atípicos, siempre que cumplan los criterios para determinar la condición de trabajador establecidos por el TJUE, se incluirán en el cálculo del número de empleados igual que si fueran trabajadores directamente empleados por la empresa durante el mismo período (artículo 2.4). Por tanto, con respecto a los umbrales de empleados, los trabajadores de empresas de trabajo temporal y los trabajadores desplazados con arreglo al artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa usuaria. Y los trabajadores desplazados con arreglo al artículo 1, apartado 3, letras a) y b), de la Directiva 96/71/CE solo deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa de envío. Asimismo, los trabajadores de temporada deben estar incluidos en el cálculo del número de empleados de forma proporcional al número de meses para los que estén empleados. El cálculo de los umbrales establecido en la presente Directiva debe incluir el número de trabajadores y el volumen de negocios de las sucursales de una empresa, que son centros de actividad distintos de la sede central que dependen jurídicamente de ella, por lo que se consideran parte de la empresa, de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional. Esto también debe aplicarse al grupo de empresas cuando los umbrales se calculen sobre una base consolidada. Cuando no se especifique lo contrario, los umbrales que deben alcanzarse para que una empresa esté incluida en el ámbito de aplicación de la presente Directiva deben entenderse como umbrales calculados de manera individual.

Con el fin de alcanzar plenamente los objetivos de la presente Directiva que abordan los efectos adversos para los Derechos humanos y el medio ambiente con respecto a las operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, también deben incluirse las empresas de terceros países que cuenten con operaciones significativas en la Unión Europea. Por ello, la presente Directiva se aplicará también a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país y que cumplan alguna de las condiciones siguientes:

a) haber generado un volumen de negocios neto superior a 450.000.000 millones de euros en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero;

b) ser la empresa matriz última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado dichos umbrales en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero;

c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes, y dichos cánones hubieran ascendido a más de 22.500.000 euros en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios neto superior a 80.000.000 euros en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero.

Las empresas matrices incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva deben poder cumplir algunas de las obligaciones de diligencia debida también en nombre de sus filiales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, si ello garantiza un cumplimiento eficaz. Esto debe entenderse sin perjuicio de que las filiales estén sujetas al ejercicio de las competencias de la autoridad de control y asimismo estén sujetas al régimen de responsabilidad civil establecido en la presente Directiva. Si la empresa matriz cumple las obligaciones en materia de lucha contra el cambio climático en nombre de la filial, esta debe observar dichas obligaciones de conformidad con el plan de mitigación del cambio climático de la empresa matriz, adaptado en función de su modelo de negocio y su estrategia. Si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, dado que no tiene obligación de diligencia debida, la empresa matriz debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida. Si las filiales están incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, pero la empresa matriz no lo está, deben seguir estando autorizadas a compartir recursos e información en el interior del grupo de empresas. No obstante, las filiales deben ser responsables del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en virtud de la presente Directiva. El cumplimiento de algunas de las obligaciones de diligencia debida a nivel de grupo debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad civil de las filiales, de conformidad con la presente Directiva, con respecto a las víctimas a las que se ocasione el daño. Si se cumplen los requisitos de responsabilidad civil, la filial podría ser considerada responsable de los daños producidos, con independencia de si las obligaciones de diligencia debida han sido atendidas por la filial o por la empresa matriz en nombre de la filial.

A tal efecto, en relación con la empresa matriz, cuando la misma tenga como actividad principal "*la tenencia de acciones en filiales operativas y no participe en la toma de decisiones de gestión, operativas o financieras que afecten al grupo o a una o más de sus filiales*", podrá quedar exenta del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva. Pero esa exención está supeditada a la condición de que se designe a una de las filiales de la empresa matriz última establecidas en la Unión para cumplir las obligaciones establecidas en los "*artículos 6 a 16 y el artículo 22*" en nombre de la empresa matriz última, incluidas las obligaciones de la empresa matriz última en lo que respecta a las actividades de sus filiales. En ese caso, se dotará a la filial designada de todos los medios y la autoridad jurídica necesarios para cumplir dichas obligaciones de manera efectiva, pero, en particular, para garantizar que la filial designada obtenga de las empresas del grupo la información y los documentos pertinentes para cumplir las obligaciones de la empresa matriz última. Al respecto, la empresa matriz última solicitará la exención a la autoridad de control competente para que esta evalúe si se cumplen las condiciones legales. En caso de que se cumplan con esas condiciones, la autoridad de control competente concederá la exención, debiendo informar debidamente a la autoridad de control competente del Estado miembro en el que esté establecida la filial designada sobre la solicitud, y posteriormente sobre su decisión. Debe tenerse en cuenta que la empresa matriz última seguirá siendo responsable solidaria junto con la filial designada en caso de que esta última incumpla sus obligaciones.

Igualmente, cuando una empresa cumpla las condiciones establecidas en los apartados 1 o 2, la presente Directiva solo se aplicará si las condiciones se cumplen en dos ejercicios consecutivos. Por ello, la Directiva dejará de aplicarse a las empresas contempladas en los apartados 1 o 2 cuando las condiciones establecidas en dichos apartados dejen de cumplirse en cada uno de los dos últimos ejercicios pertinentes (artículo 2.5).

Por último, quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva las pymes, aunque sí que existan referencias en la Directiva a las mismas consecuencias de sus actuaciones como, por ejemplo, cuando lo hacen como contratistas o subcontratistas.

No es baladí hacer notar que la Directiva tiene una finalidad armonizadora, pero formulada con una deliberada textura abierta y flexible. Efectivamente, el "nivel de armonización" de las legislaciones de los Estados miembros se regula en los términos siguientes (artículo 4): en primer lugar, se establece una regla general, conforme a la cual (apartado 1) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartados 2 y 3, los Estados miembros no introducirán en su Derecho nacional disposiciones en el ámbito de aplicación de la presente Directiva que establezcan obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente que difieran de las establecidas en el artículo 8, apartados 1 y 2, el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 1. 2. Pero seguidamente, en segundo lugar, esa regla se flexibilidad precisamente para alcanzar los fines que son objeto principal de la Directiva dentro de un margen de flexibilidad, a saber: no obstante lo dispuesto en ese apartado 1, la Directiva de diligencia debida *no impedirá a los Estados miembros introducir, en su Derecho nacional, disposiciones más estrictas*, que difieran de las establecidas en artículos distintos del artículo 8 apartados 1 y 2, el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 1, *o disposiciones más específicas en cuanto al objetivo o al ámbito de aplicación, con el fin de alcanzar un nivel diferente de protección de los derechos humanos, laborales y sociales, el medio ambiente o el clima* (apartado 2).

Se ha llamado la atención sobre el ámbito de aplicación efectivo que la norma tendrá: "*el ámbito subjetivo de aplicación tiene un menor alcance en su última versión aprobada por el Parlamento Europeo tras las reticencias de países como Italia, Francia o Alemania. Se ha reducido en casi un 70% y solo afecta al 0,05% de las empresas de la Unión Europea (unas 5.400)*"[81].

2.4. El volumen de negocios como indicador de las actividades en el mercado interior

Para definir el ámbito de aplicación en relación con las empresas de terceros países, debe elegirse el criterio del volumen de negocios descrito, ya que crea un vínculo territorial entre las empresas de terceros países y el territorio de la Unión. El volumen de negocios es un indicador de los efectos que las actividades de esas empresas podrían tener en el mercado interior. De conformidad con el Derecho internacional, tales efectos justifican la aplicación del Derecho de la Unión a las empresas de terceros países.

Para garantizar que se determina el volumen de negocios pertinente de las empresas afectadas, deben utilizarse los métodos de cálculo del volumen de negocios neto de las empresas de terceros países establecidos en la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, a fin de garantizar la aplicación efectiva de la presente Directiva, no debe aplicarse un umbral de trabajadores para determinar qué empresas de terceros países entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, ya que el concepto de "trabajadores" empleado a efectos de la presente Directiva

[81] De la Torre, C.: "¿Cómo adecuar las relaciones laborales a la nueva Directiva europea sobre la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos?", en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 398, 2024.

se basa en el Derecho de la Unión y no puede transponerse fácilmente fuera de la Unión. En ausencia de una metodología clara y coherente, también en los marcos contables, para determinar el número de trabajadores de las empresas de terceros países, este umbral crearía, por tanto, inseguridad jurídica y sería difícil de aplicar para las autoridades de control.

La definición del término "volumen de negocios" debe basarse en la Directiva 2013/34/UE, que ya ha establecido los métodos para calcular el volumen de negocios neto de las empresas de terceros países, ya que las definiciones del volumen de negocios y de los ingresos también son similares en los marcos contables internacionales. Con el fin de garantizar que la autoridad de control sepa qué empresas de terceros países generan el volumen de negocios en la Unión necesario para entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, esta última debe exigir que el representante autorizado de la empresa del tercer país o la propia empresa informe a una autoridad de control del Estado miembro en el que el representante autorizado de la empresa del tercer país esté domiciliado o establecido y, cuando sea diferente, a una autoridad de control del Estado miembro en el que la empresa haya generado la mayor parte de su volumen de negocios neto en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio de que la empresa está incluida en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si es necesario para determinar en qué Estado miembro ha generado la empresa del tercer país la mayor parte de su volumen de negocios neto en la Unión, el Estado miembro debe poder solicitar a la Comisión que informe al Estado miembro sobre el volumen de negocios neto de la empresa del tercer país generado en la Unión. La Comisión debe establecer un sistema para garantizar dicho intercambio de información.

2.5. Sobre los "efectos adversos" de la Directiva de diligencia debida

El artículo 3 de la Directiva se refiere al denominado "efecto adverso" dividiéndolo en "*un efecto adverso para el medio ambiente o para los derechos humanos*".

— **Efecto adverso para el medio ambiente**

A su vez, el "*efecto adverso para el medio ambiente*" es definido como las consecuencias desfavorables para el medio ambiente derivadas de la infracción de las prohibiciones y obligaciones que se enumeran en el anexo, parte I, sección 1, puntos 15 y 16, y parte II, de la Directiva, teniendo en cuenta la legislación nacional relacionada con las disposiciones de los instrumentos en él enumerados. Dichas prohibiciones incluyen la prohibición de causar cualquier degradación medioambiental apreciable, como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o cualquier otro impacto sobre los recursos naturales, como la deforestación, que perjudique sustancialmente las bases naturales para la conservación y la producción de alimentos, o que deniegue el acceso de una persona a agua potable segura y limpia, o que dificulte el acceso de las personas a las instalaciones sanitarias o las destruya, o que perjudique la salud, la seguridad, el uso normal de la tierra o los bienes adquiridos lícitamente de una persona, o que perjudique sustancialmente a los servicios ecosistémicos a través de los cuales un ecosistema contribuye directa o indirectamente al bienestar humano.

Recogiéndose en la parte II las prohibiciones y obligaciones incluidas en los instrumentos medioambientales, entre las que destacan las siguientes:

1. La obligación de evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica.

2. La prohibición de importar, exportar, reexportar o introducir procedente del mar cualquier espécimen amenazado de fauna y flora silvestre sin un permiso.

3. La prohibición de fabricar, importar y exportar productos con mercurio de conformidad a la Convenio de Minamata.

4. La prohibición del uso de mercurio o de compuestos de mercurio en los procesos de fabricación de conformidad a la Convenio de Minamata.

5. La prohibición del tratamiento ilícito de residuo de mercurio, de conformidad a la Convenio de Minamata.

6. La prohibición de producir y utilizar las sustancias químicas.

7. La prohibición de la manipulación, la recogida, el almacenamiento y la eliminación ilícitos de residuos.

8. La prohibición de importar o exportar un producto químico incluido en el anexo III del Convenio de Rotterdam.

9. La prohibición de producir, consumir, importar y exportar de forma ilícita las sustancias controladas incluidas en los anexos A, B, C y E del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono.

10. La prohibición de exportar desechos peligrosos u otros desechos.

11. La prohibición de exportar desechos peligrosos destinados a las operaciones previstas en el anexo IV del Convenio de Basilea.

12. La prohibición de importar desechos peligrosos y otros desechos de un Estado que no sea Parte en el Convenio de Basilea y que no lo haya ratificado.

13. La obligación de evitar o reducir al mínimo los efectos adversos en los bienes considerados como patrimonio natural.

14. La obligación de evitar o reducir al mínimo los efectos adversos en los humedales.

15. La obligación de prevenir la contaminación por los buques. Esto incluye: a) la prohibición de descargar en el mar: i) hidrocarburos o mezclas oleosas. ii) sustancias nocivas líquidas, iii) aguas sucias; b) la prohibición de la contaminación ilícita por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos; y c) la prohibición de la contaminación ilícita por las basuras de los buques.

16. La obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino por vertimiento.

— **Efecto adverso para los Derechos humanos**

Y el "*efecto adverso para los derechos humanos*" es definido como las consecuencias para las personas derivadas de:

i) la vulneración de alguno de los Derechos humanos que se enumeran expresamente en la Directiva, entre los que destacan los siguientes:

1. El derecho a la vida, interpretado en consonancia con el artículo 6, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La vulneración de dicho derecho incluye, sin limitarse a estos, a los guardias de seguridad privados o públicos que protejan los recursos, las instalaciones o el personal de la empresa y causen la muerte de una persona por falta de instrucción o control por parte de la empresa.

2. La prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, interpretada en consonancia con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto incluye, sin limitarse a estos, a los guardias de seguridad privados o públicos que protejan los recursos, las instalaciones o el personal de la empresa que sometan a una persona a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por falta de instrucción o control por parte de la empresa.

3. El derecho a la libertad y a la seguridad, interpretado en consonancia con el artículo 9, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. La prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona y de los ataques ilegales a su honra o reputación, interpretada en consonancia con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. La prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, interpretada en consonancia con el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. El derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluidos un salario justo y un salario digno adecuado para los trabajadores por cuenta ajena, así como unos ingresos dignos para los trabajadores autónomos y los pequeños agricultores, que obtienen a cambio de su trabajo y su producción, una vida digna, unas condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo, interpretado de conformidad con los artículos 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[82].

7. La prohibición de restringir el acceso de los trabajadores a una vivienda adecuada, si la mano de obra está alojada en viviendas proporcionadas por la empresa, y de restringir el acceso de los trabajadores a alimentación y vestido adecuados, y a agua y saneamiento en el lugar de trabajo, interpretada en consonancia con el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

8. El derecho del niño al más alto nivel posible de salud, interpretado de conformidad con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el derecho del niño a la educación, interpretado en consonancia con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el derecho del niño a un nivel de vida adecuado, interpretado de conformidad con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el derecho del niño a ser protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, interpretado de conformidad con el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el derecho del niño a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales y a ser protegido contra el secuestro, la venta o el traslado ilícito a otro lugar dentro o fuera de su país con

[82] Véase VV.AA.: *Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Monereo Atienza y Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2014.

fines de explotación, interpretado de conformidad con los artículos 34 y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

9. La prohibición del empleo de un niño menor de la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, menor de quince años, salvo que el Derecho del lugar de trabajo así lo disponga, de conformidad con el artículo 2, apartado 4, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima, 1973 (nº 138), interpretada en consonancia con los artículos 4 a 8 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Edad Mínima, 1973 (nº 138).

10. La prohibición de las peores formas de trabajo infantil (personas menores de dieciocho años), interpretada en consonancia con el artículo 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.o 182). Esto incluye:

a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, así como el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción o el tráfico de estupefacientes, y

d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

11. La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, por el que se entiende todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente, por ejemplo, como resultado de la servidumbre por deudas o de la trata de seres humanos, interpretada en consonancia con el artículo 2, apartado 1, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, 1930 (nº 29). No se entienden como trabajo forzoso u obligatorio los trabajos o servicios que cumplan lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.o 29) o en el artículo 8, apartado 3, letras b) y c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. La prohibición de todas las formas de esclavitud y de la trata de esclavos, incluidas las prácticas análogas a la esclavitud, la condición de siervo u otras formas de dominación u opresión en el lugar de trabajo, como la explotación económica o sexual extrema y la humillación, o la trata de seres humanos, interpretada en consonancia con el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13. El Derecho a la libertad de asociación y reunión y los Derechos de sindicación y de negociación colectiva, interpretados en consonancia con los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.o 87) y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.o 98). Estos derechos incluyen lo siguiente: a) los trabajadores tienen la libertad de crear sindicatos o

afiliarse a ellos; b) la creación, la unión y la afiliación a un sindicato no deben utilizarse como motivo de discriminación o represalias injustificadas; c) los sindicatos son libres de operar de conformidad con sus constituciones y normas, sin injerencia de las autoridades, y d) el derecho de huelga y el derecho de negociación colectiva.

14. La prohibición del trato desigual en el empleo, a menos que lo justifiquen los requisitos del puesto de trabajo, interpretada en consonancia con los artículos 2 y 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.o 100), los artículos 1 y 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.o 111) y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto incluye, en particular: a) el pago de una remuneración desigual por un trabajo de igual valor, y b) la discriminación por razón de origen nacional, origen social, raza, color, sexo, religión u opinión política.

Respecto a los instrumentos sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño; los convenios básicos y fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo; Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.o 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.o 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.o 29) y su Protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n.o 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n.o 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.o 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.o 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.o 111)[83].

ii) la vulneración de alguno de los Derechos humanos no enumerado en la Directiva, pero que se encuentra amparado por los instrumentos de Derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, siempre que:

— el derecho humano pueda ser objeto de vulneración por parte de una empresa o entidad jurídica,

— la vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de Derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, y

— la empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiese ser vulnerado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, las características del sector económico y el contexto geográfico y operativo.

En efecto, en esta lista abierta ("*numerus apertus*"), dependiendo de las circunstancias, es posible que las empresas tengan que considerar normas adicionales. En este sentido, las empresas deberán tener en cuenta contextos específicos o factores interseccionales, como, entre otros, el

[83] Para un estudio completo de este sistema institucional, que aquí resulta necesario, véase, ampliamente, Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Comares, 2014.

género[84], la edad, la raza, el origen étnico, la clase social, la casta, el nivel educativo, la situación migratoria, la discapacidad, así como la situación social y económica, como parte de un enfoque de la diligencia debida que tenga en cuenta el género y la cultura, las empresas deben prestar especial atención a cualquier efecto adverso particular en las personas que puedan estar expuestas a un mayor riesgo debido a la marginación, la vulnerabilidad u otras circunstancias, individualmente o como miembros de determinados colectivos o comunidades, incluidos los pueblos indígenas, protegidos en virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, también en relación con el consentimiento libre, previo e informado. Al hacerlo, puede ser preciso que las empresas tengan en cuenta, cuando proceda, instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Igualmente, las empresas también deben responsabilizarse de utilizar su influencia para contribuir a un nivel de vida adecuado en las cadenas de actividades, lo que es entendido como la inclusión de salarios dignos para los trabajadores por cuenta ajena, y, lógicamente, que los ingresos que los trabajadores autónomos y los pequeños agricultores obtienen a cambio de su trabajo y producción también sean dignos.

2.6. Sobre la propia "diligencia debida"

El punto de partida se localiza en la afirmación de que las empresas –objeto de la presente Directiva– deben integrar la diligencia debida en sus políticas y sistemas de gestión de riesgos; detectar y evaluar, si es preciso priorizar, prevenir y mitigar y eliminar los efectos adversos potenciales y reales en materia de Derechos humanos y medio ambiente, reparar los efectos adversos reales, mantener una colaboración constructiva con las partes interesadas, establecer y mantener un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación; supervisar la eficacia de las medidas adoptadas e informar públicamente sobre su diligencia debida (todo ello se comprueba de los extensos artículos 7 y siguientes de la norma).

A tal fin, podría indicarse que la Directiva distingue claramente, en particular, las medidas para prevenir y mitigar los efectos adversos potenciales y aquellas otras medidas para eliminar o –cuando esto no sea posible– minimizar el alcance de los efectos adversos reales.

— **La política de diligencia debida basada en el riesgo (artículo 7)**

Con la finalidad de garantizar que la diligencia debida forme parte de las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de las empresas, las empresas tienen la obligación de integrar la diligencia debida en sus políticas y sistemas de gestión de riesgos respectivos y a todos los niveles de operación pertinentes y contar con una política de diligencia debida. Se refiere a ello el artículo 7.1 de la Directiva, que versa sobre "*integración de la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de la empresa*", cuando estipula que "*los Estados miembros velarán por que las empresas integren la diligencia debida en todas sus políticas pertinentes y en sus sistemas de gestión de riesgos y por qué cuenten con una política de diligencia debida basada en el riesgo*".

[84] Respecto a la integración de la perspectiva de género se localizan críticas constructivas referenciales. *Vid.* Camas Rodas, F.: "El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones", en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum,* nº 3, 2022, p. 45-61.

El desarrollo de la política de diligencia debida se realizará previa consulta a los empleados y representantes de la empresa y debe contener (1) una descripción del enfoque de la empresa, también a largo plazo, con respecto a la diligencia debida, (2) un código de conducta en el que se describan las normas y los principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, y, cuando sea pertinente, en los socios comerciales directos o indirectos de la empresa, (3) así como una descripción de los procesos establecidos para integrar la diligencia debida en las políticas pertinentes y ejercer la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a los socios comerciales. La política de diligencia debida debe garantizar una diligencia debida basada en el riesgo. El código de conducta debe aplicarse a todas las funciones y operaciones empresariales pertinentes, en particular las decisiones de contratación, empleo y compra.

Se refiere a ello el artículo 7.2 de la Directiva cuando recoge lo que sigue: "*la política de diligencia debida contemplada en el apartado 1 se elaborará previa consulta a los empleados de la empresa y sus representantes y constará de todos los elementos siguientes: "a) una descripción del enfoque aplicado por la empresa —incluso a largo plazo— a la diligencia debida; b) un código de conducta en el que se describan las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como los socios comerciales directos o indirectos de la empresa, de conformidad con el artículo 10, apartado 2, letra b), el artículo 10, apartado 4, el artículo 11, apartado 3, letra c), o el artículo 11, apartado 5, y c) una descripción de los procesos establecidos para integrar la diligencia debida en las políticas de la empresa pertinentes y aplicar la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta contemplado en la letra b) y extender la aplicación de dicho código de conducta a los socios comerciales*".

Para cumplir las obligaciones de diligencia debida, las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para detectar, prevenir, eliminar, minimizar y reparar los efectos adversos, y mantener una colaboración constructiva con las partes interesadas a lo largo de todo el proceso de diligencia debida. ¿Y qué son las medidas adecuadas? De conformidad con el artículo 3.1.o), referido a las definiciones, por "medidas adecuadas" se entiende "*las medidas que sean capaces de alcanzar los objetivos de diligencia debida abordando de forma efectiva los efectos adversos de un modo proporcionado en relación con el nivel de gravedad y la probabilidad del efecto adverso, y razonablemente a disposición de la empresa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, incluidos la naturaleza y el alcance del efecto adverso y los factores de riesgo pertinentes*".

Llegamos así a los preceptos de la Directiva que se refiere a la "*Detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales*" (artículo 8); "*Priorización de efectos adversos reales y potenciales detectados*" (artículo 9); "*Prevención de efectos adversos potenciales*" (artículo 10); "*Eliminación de los efectos adversos reales*" (artículo 11); y "*Reparación de efectos adversos reales*" (artículo 12).

— **Detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales (artículo 8)**

Comenzando con el artículo 8, las empresas deben detectar y evaluar los efectos adversos reales o potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente. La detección y evaluación de los efectos adversos deberá basarse en información cuantitativa y cualitativa –entre los que se incluye los datos desagregados pertinentes que una empresa razonablemente pueda obtener–. Asimismo, las empresas deben utilizar métodos y recursos adecuados, incluidos informes públicos.

Para el cumplimiento de dicha obligación, y teniendo en cuenta los factores de riesgo pertinentes, las empresas adoptarán las medidas adecuadas para:

"*a) inventariar sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales, a fin de determinar ámbitos generales en los que es más probable que se produzcan efectos adversos y que estos sean más graves;*

b) sobre la base de los resultados del inventario contemplado en la letra a), llevar a cabo una evaluación en profundidad de sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales en los ámbitos en los que se haya detectado una mayor probabilidad de que produzcan efectos adversos y que estos sean más graves".

Tal y como refiere la propia Directiva e su preámbulo, al detectar y evaluar los efectos adversos, la empresa debe tener en cuenta, sobre la base de una evaluación global, los posibles factores de riesgo pertinentes, incluidos los factores de riesgo a nivel de empresa, por ejemplo, si el socio comercial no es una empresa incluida en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; factores de riesgo de las operaciones empresariales; factores de riesgo geográficos y contextuales, como el nivel coercitivo con respecto al tipo de efectos adversos; factores de riesgo de productos y servicios; y factores de riesgo sectoriales. Al detectar y evaluar los efectos adversos, las empresas también deben detectar y evaluar el impacto del modelo de negocio y las estrategias de los socios comerciales, en particular, las prácticas comerciales, de contratación y de fijación de precios. Con el fin de limitar la carga que suponen las solicitudes de información para las empresas más pequeñas, cuando la información necesaria para la detección de efectos adversos pueda obtenerse de socios comerciales a diferentes niveles de sus cadenas de actividades, las empresas deben actuar con moderación con respecto a los socios comerciales que no presenten en sí mismos riesgos de efectos adversos y dar preferencia a solicitar directamente, cuando ello sea razonable, información más detallada a los socios comerciales en distintos niveles de sus cadenas de actividades en los que, sobre la base del inventario, sea más probable que se produzcan los efectos adversos reales o potenciales. La detección de los efectos adversos debe incluir la evaluación del contexto de los Derechos humanos y del medio ambiente de manera dinámica y a intervalos regulares: sin demora indebida después de que se produzca un cambio significativo, pero al menos cada doce meses, a lo largo de todo el ciclo de duración de una actividad o relación, y cuando existan motivos razonables para pensar que puedan surgir nuevos riesgos (artículo 7.3).

En este sentido, por "*cambio significativo*", de conformidad con el Preámbulo de la Directiva (dicha definición no aparece en el precepto referido a las "definiciones", artículo 3 de la Directiva), debe entenderse un cambio en el *statu quo* de las operaciones propias de la empresa, las operaciones de sus filiales o socios comerciales, el entorno jurídico o empresarial o cualquier otra modificación sustancial de la situación de la empresa o su contexto operativo. Entre los ejemplos de "*cambio significativo*" pueden figurar los casos en que la empresa empieza a operar en un nuevo sector económico o zona geográfica, comienza a producir nuevos productos o cambia la forma de fabricar los productos existentes utilizando tecnología con efectos potencialmente más adversos, o cambia su estructura empresarial a través de reestructuraciones o fusiones o adquisiciones. Los motivos razonables para considerar que existen nuevos riesgos pueden surgir de diferentes maneras, entre ellas el conocimiento de los efectos adversos a partir de información públicamente disponible, a través de la participación de las partes interesadas o mediante notificaciones. Si, a pesar de haber adoptado las medidas adecuadas para la detección de efectos adversos, las empresas no disponen de toda la información necesaria sobre sus cadenas de actividades, deben poder explicar el motivo por el que no se ha podido obtener dicha información y deben tomar las medidas necesarias y razonables para obtenerla lo antes posible.

— **Priorización de efectos adversos reales y potenciales detectados (artículo 9)**

Cuando la empresa no pueda prevenir, mitigar, eliminar o minimizar al mismo tiempo y en toda su extensión el alcance de todos los efectos adversos detectados (reales y potenciales), debe dar prioridad a los efectos adversos en función de su gravedad y probabilidad (artículo 9.1). La gravedad de un efecto adverso debe evaluarse sobre la base de la escala, alcance o carácter irreparable del efecto adverso, teniendo en cuenta la importancia de este, en particular el número de personas que se vean o vayan a verse afectadas, el grado en que el medio ambiente se vea o pueda verse dañado o afectado de otro modo, la irreversibilidad del efecto y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de efecto en un plazo razonable. Una vez que se aborden los efectos adversos más graves y más probables en un plazo razonable, la empresa debe abordar los efectos adversos menos graves y menos probables (artículo 9.3). Por otro lado, la influencia real o potencial de la empresa en sus socios comerciales, el nivel de participación de la empresa en el efecto adverso, la proximidad a la filial del socio comercial, o su posible responsabilidad no constituyen factores pertinentes a la hora de priorizar los efectos adversos.

— **Prevención de efectos adversos potenciales (artículo 10)**

Cuando una empresa detecte efectos adversos potenciales para los Derechos humanos o el medio ambiente, debe adoptar las medidas adecuadas para prevenirlos o mitigarlos correctamente. Se refiere a ello el artículo 10.1 del siguiente modo: "*los Estados miembros velarán por que las empresas adopten las medidas adecuadas para prevenir o, cuando la prevención no sea posible o no lo sea de forma inmediata, mitigar suficientemente los efectos adversos potenciales que se hayan detectado o que deberían haberse detectado*".

Al evaluar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar adecuadamente los efectos adversos, debe tenerse debidamente en cuenta el denominado "*nivel de participación de la empresa en un efecto adverso*" y la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial causante del efecto adverso o que contribuya a causarlo. Las empresas deben tomar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos que causen por sí mismas ("causando" los efectos adversos) o conjuntamente con sus filiales o socios comerciales ("contribuyendo" a los efectos adversos). Esto se aplica independientemente de si las entidades terceras ajenas a la cadena de actividades de la empresa son también causantes de los efectos adversos. Causar conjuntamente el efecto adverso no se limita a la misma participación por parte de la empresa y de su filial o socio comercial en el efecto adverso, sino que debe comprender todos los casos de actos u omisiones de la empresa que causen el efecto adverso en combinación con los actos u omisiones de las filiales o socios comerciales, incluso cuando la empresa facilite sustancialmente que un socio comercial cause un efecto adverso o le incite a ello, esto es, excluidas las contribuciones menores o carentes de importancia (artículo 10.1).

Cuando las empresas no sean las causantes de los efectos adversos que se produzcan en sus cadenas de actividades por sí mismas o conjuntamente con otras entidades jurídicas, sino que el efecto adverso esté causado solamente por su socio comercial en las cadenas de actividades de las empresas (es decir "estar directamente relacionadas con" el efecto adverso), las empresas deben seguir tratando de utilizar su influencia para prevenir o mitigar los efectos adversos causados por sus socios comerciales o aumentar su influencia para lograrlo. En este contexto, en consonancia con los marcos internacionales, la influencia de la empresa en un socio comercial debe incluir, por una parte, su capacidad para persuadirlo de que prevenga los efectos adversos (por ejemplo, mediante el poder de mercado, los requisitos de cualificación previa o la vinculación de incentivos comerciales a los Derechos humanos y el comportamiento medioambiental) y, por otra parte, el grado de influencia o efecto palanca que la empresa podría razonablemente ejercer, por ejemplo, mediante la cooperación

con el socio comercial en cuestión o con otra empresa que sea el socio comercial directo del socio comercial vinculado al efecto adverso.

Cuando corresponda, se exigirá a las empresas que adopten las siguientes medidas adecuadas (artículo 10.2): a) elaborar y aplicar un plan de acción preventiva; b) recabar de los socios comerciales directos garantías contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en su caso, del plan de acción preventiva; c) realizar las inversiones financieras o no financieras, los ajustes o las mejoras necesarios, por ejemplo, en instalaciones, en procesos de producción u otros procesos operativos, y en infraestructuras; d) realizar las modificaciones o las mejoras necesarias en el propio plan de negocio de la empresa, en sus estrategias generales y en sus operaciones, incluidas las prácticas de compra, diseño y distribución; e) prestar un apoyo específico y proporcionado a las pymes que son socios comerciales de la empresa; f) colaborar con otras entidades con el propósito, entre otros, de aumentar la capacidad de la empresa para prevenir o mitigar los efectos adversos.

Cuando sea pertinente, las empresas podrán adoptar medidas adecuadas (además de las anteriores), tales como colaborar con un socio comercial sobre las expectativas de la empresa con respecto a la prevención y la mitigación de los efectos adversos potenciales, o proporcionar o permitir el acceso al desarrollo de capacidades, la orientación, el apoyo administrativo y financiero, como préstamos o financiación, teniendo en cuenta al mismo tiempo los recursos, los conocimientos y las limitaciones del socio comercial (artículo 10.3).

Por lo que se refiere a los efectos adversos potenciales que las medidas adecuadas ya enumeradas no pudieran impedir o mitigar suficientemente, la empresa tendrá la posibilidad de recabar garantías contractuales con un socio comercial indirecto, con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción preventiva y adoptar las medidas adecuadas para comprobar el cumplimiento de las garantías contractuales por parte del socio comercial indirecto (artículo 10.4 y artículo 10.5).

Las empresas deben dar prioridad a la colaboración con los socios comerciales en sus cadenas de actividades, en lugar de poner fin a la relación comercial, como medida de último recurso tras intentar prevenir y mitigar sin éxito los efectos adversos potenciales. Sin embargo, la empresa estará obligada, como último recurso, a abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes con un socio comercial en relación con cuya cadena de actividades o en cuya cadena de actividades hayan surgido dichos efectos y, cuando el Derecho por el que se rigen sus relaciones así lo permita, adoptará las siguientes medidas, como último recurso (artículo 10.6):

"*a) adoptar y ejecutar, sin demora injustificada, un plan de acción preventiva mejorado para los efectos adversos específicos, mediante el uso o el refuerzo de la influencia de la empresa a través de la suspensión temporal de las relaciones comerciales con respecto a las actividades en cuestión, siempre que existan expectativas razonables de que esos esfuerzos vayan a tener éxito. El plan de acción incluirá plazos específicos y adecuados para la adopción y la ejecución de todas las acciones que en él se incluyen, durante los cuales la empresa podrá también buscar socios comerciales alternativos;*

b) si no existen expectativas razonables de que esos esfuerzos vayan a tener éxito, o si la ejecución del plan de acción preventiva mejorado no ha logrado prevenir o mitigar los efectos adversos, poner fin a la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión si los efectos adversos potenciales son graves".

Por último, cuando la empresa decida suspender temporalmente o poner fin a la relación comercial, adoptará medidas para prevenir, mitigar o eliminar los efectos de dicha suspensión o dicho fin de la relación, se lo notificará al socio comercial con una antelación razonable y mantendrá su decisión sujeta a revisión. Pero cuando la empresa decida no suspender temporalmente ni poner fin a la relación comercial, realizará un seguimiento de los efectos adversos potenciales y evaluará periódicamente su decisión y si existen medidas adecuadas adicionales (artículo 10.6, penúltimo y último párrafo).

— **Eliminación de los efectos adversos reales (artículo 11)**

Si una empresa detecta efectos adversos reales sobre los Derechos humanos o el medio ambiente, debe adoptar las medidas adecuadas para eliminarlos. Cabe esperar que una empresa sea capaz de eliminar los efectos adversos reales en sus propias operaciones y en las de sus filiales. No obstante, debe aclararse que, cuando no puedan eliminarse los efectos adversos, las empresas deben minimizar su alcance, lo que requerirá de un resultado lo más cercano posible a su eliminación. Por consiguiente, la empresa debe revaluar periódicamente las circunstancias que le hayan impedido eliminar los efectos adversos y si es posible eliminarlos.

Al evaluar las medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos o minimizar su alcance, se debe tener debidamente en cuenta el denominado "nivel de participación de la empresa en un efecto adverso" y la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial causante del efecto adverso o que contribuya a causarlo.

A fin de reflejar toda la gama de opciones de que dispone la empresa en los casos en que las medidas descritas no puedan abordar los efectos adversos reales, la presente Directiva también debe hacer referencia a la posibilidad de que la empresa solicite garantías contractuales al socio comercial indirecto, con vistas a lograr el cumplimiento del código de conducta de la empresa o de un plan de acción correctiva y adopte las medidas adecuadas para comprobar el cumplimiento de las garantías contractuales por parte del socio comercial indirecto.

Con la finalidad de garantizar la eficacia de las medidas adecuadas para la eliminación o la minimización de los efectos adversos reales, las empresas deben dar prioridad a la colaboración con los socios comerciales de sus cadenas de actividades, en lugar de poner fin a la relación comercial, como medida de último recurso tras intentar eliminar los efectos adversos reales o minimizar su alcance sin éxito. No obstante, para los casos en que dichas medidas adecuadas no hayan podido eliminar los efectos adversos reales o minimizar su alcance adecuadamente, la presente Directiva recoge la obligación de las empresas de, como último recurso, abstenerse de entablar relaciones nuevas o ampliar las ya existentes con el socio en cuestión y, cuando exista una perspectiva razonable de cambio, y utilizando o aumentando la influencia de la empresa mediante la suspensión temporal de la relación comercial con respecto a las actividades en cuestión (artículo 11.7).

— **Reparación de efectos adversos reales (artículo 12)**

Cuando una empresa haya causado, por sí misma o conjuntamente, un efecto adverso real, debe repararlo. De conformidad con el artículo 3.1.t), referido a las "definiciones", por "reparación" se entiende "*devolver a la persona o personas, las comunidades o el medio ambiente afectados a una situación equivalente o lo más similar posible a la que habrían tenido de no haberse producido el efecto adverso real, que guarde proporción con la implicación de la empresa en el efecto adverso, incluso mediante una compensación financiera o no financiera proporcionada por la empresa a la persona o personas afectadas por el efecto adverso real y, en su caso, el reembolso de los costes*

soportados por las autoridades públicas por cualquier medida reparadora necesaria". En efecto, tal y como establece el artículo 12, los Estados miembros "*velarán por que una empresa repare un efecto adverso real que haya causado por sí misma o conjuntamente*" antes de presentar una demanda ante un órgano jurisdiccional. Los Estados miembros deben velar por que, cuando la empresa no repare el efecto adverso real en caso de haberlo causado, por sí misma o conjuntamente, la autoridad de control competente esté facultada –por iniciativa propia o sobre la base de inquietudes fundadas que se le comuniquen de conformidad con la presente Directiva– para ordenar a la empresa que lo repare adecuadamente. Ello se entiende sin perjuicio de que, en tal situación, se impongan sanciones por la infracción de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud de la presente Directiva y se reclame la responsabilidad civil ante un órgano jurisdiccional nacional.

Y, de conformidad con el artículo 12.2, "*cuando el efecto adverso real haya sido causado únicamente por un socio comercial de la empresa, esta podrá repararlo voluntariamente. Asimismo, la empresa podrá recurrir a su capacidad de influir en el socio comercial que esté causando el efecto adverso para repararlo*".

2.7. Sobre el mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación

El artículo 14 de Directiva (UE) 2024/1760 se refiere al "mecanismo de notificación y procedimiento de reclamación". En efecto, es obvio que las empresas deben ofrecer a las personas y organizaciones la posibilidad de presentar reclamaciones directamente ante ellas en caso de inquietudes legítimas con respecto a efectos adversos reales o potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente. Entre las personas y organizaciones capacitadas para presentar dichas reclamaciones deben figurar (artículo 14.2):

"*a) las personas físicas o jurídicas que se vean afectadas o que tengan motivos fundados para pensar que podrían verse afectadas por un efecto adverso, y los representantes legítimos de dichas personas en su nombre, como organizaciones de la sociedad civil y defensores de los derechos humanos;*

b) los sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a las personas físicas que trabajen en la cadena de actividades de que se trate, y

c) las organizaciones de la sociedad civil activas y con experiencia en los ámbitos relacionados con el efecto adverso para el medio ambiente que sea objeto de la reclamación".

Para ello, las empresas deben establecer un procedimiento justo, públicamente disponible, accesible, previsible y transparente para tramitar las reclamaciones, en particular un procedimiento para los casos en que la empresa considere que la reclamación es infundada, debiendo informar de "*dicho procedimiento a los representantes de los trabajadores y sindicatos pertinentes. Las empresas tomarán las medidas razonablemente a su alcance para evitar cualquier forma de represalia asegurando la confidencialidad de la identidad de la persona u organización que presenta la reclamación, de conformidad con el Derecho nacional. Cuando sea necesario compartir cualquier información, esto se llevará a cabo de manera que no ponga en peligro la seguridad del reclamante, por ejemplo, evitando divulgar su* identidad. Los Estados miembros se asegurarán de que, cuando la reclamación resulte fundada, los efectos adversos que constituyen su objeto se consideren detectados" y de que "*la empresa tome las medidas adecuadas*" (artículo 14.3).

Asimismo, en plena relación con el artículo 14.4 de la Directiva, los Estados miembros se asegurarán de que los reclamantes tengan derecho a: a) solicitar que la empresa a la que hayan

presentado una reclamación den seguimiento adecuado a la misma; b) reunirse con los representantes de la empresa al nivel apropiado para tratar el objeto de la reclamación y la posible reparación; c) ser informados por la empresa de las razones por las que su reclamación ha sido considerada fundada o infundada.

Con el fin de reducir la carga para las empresas, estas deben poder participar en procedimientos de reclamación y mecanismos de notificación colaborativos como los establecidos conjuntamente por las empresas (por ejemplo, por un grupo de empresas) o a través de asociaciones sectoriales, iniciativas multilaterales o acuerdos marco globales.

La presentación de una notificación o reclamación no debe constituir un requisito previo ni impedir que la persona que la presenta tenga acceso al procedimiento sobre inquietudes fundadas o a mecanismos judiciales u otros mecanismos extrajudiciales. Las disposiciones sobre el procedimiento de reclamación y el mecanismo de notificación en virtud de la presente Directiva deben evitar que el acceso a los representantes de una empresa dé lugar a un atosigamiento abusivo.

"*El mecanismo asegurará que las notificaciones puedan realizarse de manera anónima o confidencial de conformidad con el Derecho nacional*" (artículo 14.5). Sin embargo, las personas que presenten reclamaciones, cuando no lo hagan de forma anónima, deben tener derecho a solicitar a la empresa un seguimiento oportuno y adecuado y a reunirse con los representantes de la empresa de nivel adecuado de cara a debatir los efectos adversos potenciales o reales que sean objeto de la reclamación y su posible reparación, a conocer el razonamiento por el cual se ha considerado fundada o infundada una reclamación y, cuando se haya considerado fundada, a recibir información sobre los pasos y medidas que la empresa ha adoptado o va a adoptar.

Asimismo, los trabajadores y sus representantes también deben gozar de una protección adecuada, y los esfuerzos de resolución extrajudicial no deben ir en perjuicio del fomento de la negociación colectiva ni del reconocimiento de los sindicatos, ni socavar en modo alguno el papel de los representantes de los trabajadores o los sindicatos legítimos a la hora de abordar los litigios de índole laboral.

Dado que tanto el colectivo de personas u organizaciones que tienen derecho a presentar una reclamación como el ámbito de las cuestiones que pueden ser objeto de reclamación son más amplios, el procedimiento de reclamación en el marco de la presente Directiva debe entenderse jurídicamente como un mecanismo distinto del procedimiento de denuncia interna establecido por las empresas de conformidad con la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo.

2.8. Otras cuestiones de interés de la Directiva (UE) 2024/1760

El artículo 15 de Directiva (UE) 2024/1760 se refiere a la "supervisión". De conformidad con este precepto, las empresas deberán llevar a cabo evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas, de las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con la cadena de actividades de la empresa, de las de sus socios comerciales, con el fin de evaluar su aplicación y supervisar la adecuación y eficacia de las actividades de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos. Al respecto, esas evaluaciones se basarán, según proceda, en indicadores cualitativos y cuantitativos y se llevarán a cabo sin demora injustificada cuando tenga lugar un cambio significativo y al menos cada doce meses y siempre que existan motivos fundados para pensar que pueden surgir riesgos nuevos de que se produzcan esos efectos adversos. Cuando proceda, la política de diligencia debida, los efectos adversos detectados y las medidas adecuadas

que de ello se deriven se actualizarán en función de los resultados de dichas evaluaciones y teniendo debidamente en cuenta la información pertinente de las partes interesadas.

Al igual que en las normas internacionales vigentes establecidas por los Principios Rectores de las Naciones Unidas y el marco de la OCDE, forma parte del requisito de diligencia debida comunicar a nivel externo información pertinente sobre las políticas de diligencia debida, los procesos y las actividades realizadas para detectar y abordar los efectos adversos reales o potenciales, incluidos los resultados y las conclusiones de dichas actividades (artículo 16).

A fin de cumplir su obligación de comunicación en el marco de la diligencia debida en virtud de la presente Directiva (artículo 16), las empresas deben publicar en su sitio web una declaración anual en al menos una de las lenguas oficiales de la Unión en un plazo razonable, y en ningún caso mayor de doce meses a partir de la fecha del balance del ejercicio para el que se haya elaborado la declaración, a menos que la empresa esté sujeta a los requisitos de información en materia de sostenibilidad establecidos en la Directiva 2013/34/UE.

El objetivo de la presente Directiva no es exigir a las empresas que divulguen públicamente capital intelectual, propiedad intelectual e industrial, conocimientos técnicos o resultados de la innovación que puedan considerarse secretos comerciales según la definición de la Directiva (UE) 2016/943. Por consiguiente, los requisitos de información previstos en la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/943.

Respecto a la "accesibilidad de la información en el punto de acceso único europeo" (artículo 17), a partir del 1 de enero de 2029, los Estados miembros velarán por que, al publicar la declaración anual (del artículo 16, apartado 1), las empresas presenten al mismo tiempo dicha declaración al organismo de recopilación pertinente (del artículo 17.3), a fin de que sea accesible en el punto de acceso único europeo establecido con arreglo al Reglamento (UE) 2023/2859.

En efecto, las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para colaborar de forma efectiva con las partes interesadas a la hora de llevar a cabo las acciones de diligencia debida. Una colaboración efectiva debe incluir el suministro de información pertinente y exhaustiva a las partes interesadas consultadas, así como consultas continuas que permitan una interacción y un diálogo reales al nivel adecuado. Una colaboración constructiva con las partes interesadas consultadas debe tener debidamente en cuenta los obstáculos a la colaboración y garantizar que las partes interesadas no sufran represalias, en particular manteniendo la confidencialidad y el anonimato, y debe prestar especial atención a las necesidades de las partes interesadas vulnerables, al solapamiento de vulnerabilidades y a los factores interseccionales. Existirán situaciones en las que no será posible colaborar de manera constructiva con las partes interesadas consultadas o en las que resultará útil recurrir a otras opiniones de expertos para que la empresa pueda cumplir plenamente los requisitos de la presente Directiva. En estos casos, las empresas deberán consultar a expertos. La consulta a los empleados y a sus representantes debe llevarse a cabo de conformidad con el Derecho de la Unión pertinente y, cuando proceda, el Derecho nacional y los convenios colectivos, y sin perjuicio de sus Derechos a la información, la consulta y la participación aplicables, en particular los abarcados por la legislación de la Unión pertinente en el ámbito del empleo y los Derechos sociales, incluidas la Directiva 2001/86/CE (20) del Consejo y las Directivas 2002/14/CE y Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Cuando las empresas lleven a cabo consultas, deben tener la posibilidad de recurrir a iniciativas sectoriales en la medida en que estos regímenes sean adecuados para apoyar una colaboración efectiva. El recurso a iniciativas sectoriales o multilaterales no basta por sí solo para cumplir la obligación de consultar a los trabajadores y a sus representantes.

A fin de proporcionar a las empresas instrumentos que las ayuden a cumplir sus requisitos de diligencia debida a lo largo de sus cadenas de actividades, la Comisión, en consulta con los Estados miembros y las partes interesadas, debe proporcionar orientaciones sobre las cláusulas contractuales tipo que las empresas pueden utilizar voluntariamente como instrumento de ayuda para cumplir sus obligaciones (artículo 18).

Respecto a las directrices (artículo 19), la Directiva advierte de que, a fin de proporcionar apoyo a las empresas o a las autoridades de los Estados miembros en cuanto a la forma en que las empresas deben cumplir sus obligaciones de diligencia debida de una manera práctica y de proporcionar apoyo a las partes interesadas, "*la Comisión, en consulta con los Estados miembros y las partes interesadas, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia Europea de Medio Ambiente, la Autoridad Laboral Europea y, cuando proceda, las organizaciones internacionales y otros organismos con experiencia en materia de diligencia debida, emitirá directrices, por ejemplo, directrices generales y para sectores específicos o efectos adversos específicos*". Directrices emitidas que deberán incluir a) orientaciones y buenas prácticas sobre cómo ejercer la diligencia debida; b) orientaciones prácticas sobre el plan de transición; c) orientaciones sectoriales específicas; d) orientaciones sobre la evaluación de los factores de riesgo asociados a la empresa, las operaciones empresariales, geográficos y contextuales, de los productos y servicios, y sectoriales, en particular los asociados a zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo; e) referencias a los datos y las fuentes de información disponibles para el cumplimiento de las obligaciones; f) información sobre la manera de intercambiar recursos e información entre las empresas y otras entidades jurídicas; g) información para las partes interesadas y sus representantes sobre cómo colaborar a lo largo del proceso de diligencia debida.

Respecto a las medidas de acompañamiento (artículo 20), se establece que "*para ofrecer a las empresas y sus socios comerciales y a las partes interesadas información y asistencia, los Estados miembros crearán y gestionarán, individual o conjuntamente, sitios web, plataformas o portales especializados*". En efecto, las herramientas y tecnologías digitales, como las utilizadas para el seguimiento, la vigilancia o el rastreo de materias primas, bienes y productos a lo largo de las cadenas de valor (por ejemplo, satélites, drones, radares o soluciones basadas en plataformas), podrían apoyar y reducir el coste de la recopilación de datos para la gestión de las cadenas de valor, en particular en lo que respecta a la detección y evaluación de los efectos adversos, a su prevención y mitigación, y al seguimiento de la eficacia de las medidas de diligencia debida. Por tanto, con la finalidad de ayudar a las empresas a cumplir sus obligaciones de diligencia debida a lo largo de su cadena de valor, debe fomentarse y promoverse el uso de dichas herramientas y tecnologías.

La Comisión debe crear un servicio de ayuda único sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (artículo 21). Este servicio de ayuda único debe poder colaborar con las autoridades nacionales pertinentes de cada Estado miembro, incluidos los servicios de ayuda nacionales cuando existan, y solicitar información a dichas autoridades. El servicio de ayuda único y las autoridades nacionales pertinentes también deben colaborar entre sí para garantizar la cooperación transfronteriza.

Respecto a la lucha contra el cambio climático (artículo 22), es evidente que esta Directiva se convierte en un instrumento legislativo importante para garantizar la transición de las empresas hacia una economía sostenible, en particular para reducir los daños existenciales y costes del cambio climático, garantizar una armonización con el objetivo de cero emisiones netas a escala mundial para 2050, evitar cualquier afirmación engañosa en relación con dicha armonización y poner fin al blanqueo ecológico, la desinformación y la expansión de los combustibles fósiles a escala mundial a fin de alcanzar los objetivos climáticos internacionales y europeos. Por ello, de conformidad con el

artículo 22, los Estados miembros velarán por que las empresas "*adopten y pongan en práctica un plan de transición para la mitigación del cambio climático encaminado a garantizar que, mediante sus mejores esfuerzos, su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 oC, en consonancia con el Acuerdo de París y el objetivo de lograr la neutralidad climática establecido en el Reglamento (UE) 2021/1119, incluidos sus objetivos intermedios y de neutralidad climática para 2050, y cuando proceda, la exposición de la empresa a las actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas*". El plan debe abordar (de conformidad con el artículo 22 y el preámbulo de la Directiva), en su caso, la exposición de la empresa a actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas. Estos requisitos deben entenderse como una obligación de medios y no de resultados. Al tratarse de una obligación de medios, deben tenerse debidamente en cuenta los avances realizados por las empresas, así como la complejidad y el carácter cambiante de la transición climática. Si bien las empresas deben esforzarse por alcanzar los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero recogidos en sus planes, determinadas circunstancias pueden hacer que las empresas no estén en condiciones de alcanzarlos cuando ya no sea razonable. El plan debe incluir objetivos acotados en el tiempo relacionados con el cambio climático para 2030 y por etapas quinquenales hasta 2050 basados en datos científicos concluyentes y, cuando proceda, objetivos absolutos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para las emisiones de alcance 1, de alcance 2 y de alcance 3. El plan debe desarrollar medidas de ejecución para alcanzar los objetivos climáticos de la empresa y estar basado en datos científicos concluyentes, es decir, en datos con validación científica independiente que sean coherentes con la limitación del calentamiento global a 1,5 oC, según lo definido por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (GIECC) y teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo Científico Consultivo Europeo sobre Cambio Climático. Debe exigirse a las autoridades de control que, como mínimo, supervisen la adopción y el diseño del plan y de sus actualizaciones, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente Directiva. Dado que el contenido del plan de transición para la mitigación del cambio climático debe estar en consonancia con los requisitos de información en virtud de la Directiva 2013/34/UE por lo que respecta a la información de las empresas en materia de sostenibilidad, debe considerarse que las empresas que presenten dicho plan en virtud de la Directiva 2013/34/UE han cumplido la obligación específica de adoptar un plan con arreglo a la presente Directiva. El hecho de que se considere cumplida la obligación de adopción no impide que las empresas tengan aun así que cumplir su obligación de poner en práctica dicho plan de transición y de actualizarlo cada doce meses para evaluar los avances hacia sus objetivos.

A fin de hacer posible la supervisión efectiva y, en caso necesario, la ejecución de la presente Directiva en relación con las empresas de terceros países, estas deben designar a un representante autorizado suficientemente habilitado en la Unión y facilitar información relativa a sus representantes autorizados (artículo 23). En efecto, "*los Estados miembros exigirán que toda empresa contemplada en el artículo 2, apartado 2, que desarrolle su actividad en un Estado miembro designe como su representante autorizado a una persona física o jurídica establecida o domiciliada en uno de los Estados miembros en los que la empresa desarrolle su actividad. Esta designación se considerará válida cuando el representante autorizado confirme que la acepta*".También debe ser posible que el representante autorizado funcione como punto de contacto, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes de la presente Directiva. Si una empresa de un tercer país no designa a un representante autorizado, todos los Estados miembros en los que esta desarrolle su actividad deben ser competentes para hacer cumplir esta obligación, especialmente para designar a una persona física o jurídica en uno de los Estados miembros en los que la empresa desarrolle su actividad, de conformidad con el marco de control del cumplimiento establecido en el Derecho nacional. Los Estados miembros que emprendan acciones para hacer cumplir esta obligación deben informar a las autoridades de control

de otros Estados miembros a través de la Red Europea de Autoridades de Control para evitar que otros Estados miembros emprendan tales acciones (artículo 28).

En este mismo sentido, los Estados miembros deben designar a una o varias autoridades de control nacionales (artículos 24 y 25). Estas autoridades de control deben ser de carácter público, ser independientes de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva u otros intereses del mercado y estar libres de conflictos de intereses y de toda influencia externa, sea directa o indirecta.

Igualmente, los Estados miembros deben prever sanciones disuasorias, proporcionadas y eficaces en caso de incumplimiento de dichas medidas (artículos 26 y 27). Para que dicho régimen sancionador sea eficaz, las sanciones que impongan las autoridades nacionales de control deben incluir sanciones pecuniarias y una declaración pública en la que figuren la empresa responsable y la naturaleza de la infracción en caso de que la empresa no cumpla en el plazo aplicable la decisión por la que se le impone una sanción pecuniaria. Este régimen sancionador se entiende sin perjuicio de la facultad de retirar productos y de prohibir su introducción en el mercado, su comercialización y su exportación en virtud de otros actos legislativos de la Unión que establezcan obligaciones de diligencia debida más amplias o específicas. Los Estados miembros deben velar por que la sanción pecuniaria sea proporcional al volumen de negocios neto mundial de la empresa en el momento de su imposición. Sin embargo, esto no debe obligar a los Estados miembros a basar la sanción pecuniaria únicamente en el volumen de negocios neto de la empresa en todos los casos. Los Estados miembros deben decidir, de conformidad con el Derecho nacional, si las sanciones deben ser impuestas directamente por las autoridades de control, en colaboración con otras autoridades o mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes. La publicación del nombre de la empresa debe permitirse, incluso si contiene el nombre de una persona física. Por otro lado, cuando se imponga una sanción pecuniaria a una empresa perteneciente a un grupo, dicha sanción se calcule teniendo en cuenta el volumen de negocios consolidado calculado al nivel de la empresa matriz última.

A fin de garantizar que las víctimas (personas físicas o jurídicas) de efectos adversos tengan un acceso efectivo a la justicia y a una indemnización, debe exigirse a los Estados miembros que establezcan normas que regulen la responsabilidad civil de las empresas por los daños y perjuicios ocasionados a una persona física o jurídica, siempre que la empresa, de forma deliberada o por negligencia, no haya evitado o mitigado los efectos adversos potenciales, o eliminado los efectos reales o minimizado su alcance, y la persona física o jurídica haya sufrido daños y perjuicios como consecuencia de ello (artículo 29). El régimen de responsabilidad no regula quién debe demostrar el cumplimiento de las condiciones para la atribución de responsabilidad en las circunstancias del caso ni en qué condiciones puede iniciarse el procedimiento civil, por lo que estas cuestiones corresponden al Derecho nacional.

Por último, si bien los Estados miembros deberán adoptar y publicar, a más tardes el 26 de julio de 2026, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, para las empresas se aplica una escala gradual en función de su tamaño y volumen de negocio, desde el 26 de julio de 2027 en adelante (artículo 37).

3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: ALGUNAS CONCLUSIONES EN EL AVANCE DEL DENOMINADO "DERECHO LABORAL MÍNIMO" O UN "DERECHO DEL TRABAJO DE MÍNIMOS" A ESCALA MUNDIAL

Nos encontramos ante una norma de gran envergadura y con repercusiones judiciales importantes a todos los efectos, pues, de una u otra forma, va a terminar afectando a toda la Unión

Europea. Es una Directiva que marca el "*camino de transición hacia una sociedad más justa y respetuosa*" con los Derechos humanos[85].

Se trata de una Directiva que tiene por objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior de la Unión Europea contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la detección y, cuando sea necesario, priorización, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los Derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso.

Por tanto, en los próximos años veremos cómo se procede a ese proceso de integración de la diligencia debida en contra de efectos adversos frente a los Derechos humanos y frente al medio ambiente. De este modo, la Directiva comprende seis etapas claramente diferenciadas en la lucha contra dichos efectos: (1) integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; (2) detectar y evaluar los efectos adversos en los Derechos humanos y el medio ambiente; (3) prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales en los Derechos humanos y el medio ambiente; (4) supervisar y evaluar la eficacia de las medidas; (5) comunicar, y (6) reparar. Son estas seis etapas el grueso de la Directiva, detalladamente definidas en los artículos 7 a 17 [entre otros preceptos también de referencia de la Directiva, como el referido a las sanciones (artículo 27), a la responsabilidad civil (artículo 29) o a la lucha contra el cambio climático (artículo 22)].

Se ha advertido, en referencia a la diligencia debida, que "esta es una característica que le permite exigir a las empresas, antes que la reparación de los daños causados a dichos derechos, la puesta en ejecución de procesos que, anticipándose a su materialización, tengan como objetivo central la identificación y prevención de los riesgos que los mismos puedan padecer"[86].

Diligencia debida que debe establecerse en todas las actividades de la cadena, lo que hace que la propia Directiva diferencie entre actividades en sentido ascendente ("*upstream*") y en sentido descendente ("*dowstream*")[87]. En sentido ascendente, se entienden las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, incluidos el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio. En sentido descendente, se entienden las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, cuando los socios comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre, excluyendo la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821 o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto.

Además, hay una cuestión importante a la que de una lectura rápida de la Directiva no parece serlo, pero que se convierte en fundamental. En el último apartado del preámbulo de la Directiva

[85] Serrano Esteban, A. I.: "Análisis de la Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD) de 24 de abril de 2024", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2024.

[86] Sanguineti Raymond, W.: "La construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas globales del valor", en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.o 61, 2022.

[87] PACTO MUNDIAL RED ESPAÑOLA. https://www.pactomundial.org/leyes-directivas-normativas-sostenibilidad/propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/

se recoge literalmente que "*dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, aprovechar mejor el potencial del mercado único para contribuir a la transición hacia una economía sostenible y contribuir al desarrollo sostenible mediante la prevención y la mitigación de los efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de actividades de las empresas, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que pueden lograrse mejor a escala de la Unión debido a las dimensiones y los efectos de la acción —en particular, a que los problemas abordados por la presente Directiva y sus causas tienen una dimensión transnacional, puesto que muchas empresas operan a escala de la Unión o a escala mundial y las cadenas de valor se extienden a otros Estados miembros y a terceros países, y a que las medidas adoptadas por los distintos Estados miembros corren el riesgo de ser ineficaces y dar lugar a una fragmentación del mercado interior—, la Unión puede adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en ese mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos*". Apartado que verdaderamente toma la decisión, tras las negociaciones oportunos durante la tramitación de la Directiva, de que la transposición de esta en los Estados miembros debe ser "homogénea", incluyéndose así una "*cláusula de mercado único que blinda determinados artículos de la norma para que sean transpuestos de manera homogénea en todos los países*"[88].

Desde el plano laboral téngase en cuenta que la implantación y el desarrollo de la política de diligencia debida debe realizarse previa consulta a los empleados y representantes de la empresa, debiendo contener: en primer lugar, una descripción del enfoque de la empresa respecto a la diligencia debida; en segundo lugar, un código de conducta en el que se describan las normas y los principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, y, cuando sea pertinente, en los socios comerciales directos o indirectos de la empresa; y, en tercer lugar, una descripción de los procesos establecidos para integrar la diligencia debida en las políticas pertinentes y ejercer la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a los socios comerciales.

E, igualmente, de la Directiva también destaca la obligación fundamental de adoptar un plan de transición para luchar contra el cambio climático.

Además, debe tenerse en cuenta que se trata de una Directiva donde las obligaciones normativas que se van a contraer son obligaciones de medios –no de resultados–. La empresa debe adoptar las medidas adecuadas aptas para alcanzar los objetivos de diligencia debida tratando efectivamente los efectos adversos de manera que guarde proporción con el nivel de gravedad y la probabilidad de los efectos adversos. Lo que se pone en relación inmediata con la responsabilidad, pues la responsabilidad no va a ser por cualquier incumplimiento, sino cuando la empresa incumpla las obligaciones de medios acerca de la prevención, eliminación y actuación no diligente.

Como ha sido señalado "*esta legislación supone un cambio radical en la protección de las personas frente a los abusos. Significa que las víctimas de daños a los derechos humanos causados o propiciados por empresas que operan en la UE o por sus proveedores tendrán mayor acceso a un recurso efectivo ante tribunales de Europa. Si se aplica con firmeza, supondrá un avance, por*

[88] Véase, al respecto, la tertulia entre Díez-Ordás, Rosende y Campos en Tertulia de GARRIGUES. Garrigues: tertulia entre Díez-Ordás, Rosende y Campos sobre la Directiva de Diligencia Debida, 2024. Puede visualizarse en el siguiente enlace: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/aprobada-directiva-diligencia-debida-materia-sostenibilidad-comienza-cuenta-atras-empresas

ejemplo, en la prevención del trabajo infantil y el trabajo forzoso, así como en la prevención de los abusos contra los trabajadores que fabrican productos para su venta en la UE"[89].

A efectos laborales, se ha entendido que la Directiva afecta a ocho Derechos humanos que deberán ser respetados, no solo por empresas europeas, sino también por empresas de terceros países con operaciones comerciales en Europa, derechos tales como los siguientes: "*(i) La abolición efectiva del trabajo infantil. (ii) La eliminación del trabajo forzoso en las cadenas mundiales de valor. (iii) El respeto de la libertad sindical y la negociación colectiva en otros países. (iv) La erradicación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. (v) La garantía de un entorno de trabajo seguro y saludable en las cadenas mundiales de suministro. (vi) La limitación del tiempo de trabajo y el respecto a los tiempos de descansos. (vii) El respecto a un salario equitativo. (viii) La abolición del despido libre o no causal*"[90].

Y en la idea de elaborar una política de diligencia debida en materia de Derechos humanos en relación a la dimensión laboral, las empresas deberán dar los siguientes pasos[91]:

"- *Realizar un inventario de los derechos humanos de ámbito laboral y la detención de los efectos adversos reales o potenciales de sus actividades empresariales en su cadena de valor.*

- Identificar un mapa de riesgos de incumplimientos de la directiva europea de diligencia debida en materia de derechos humanos y planificar acciones de control.

- Crear un modelo de gobierno y compliance y un sistema de gestión de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

- Aprobar una política y una estrategia de diligencia debida a nivel mundial, que esté conectada con otras políticas y procesos internos (compliance, asesoría jurídica, relaciones internacionales e informes de sostenibilidad) y garantizar el cumplimiento de la directiva europea y la información a la representación legal de los trabajadores y a las personas trabajadoras de las conductas prohibidas y de los derechos humanos con protección máxima en toda la cadena de valor".

[89] Puede consultarse en: https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/05/europe-new-eu-due-diligence-law-governing-big-business-is-a-landmark-advance-for-human-rights/

[90] De la Torre, C.: "¿Cómo adecuar las relaciones laborales a la nueva Directiva europea sobre la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos?", en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 398, 2024. Sobre el tema del despido, siguiendo una misma construcción doctrinal, se recomienda, encarecidamente, las siguientes lecturas: Guindo Morales, S.: *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2020. Guindo Morales, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020. Guindo Morales, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021. Guindo Morales, S.: "Derecho al trabajo versus libertad de empresa: la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022. Guindo Morales, S.: "Particularidades en las vicisitudes de la relación laboral", *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. Extra 2, 2023 (Ejemplar dedicado a: El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad), pp. 223-252. Guindo Morales, S.: "Sobre la cuantía indemnizatoria del despido a la luz del futuro Estatuto del Trabajo del siglo XXI", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 65, 2023. Guindo Morales, S.: "Tecnología y sostenibilidad de la Seguridad Social", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 6, 2024 (Ejemplar dedicado a: Impacto de la sociedad digital en los sistemas de protección del Estado del Bienestar), pp. 71-91.

[91] De la Torre, C.: "¿Cómo adecuar las relaciones laborales a la nueva Directiva europea sobre la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos?", en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 398, 2024.

Asimismo, se advierte sobre la importancia de la existencia de esta norma sobre diligencia debida en los sistemas pertenecientes al derecho continental europeo, pues "*nuestros tribunales requieren una norma que obligue a implementar un proceso de diligencia debida en derechos humanos para así poder determinar si los daños sufridos por demandantes de terceros Estados, trabajadores de sus filiales o de empresas proveedoras o bien comunidades locales afectadas por los impactos negativos están relacionados con una falta de observancia de esa obligación legal por parte de la empresa principal*"[92]. E, igualmente, advierte del camino moral que la Unión Europea ha seguido a través de un ejemplo que con la nueva norma facilitará mucho el desarrollo del proceso: "*es ilustrativo de cómo una demanda basada en la responsabilidad civil extracontractual de una empresa europea supuso la admisión de competencia territorial por parte de un tribunal europeo para conocer unos hechos acaecidos en una fábrica de su proveedor en Pakistán y unos daños sufridos por trabajadores integrados en su cadena de suministro textil. El acceso a la justicia se produjo. Se reconoció, incluso, derecho a litigar gratuitamente a los demandantes. Y aunque finalmente no se entrara a conocer y resolver el fondo del asunto, nos quedamos con el hito procesal que supuso que unos trabajadores sin relación contractual ni laboral alguna con la mercantil a la que surtía la empresa para la que trabajaban, decidieran, y con éxito en cuanto a la admisión, plantear la demanda frente a la marca de ropa alemana*"[93].

Concluimos destacando que con esta Directiva se pone una importante base que podría ser el nacimiento de un Derecho del Trabajo globalizado y de mínimos, al menos, en la Unión Europea que puede terminar imponiéndose a escala global y mundial vía empresas matrices, grandes empresas o empresas globalizadas (en términos de la Directiva, las "*cadenas de valor mundiales*").

Por último, la pregunta a realizar es evidente: ¿se es consciente de todo lo que implica la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad?

4. BIBLIOGRAFÍA

Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979.

Alonso Ureba, A.: *Elementos de Derecho mercantil I. Introducción (concepto, método y sistema)*, Albacete, Universidad de Castilla La Mancha, 1989.

Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Buenos Aires, FCE, 2003.

Berman, M.: *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, Madrid, Siglo XXI, 1988.

Beck, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización,* Barcelona, Paidós, 1998.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Ed.Paidós, 1998.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

Beinum, H. V.: *La empresa considerada como un sistema socio-técnico abierto*, Barcelona, Escuela Universitaria de Ciencias Empresariales, 1991.

[92] Hernández Peribáñez, M. E.: "La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las victimas a la justicia en Europa", en *Revista española de derecho internacional*, núm. 1, 2024, p. 108.

[93] Hernández Peribáñez, M. E.: "La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las victimas a la justicia en Europa", en *Revista española de derecho internacional*, núm. 1, 2024, p. 109.

Bhidé, A. V.: *Origen y evolución de nuevas empresas*, México, Editorial Oxford University Press, 2000.

Boltanski, L. y Chiapello, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 2002.

Branca, G.: *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, Giuffrè, 1965.

Burawoy, M.: *El consentimiento en la producción. Los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

Camas Rodas, F.: "El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones", en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum,* nº 3, 2022.

Camps Ruiz, L. M.: "El concepto laboral de empresario", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. Tomo I*, Madrid, Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), 1990.

Castells, M. (Dir.): *El desafío tecnológico. España y las nuevas tecnologías,* Madrid, Alianza Editorial, 1986.

Castells, M.: *La era de la información. Vol.1. La sociedad Red*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Chandler, A. J.: *La mano visible: la revolución en la dirección de la empresa norteamericana*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

Coase, R. H.: "La naturaleza de la empresa", en Coase, R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Coriat, B.: *Pensar al revés. Trabajo y organización en la empresa japonesa*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

Cremades Chueca, O.: *Identificación y fundamentos jurídicos de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España*, tesis doctoral dirigida por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, Barcelona, Universidad de Ramón Llull, 2020.

De Gispert Pastor, M. T.: "La empresa en la Constitución española", en AA. VV.: *La empresa en la Constitución española,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 1989.

De la Torre, C.: "¿Cómo adecuar las relaciones laborales a la nueva Directiva europea sobre la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos?", en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 398, 2024.

Desdentado Daroca, E.: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

Desdentado Daroca, E.: "El empresario complejo en la jurisprudencia reciente. En especial, los grupos de empresa", en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019.

Drucker, P. F.: *The age of discontinuity*, Londres, William Heinemann, Ltd, 1969.

Drucker, P. F.: *La sociedad poscapitalista*, Barcelona, Apóstrofe, 1993.

Duque Domíguez, F.: "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas", en AA. VV.: *Homenaje a Roca Sastre*, vol. III, Madrid, Junta de Decano de los Colegios Notariales, 1977.

Durán Ayago, A.: "Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 91-92, 2022.

Fernández Domínguez, J.J.: *De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales. Sobre la evolución de la responsabilidad social empresarial,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2012.

Font Galan, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jimenez Sánchez, G. (coord.), *Derecho Mercantil,* Barcelona, 1992.

Font Galan, J. I.: "La empresa en el Derecho Mercantil", en Jiménez Sánchez, G. L. (Coord.): "*Derecho mercantil*", vol. I, Barcelona, Bosch, 3ª ed., 1995.

Foucault, M.: "La gubernamentalidad", en Foucault, M.: *Espacios de poder*, Madrid, La Piqueta, 1980.

Galgano, F.: *Diritto comerciale. L´imprenditore*, 3.ª edizione, Nicola Zanichelli, Bologna, 1989.

García Callejo, J. M. y González Pino, L.: *Las Agrupaciones de interés económico (española y europea)*, Madrid, Ed. Analíticas Europeas, 1992.

García Quintero, I.: "Diligencia debida, cuando Europa se es fiel a sí misma", en *Grand place: pensamiento y cultura*, núm. 21, 2024.

Garriguers Walker, J.: *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Madrid, Aguilar, 1976.

Garrigues: tertulia entre Díez-Ordás, Rosende y Campos sobre la Directiva de Diligencia Debida, 2024.

Gondra Romero, J. M.: *Derecho mercantil*, tomo I, vol.1, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1992.

Guamán Hernández, A.: "Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", en *Lex social: Revista de Derechos Sociales*, nº 2, 2018.

Guamán Hernández, *A. Diligencia debida en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Guindo Morales, S.: *El despido por circunstancias objetivas. Configuración y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2020.

Guindo Morales, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.

Guindo Morales, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021.

Guindo Morales, S.: "Derecho al trabajo versus libertad de empresa: la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022.

Guindo Morales, S.: "Particularidades en las vicisitudes de la relación laboral", *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. Extra 2, 2023 (Ejemplar dedicado a: El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad).

Guindo Morales, S.: "Sobre la cuantía indemnizatoria del despido a la luz del futuro Estatuto del Trabajo del siglo XXI", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 65, 2023.

Guindo Morales, S.: "Tecnología y sostenibilidad de la Seguridad Social", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 6, 2024 (Ejemplar dedicado a: Impacto de la sociedad digital en los sistemas de protección del Estado del Bienestar).

Harrison, B.: *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, Nueva York, Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, 1994.

Harvey, D.: *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

Hernández Peribáñez, M. E.: "La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las victimas a la justicia en Europa", en *Revista española de derecho internacional*, núm. 1, 2024.

Irti, N.: *La edad de la descodificación,* Barcelona, Bosch, 1992.

Landes, D. S.: *La revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1980.

Lobstein, J.: "Estructura y organización de la empresa", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

Mannheim, K.: *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento,* trad. E. Terrón, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología del conocimiento como sociología crítica: Karl Mannheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2024.

Marx, L. y Scmitch, M. R.: *Historia del determinismo tecnológico*, Madrid, Alianza, 1996.

Mercader Uguina, J. R.: "Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020.

Miranda Serrano, L. M.: *Las concentraciones económicas: derecho europeo y español*, Madrid, Wolters Kluwer, 1994.

Monge Gil, A. L.: *Las Agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993.

Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

Monereo Atienza, C., y Monereo pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Comares, 2014.

Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista de derecho del trabajo,* La Ley-Uruguay, Nº. 15, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. *8*, núm. 1, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Aspectos laborales de los grupos de empresas", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 21, 1985.

Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

Monereo Pérez, J.L.: "Grupos de empresas y subcontratación", en Baylos Grau, A. y Collado García, L. (eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.

Monereo Pérez, J. L.: *Algunas reflexiones críticas sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997.

Monereo Pérez, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario,* Madrid, Civitas, 1994.

Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad,* Madrid, Ibidem, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la "Constitución Social" Europea", en *Comentarios a la Constitución Europea,* Vol. 2., Garrido Mayol, V., García Couso, S., y Álvarez Conde, E. (Coords.), Madrid, Tirant lo Blanch, 2004.

Monereo Pérez, J. L.: "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología (pp. IX a CLII.), estudio preliminar a Weber, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Monereo Pérez, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral,* Granada, Comares, 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del Trabajo", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: "El régimen jurídico de la transmisión de empresa y crisis empresariales", Monereo Pérez, J.L., y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica,* Moreno Vida, M.N., y Triguero Martínez, L.Á. (Coords.), Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica de social de Thorstein Veblen. Sociedad Opulenta y Empresa de Negocios,* Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* Nº. Extra-5, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes)", en Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Para una crítica de las "soluciones" iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo", en *Lan Harremanak*, núm. 20-21, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Nº. 45, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI,* Ponencia general, en *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*,* Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: "La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el derecho del trabajo", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* Nº. 27, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Interpretación del alcance de la excepción establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE: transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial ("pre-pack"')", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023.

Monereo Pérez, J.L.: "El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Subrogación convencional y "despido colectivo de hecho". Precisiones sobre el régimen jurídico integrador de la subrogación empresarial", en *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 4, 2023.

Monereo Pérez, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024.

Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024.

Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 11, 2024.

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., y López Insua, B.M.: "Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", *Revista Gestión y Análisis de Políticas públicas/GAPP*, núm. 22, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. G.: *Los grupos de empresas en el derecho del trabajo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022.

Monereo Pérez, J.L. Y Perán Quesada, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho español,* Madrid, Aranzadi, 1997.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 2024.

Moreno Vida, Mª. N.: "El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018.

Moreno Díaz, J. M.: "Derechos humanos y diligencia debida en las empresas multinacionales en la Unión Europea", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024.

Moreno Vida, Mª. N.: "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019.

Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente,* Murcia, Laborum, 2024.

Ortega Lozano, P. G.: "Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en *Revista de información laboral*, núm. 5, 2018.

Ortega Lozano, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: Causali e costi*, Milano, Cedam, 2 021.

Ortega Lozano, P. G.: *Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Granada, Comares, 2022.

Ortega Lozano, P. G.: *La subrogación de los trabajadores en la transmisión de empresas*, Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros, Dykinson, 2023.

Ortega Lozano, P. G.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.

Palomeque López, M. C.: "Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes", en *REDT*, núm. 2, 1980.

Pau Pedrón, A. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, 1992.

Piore, M. J. y Sabel, C. F.: *La segunda revolución industrial*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.

Pla Rodríguez, A.: "Los grupos de empresas", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 6, 1981.

Posner, R. A.: *El análisis económico del Derecho,* México, FCE, 1998.

Postman, N.: *Technopoly. The Surrender of Cultura to Technology,* Nueva York, Vintage Books, 1992.

Recalde castells, A.: "La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre 'diligencia debida' – due diligence – en materia de sostenibilidad", en Peñas Moyano, M.J. (coord.): *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal: libro en homenaje al Profesor Jesús Quijano González*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2023.

Rubio Llorente, F.: "Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.).: "*La reforma del mercado de trabajo*", Burgos, 1993.

Reich, R. B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI,* Madrid, Vergara, 1993.

Reynaud, J. D.: "Estructura y organización de la empresa II", en Friedmann, G. y Naville, P.: *Tratado de sociología del trabajo*, tomo II, México D.F., 1971.

Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, edición y Estudio preliminar, «La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Rubio Llorente, F.: "Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.): "*La reforma del mercado de trabajo*", Burgos, 1993.

Ruffolo, G.: *La grande impresa nella società moderna,* Turín, Giulio Einaudi editore, 1973.

Sacristán Represa, M.: "La Agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)", en AA. VV.: *La reforma del Derecho del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987.

Sanguineti Raymond, W.: "La construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas globales del valor", en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.o 61, 2022.

Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo: la génesis de un estatuto para el trabajo global*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2022.

Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. (Coords.): *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor,* Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

Sánchez Miguel, M. C.: "Los grupos de sociedades: un acercamiento a su conceptualización desde la perspectiva del derecho español y el derecho comunitario", en Baylos Grau, A. y Collado García, L. (eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.

Salento, A.: *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d impresa e crisi del diritto del lavoro*, Milán, Franco Angeli, 2008.

Serrano Esteban, A. I.: "Análisis de la Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD) de 24 de abril de 2024", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2024.

Sepúlveda Gómez, M.: "La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en Derechos Humanos y Medio Ambiente", en *Revista Temas Laborales*, núm. 168, 2023.

Simó Santonja, V.: *Las nuevas potestades económicas. Empresas multinacionales, internacionales y Derecho comunitario,* Madrid, Tecnos, 1976.

Sousa Franco, A.: "El principio de la libertad de empresa en la Constitución portuguesa", en Borrajo Dacruz, E. (Dir.) *et al*: *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Ed. Actualidad, 1993.

Tamames, R.: *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Tecnos, 1970.

Tapia Hermida, A. J.: "La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad", en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 193-194, 2023.

Ulrich, H.: *La empresa como sistema social productivo. Fundamentos de la teoría general de la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.

Vardaro, G.: "Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali", en *GDLRI*, núm. 38, 1988.

Vázquez Mateo, F.: "Grupo de empresas y derecho individual de trabajo (Introducción al "Derecho de Trabajo de la concentración")", en *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985.

Weber, M.: *Historia económica general*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

Weber, M.: "La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales", en Weber, M.: *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Península, 1974.

Williamson, O. E.: *Las instituciones económicas del capitalismo,* México, FCE, 1989.

Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo
Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 99-124

Evolución y efectividad de la renta mínima en España. Un análisis jurídico y social[1]

Evolution and effectiveness of minimum income in Spain. A legal and social analysis

Marina Fernández Ramírez *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga
mfernander@uma.es
https://orcid.org/0000-0001-7553-1234

Sumario

1. PLANTEAMIENTO GENERAL
2. EL IMPULSO NORMATIVO Y PROGRAMÁTICO EUROPEO PARA LA CREACIÓN DE SOCIEDADES MÁS INCLUSIVAS, JUSTAS Y EQUITATIVAS
3. MARCO SOCIOLABORAL DE LA RENTA MÍNIMA EN ESPAÑA
   3.1. Ordenación normativa
   3.2. La RMI en las Comunidades Autónomas
   3.3. Situación actual del IMV
4. LA RECIENTE RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO EUROPEO SOBRE UNA RENTA MÍNIMA ADECUADA
5. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS ***DE LEGE FERENDA***
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

[1] Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:
- Proyecto de Investigación "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, (Ref. UMA18 FEDERJA 028).
- Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía, "Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social", (SEJ 347).
- Proyecto de Investigación "Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores" (Ref. D5-2022_06).
- Proyecto de Investigación "Descarbonización relaciones jurídicas de producción: política y acuerdos de transición justa en un contexto digital" (Ref. PID2021-124031NB-C44).
- Proyecto de Investigación "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación de fondos FEDER, (Ref. UMA18 FEDERJA 028).
- Proyecto de Investigación Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (Ref. D5-2022_06); Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), "Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social".

Fecha Recepción: 19/10/2024
Fecha Revisión: 09/11/2024
Fecha Aceptación: 04/12/2024

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «Evolución y efectividad de la renta mínima en España. Un análisis jurídico y social». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 99-124.

Resumen

Los esquemas de rentas mínimas son objeto de un creciente interés académico y político, al ser entendidos como una medida clave en la lucha contra la pobreza y la exclusión. En España, la Renta Mínima Vital (RMV) como prestación económica destinada a garantizar un nivel mínimo de ingresos a las personas y familias en situación de vulnerabilidad económica, ha supuesto un paso significativo en la política social del país. Sin embargo, su implementación también ha enfrentado desafíos, tales como la necesidad de mejorar la información y el acceso a la prestación, efectividad, impacto en el empleo, sostenibilidad financiera así como la evaluación de su incidencia en la reducción de la pobreza. Todo ello, en el marco de un debate que refleja la complejidad de abordar la pobreza y la inclusión social en el país. Precisamente, el presente trabajo pivota en torno al análisis crítico de esta figura, su ordenación jurídica, fisuras y potenciales mejoras.

Palabras clave

Renta mínima; ingreso garantizado; vulnerabilidad económica; vida digna; impacto.

Abstract

Minimum income schemes are the subject of growing academic and political interest, as they are seen as a key measure in the fight against poverty and exclusion. In Spain, the Renta Mínima Vital (RMV) as an economic benefit aimed at guaranteeing a minimum level of income to economically vulnerable individuals and families, has been a significant step in the country's social policy. However, its implementation has also faced challenges, such as the need to improve information and access to the benefit, its effectiveness, its impact on employment, its financial sustainability and the evaluation of its impact on poverty reduction. All this, in the context of a debate that reflects the complexity of tackling poverty and social inclusion in the country. This paper focuses on the critical analysis of this figure, its legal organisation, fissures and potential improvements.

Keywords

Minimum income; guaranteed income; economic vulnerability; dignified life; impact.

"....alguien que se muere de hambre no puede ser libre....Considerando que la libertad está profundamente ligada a la capacidad de tomar decisiones,incluidas las laborales, la falta de opciones puede convertir cualquier intento de libertad en una mera ilusión"

PHILIPE VAN PARIJS y YANICK VANDERBORGHT[2]

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La desregulación de las relaciones laborales en medio de un mercado laboral en profunda transformación, como consecuencia de la acción conjunta de dos vectores de gran fuerza —la globalización de la economía y la intensa revolución tecnológica impulsada por la digitalización—, ha hecho surgir en los países desarrollados un fenómeno impensable hace algunas décadas: los trabajadores pobres[3]. Tanto la pobreza como la exclusión social son fenómenos multidimensionales[4], y un determinado nivel de pobreza en una sociedad puede deberse a una multiplicidad de factores, no todos los cuales dependen directamente de decisiones políticas (o de su ausencia).

Aquellas personas que, por diversas razones (edad, enfermedad o discapacidad, carencia de habilidades profesionales, etc.), no consiguen obtener en el mercado los recursos necesarios para vivir, acaban siendo económicamente dependientes de la ayuda de la familia, parientes, vecinos, la caridad o las organizaciones de bienestar y, cada vez más, del Estado[5]. Y, aunque son muchas las políticas que pueden tener un efecto importante sobre las tasas de pobreza de un país, hace tiempo que sabemos que los programas de prestaciones en dinero tienen un papel fundamental en combatir la pobreza, tanto en países avanzados como en desarrollo[6]. A ello obedece el que, los esquemas de rentas mínimas, sean objeto de un creciente interés académico y político, al ser entendidos como una medida clave en la lucha contra la pobreza y la exclusión social[7].

Conviene señalar desde este momento que nos referimos a lo mismo cuando hablamos de renta mínima (RM), ingreso mínimo vital (IMV) o renta de inclusión o inserción social, es decir, aludimos a una medida de protección social que garantiza que la población cuente con los recursos e ingresos suficientes para tener una vida digna. Por tanto, es una prestación subsidiaria para las personas que no dispongan de un mínimo de ingresos necesarios que les permita acceder a bienes y servicios indispensables.

Ahora bien, no hay que confundir esta ayuda con la renta básica universal (RBU), pues, aunque también la financia el Estado, ésta última es una prestación a la que accederían todos los

---

[2] VAN PARIJS, P. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, ed. Grano de Sal, 2017, p. 6.

[3] SEVILLA SEGURA, J.: *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, Observatorio Social de la Fundación "la Caixa", sept-2019, p. 5.

[4] PRIETO, A., GONZÁLEZ, Y., GARCÍA C.: "La pobreza en España desde una perspectiva multidimensional". *Revista de economía aplicada*, 70, 77-110; EUROSTAT (2020). Estadísticas sobre pobreza de ingresos. Statistics Explained.

[5] MINGIONE, E., BENASSI, D.: "El modelo de bienestar en la Europa del Sur y la lucha contra la pobreza y la exclusión social", *Panorama Social*, Número 29, primer semestre, 2019, p. 9.

[6] NOGUERA, J. A.: "Las rentas mínimas autonómicas en España: balance y retos de futuro", *Observatorio Social de la Fundación "la Caixa"*, sept-2019, p. 41; ESTEPA MAESTRE, F. y BARRERA ALGARÍN, E., "Renta Mínima de Inserción (RMI) versus Rendimiento Social de Inserción (RSI): España y Portugal", *Revista Prisma Social*, (39), 2022, pp. 262–288.

[7] PERIS-CANCIO, LL. F.: "Los esquemas de rentas mínimas en Europa y el Ingreso Mínimo Vital (IMV)", *Revista Española de Sociología* (RES) / Spanish Journal of Sociology / (doi:10.22325/fes/res.2021.45), Vol. 30, Nº. 2, 2021 (Ejemplar dedicado a: Monográfico de Cuidados, sección especial dedicada a Erik Olin Wright, debate sobre Ingreso Mínimo Vital, más artículos de miscelánea y reseñas), p. 2.

ciudadanos, no solo aquellos en situación de vulnerabilidad[8]. A diferencia de las rentas mínimas gestionadas por las CC.AA.[9] y de la renta mínima de emergencia planteada por el Gobierno durante la crisis COVID, la renta básica es "*un ingreso pagado por el Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro en pleno derecho o residente de la sociedad*". En este sentido, la RBU no tendría en cuenta las condiciones del ciudadano o las personas que conviven en el hogar (uno de los requisitos de la RM), dado que se trata de una asignación económica pública e incondicional a toda la población[10]. En síntesis, el acceso a la RM requiere de una serie de condiciones, mientras que la RB, como su propia denominación indica, es universal.

La emergencia sanitaria del coronavirus y la crisis social y económica que ha traído consigo para buena parte de la población, provocó que Gobierno introdujera una serie de medidas de protección social, incluido un IMV para los hogares más vulnerables. En concreto, esta prestación económica está destinada a los hogares más desfavorecidos y perjudicados por la emergencia sanitaria, pero la cuantía se define dependiendo de cada circunstancia y teniendo en cuenta una serie de requisitos como la renta, el patrimonio y el número de personas que residen en el hogar[11].

El debate sobre si es positivo ofrecer rentas a los ciudadanos o no, tiene mucho recorrido. Aunque hace tiempo que la idea de una RM para todos irrumpió en los debates políticos, a día de hoy apenas hay precedentes y aunque todos hayan tenido un efecto positivo, su particular naturaleza hace que no se puedan sacar conclusiones realmente pertinentes. No obstante, durante muchos años se han implementado diferentes tipos de rentas, algunas de las cuales han servido como experimento social. Finlandia[12], por ejemplo, hizo un proyecto piloto con 2.000 desempleados con edades comprendidas entre los 25 y los 58 años. Proyectos similares, también se han llevado o se están llevando a cabo en Alaska[13], Canadá[14] o en Holanda. El fin de estas ayudas arrojó conclusiones poco esclarecedoras: los beneficiarios mejoraron en salud y en bienestar, pero la renta no contribuyó a la mejora de su situación laboral.

Sin embargo, el compromiso adquirido en el año 2000 por la comunidad internacional de "*no escatimar esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema*" permitió, en apenas quince años, que más de mil millones de personas dejaran de contabilizarse en esa estadística (es decir, que superaran el umbral de 1,25 dólares por día). Impulsados por esta gesta y confiados en que el reto es asequible, el primero de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)[15] contempla el fin de la pobreza extrema en 2030, figurando entre las más importantes conquistas de la humanidad (ODS-1)[16]. Más en concreto,

[8] *Cfr*. Monereo Pérez, J. L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Bomarzo, 2018.

[9] Villar Cañada, I. M., Vila Tierno, F.: *Renta mínima y democracia sustantiva de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"*, Universidad de Jaén, 2021.

[10] Lozano Lares, F., Ordóñez Casado, I.: "La Renta Básica Universal. elementos para su conceptualización y distinción de otras figuras", *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, Nº 38, 2020, pp. 155-170.

[11] En esta línea y como medidas similares a la de la renta mínima, Estados Unidos ofrece a las familias cheques de unos 1.100 euros por persona más unos 460 euros por hijo menor. Brasil, por su parte, entregará unos 108 euros a cada brasileño mayor de 18 años, que puede duplicarse en caso de ser una familia monoparental y en Singapur, se entregarán unos 71 euros a la semana a todos los ciudadanos, incluyendo niños y jubilados.

[12] Cada mes, entre 2017 y 2018, se entregó a estos ciudadanos 560 euros. Con este proyecto, se buscaban pistas sobre cómo deberían ser las ayudas sociales en esta época de digitalización, pero también de cómo incentivar la búsqueda de empleo y cómo reducir la burocracia.

[13] Donde desde 1982 el Gobierno ha llegado a otorgar hasta 1.800 euros anuales a cada ciudadano.

[14] En la provincia canadiense de Manitoba, donde también se puso en marcha esta ayuda entre 1974 y 1979, con efectos parecidos a los vistos en Finlandia.

[15] Proclamados el 25 de septiembre por la Asamblea General de la ONU, en su "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible".

[16] Talavera Fernández, P.: "Hacia el fin de la pobreza del paradigma monetarista al enfoque de derechos humanos", *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 17, noviembre de 2019, p. 133.

este primer objetivo pretende: "*Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo para el año 2030"*. Sus predecesores, los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), asumidos por todos los líderes del mundo en el año 2000, generaron una movilización global sin precedentes por la que (según datos de la propia ONU) consiguió reducir los 1.900 millones de personas que, en 1990, vivían en situación de pobreza extrema, a 836 millones en 2015 (ODM-4).

En Europa, uno de los fines de la Seguridad Social que ya fue descrito por Beveridge es garantizar unos ingresos mínimos a cualquier persona, objetivo asumido entre los valores sociopolíticos que impregnan tanto las políticas de los Estados miembros como la de la propia Unión Europea (UE)[17]. De hecho, el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[18] dispone que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea[19] y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989)[20], deben tener como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo; hay que conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

En este contexto, la RM es considerada una herramienta fundamental para promover la inclusión e impulsar la lucha contra la pobreza y la exclusión social. El propio Parlamento Europeo es quien anima a los Estados miembros a implementar el derecho a un sistema de RM entendida como una estrategia dirigida no solo a aliviar situaciones de precariedad, sino también a prevenir escenarios de pobreza y fragilidad social en el futuro[21]. En rigor, la RM existe hoy en todos los Estados miembros, pero varía considerablemente su adecuación, alcance y eficacia en el apoyo a las personas[22]. Por ello, la propuesta de Recomendación del Consejo sobre una RM que procure la inclusión activa[23], ofrece orientaciones claras a los Estados miembros sobre cómo garantizar que sus regímenes de RM sean eficaces para luchar contra la pobreza y promover la inclusión activa en la sociedad y en los mercados de trabajo. Además, establece la manera en la que los Estados miembros pueden modernizar sus regímenes de RM para hacerlos más eficaces, de modo que saquen a las personas de la pobreza y se promueva al mismo tiempo la integración en el mercado laboral de aquéllos que pueden trabajar. A saber:

— Trabajar para que las ayudas a la renta sean más adecuadas.

— Mejorar la cobertura de la RM y su percepción por parte de los beneficiarios potenciales.

[17] Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, p. 630. (https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5974).

[18] Documento (2016/C 202/01). Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, C 83/49.

[19] Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, entrando en vigor, inicialmente, el 26 de febrero de 1965.

[20] De 9 de diciembre de 1989; *vid*. Monereo Pérez, J. L.: "La Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", en AA.VV.: *Autonomía colectiva y autonomía individual; La dimensión social del Mercado Único Europeo* / coord. por M. F. Fernández López, 1992, pp. 261-326.

[21] Bergantiños, N., Font, R., Bacigalupe, A.: "Las rentas mínimas de inserción en época de crisis. ¿Existen diferencias en la respuesta de las comunidades autónomas?, *Papers*, 2017, 102/3, (http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2315), p. 402.

[22] *Vid.* Berenguer, A.: "Desde Stockton hasta Chicago y Nueva York: otros laboratorios de renta básica", incluido en el estudio del Observatorio Social de La Caixa, *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, 2029, pp. 26-39.

[23] Recomendación del Consejo, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa. (2023/C 41/01). Publicado en el DOUE núm. 41, de 3 de febrero de 2023.

— Mejorar el acceso a mercados laborales inclusivos.

— Ofrecer un apoyo personalizado.

El concepto de una Europa social fuerte se basa en las personas y en su bienestar. Europa alberga las sociedades más igualitarias del mundo, los más altos estándares en condiciones laborales y una amplia protección social. La sostenibilidad competitiva[24] se encuentra en el centro de la economía social de mercado europea, con el objetivo de alcanzar un modelo de crecimiento sostenible e integrador que ofrezca lo mejor tanto a las personas como al planeta. La resiliencia social y económica de Europa depende de este modelo único[25]. Los europeos valoran este modelo social y económico único y esperan que brinde oportunidades para todos, independientemente del género, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. La UE aspira a cumplir la promesa de una prosperidad compartida tal y como recoge el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) y proclamaron en 2017 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

En concreto, el Pilar establece 20 principios y derechos fundamentales esenciales que determinan el enfoque del nuevo "código normativo social"[26], mientras que, el principio 14, se refiere al derecho a recibir una RM adecuada. Pensemos que, en 2021, una de cada cinco personas —94,5 millones de personas en total— se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social en la UE. Aquí, las redes de Seguridad Social desempeñan un papel fundamental a la hora de apoyar a estas personas y ayudarlas a (re)incorporarse al mercado laboral si es posible.

Ahora bien, se necesitan sistemas de protección social más eficaces ya que alrededor del 20% de las personas sin empleo y en riesgo de pobreza, no pueden optar a ninguna prestación económica de renta y se calcula que, del 30 al 50 % de la población potencialmente beneficiaria, no recibe prestaciones de RM. Tras una fuerte recuperación socioeconómica desde la pandemia, los principios del Pilar siguen siendo muy pertinentes en el contexto actual, en el que muchos hogares tienen dificultades para llegar a fin de mes con motivo del aumento exacerbado de los precios por la invasión rusa de Ucrania.

Recientemente, se ha celebrado el quinto aniversario del PEDS en el primer Foro Europeo de Empleo y Derechos Sociales[27], haciendo balance de los progresos realizados y con la mirada puesta en lo que está por venir. Desde entonces, los dirigentes de la UE, los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil han reafirmado este compromiso en la Cumbre Social de Oporto de 2021[28]. En tal contexto, la Comisión ha presentado más de 130 iniciativas para poner en práctica el Pilar en los Estados miembros y lograr una Europa justa y equitativa, promover la inclusión social y el empleo y procurar que nadie en la sociedad se quede atrás. Estas iniciativas tratan temas como la transparencia e igualdad retributiva entre mujeres y hombres, salarios mínimos e inversión en capacidades, pero también la lucha contra la pobreza infantil, las rentas mínimas y la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

[24] Tal como se indica en la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021 [COM(2020) 575 final].

[25] COM(2020) 493 final, de 9 de septiembre de 2020.

[26] *Cfr*. Cairós Barreto, D. M.: "El futuro de Europa y su nuevo 'código normativo social': el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad* y *relaciones laborales*, Nº. 82, 2021.

[27] Los días 16 y 17 de noviembre de 2022, la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea organizó en Bruselas su primer evento anual emblemático, el Foro Europeo de Empleo y Derechos Sociales. Los días 16 y 17 de noviembre de 2023, la Dirección General de Empleo, Social Affairs e Inclusión de la Comisión Europea organiza la segunda edición.

[28] Declaraciones del Consejo y de la Comisión: Seguimiento de la Cumbre Social de Oporto del 7 de mayo de 2021 (2021/2714-RSP-).

Asimismo, en marzo de 2021, la Comisión presentó el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuya misión es convertir los principios en acciones concretas en beneficio de los ciudadanos. También propone objetivos generales para alcanzar en 2030. Debe tenerse en cuenta que la estrategia del PEDS es una responsabilidad compartida por las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil. A día de hoy, la Comisión ya ha adoptado o puesto en marcha la gran mayoría de las medidas establecidas en el Plan.

Los gobiernos de la UE han refrendado, además, los objetivos sociales de la Estrategia Europa 2030[29] incluidos en el Plan de Acción del PEDS y han presentado sus contribuciones nacionales para alcanzar tales propósitos. Combinados, los compromisos de los Estados miembros encaminan con paso seguro a la UE hacia la consecución o, incluso, la superación de los retos a escala que se han previsto. Los objetivos nacionales son el resultado de un intenso proceso de consulta llevado a cabo por los Estados miembros, y que incluyó consultas internas clave con los interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales y autoridades locales.

En el ámbito de la UE, los tres desafíos que deben alcanzarse de aquí a 2030, son los siguientes:

— Lograr que al menos el 78 % de la población de entre 20 y 64 años tenga trabajo.

— Lograr que al menos el 60 % de los adultos participe en actividades de formación cada año.

— Lograr que el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social se reduzca en al menos 15 millones, de las que al menos 5 millones sean niños, en comparación con 2019.

En España, la Renta Mínima Vital (RMV) como prestación económica destinada a garantizar un nivel mínimo de ingresos a las personas y familias en situación de vulnerabilidad económica, ha supuesto un paso significativo en la política social del país, especialmente, en el contexto de la crisis económica exacerbada por la COVID-19. Ha permitido a miles de hogares afrontar dificultades económicas y ha servido como un salvavidas para aquellos en situación de mayor vulnerabilidad. Es más, existe un interés particular, como país, en que la RMV se consolide de facto como un auténtico derecho subjetivo de la ciudadanía[30].

Ahora bien, su implementación también se ha enfrentado y encara retos, tales como la necesidad de mejorar la información y el acceso a la prestación, efectividad, impacto en el empleo, sostenibilidad financiera así como la evaluación de su incidencia en la reducción de la pobreza. Todo ello, en el marco de un debate que refleja la complejidad de abordar la pobreza y la inclusión social en el país y, en esa medida, la consecución de una sociedad más cohesionada y solidaria y una mayor estabilidad económica. En fin, razones más que suficientes para que un análisis crítico de esta figura en torno a su ordenación jurídica, fisuras y potenciales mejoras, vertebren el cometido del presente trabajo.

[29] "Proyecto Europa 2030. Retos y oportunidades". Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030; mayo 2010.

[30] Monereo Pérez, J. L., "El Derecho social al ingreso mínimo vital", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.158/2021, pp. 45-117.

2. EL IMPULSO NORMATIVO Y PROGRAMÁTICO EUROPEO PARA LA CREACIÓN DE SOCIEDADES MÁS INCLUSIVAS, JUSTAS Y EQUITATIVAS

Como ya hemos referido, Europa alberga las sociedades más igualitarias del mundo, cumple los más altos estándares en cuanto a condiciones laborales y ofrece una amplia protección social. En este contexto se inserta la necesidad de una renta mínima adecuada y accesible, en tanto que diseñada para proporcionar un ingreso básico a las personas y familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad, ayudando a cubrir sus necesidades esenciales y garantizando un nivel de vida digno. Esta figura, ha sido respaldada por normativas diversas y documentos de la UE, con la finalidad de contribuir a promover un enfoque coordinado a nivel europeo y facilitar la implementación de políticas efectivas así como el intercambio de mejores prácticas entre los Estados miembros.

Entre los instrumentos más relevantes a estos efectos se incluyen:

— *Carta Social Europea (CSE)*. Adoptada en 1961[31] y revisada en 1996, la CSE establece derechos sociales y laborales fundamentales, incluyendo el derecho a la protección social y el acceso a un nivel de vida adecuado. Su artículo 30 establece el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social. Asimismo, la Carta incluye una serie de derechos relacionados con la educación, la salud, la vivienda, el trabajo y la protección social, que son esenciales para la inclusión activa. Se establecen principios para asegurar que todas las personas tengan acceso a un nivel de vida adecuado y promueve la participación activa de todos los ciudadanos en la vida social y económica, fomentando una ciudadanía activa y comprometida. Además, establece el derecho a una protección social suficiente, que incluye medidas como pensiones y prestaciones por desempleo contribuyendo, por tanto, a la creación de sistemas de ingresos mínimos adecuados.

  Su importancia radica en ser un pilar clave para la protección de los derechos sociales en Europa, estableciendo estándares que los Estados miembros deben cumplir como garantía del bienestar y dignidad de sus ciudadanos[32].

— *Recomendación del Consejo de la Unión Europea sobre la inclusión activa*. Adoptada por Consejo de la UE el 23 de abril de 2008, promueve un enfoque integrado para la inclusión social, que incluye el acceso a ingresos adecuados, empleo y servicios sociales. La recomendación sugiere que los Estados miembros deben garantizar un ingreso mínimo que permita a las personas vivir con dignidad y aboga por un enfoque que combine políticas de ingresos adecuados, empleo y acceso a servicios de calidad, asegurando que todas las personas tengan la oportunidad de participar plenamente en la sociedad. Se enfatiza la importancia de proporcionar un nivel mínimo de ingresos que permita a las personas vivir con dignidad y evitar la pobreza. Y se busca promover el acceso al empleo y la formación, asegurando que las personas en situación de exclusión social puedan encontrar y mantener un trabajo sostenible. Este marco también se alinea con los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que busca garantizar derechos sociales fundamentales para todos los ciudadanos de la UE.

  Recientemente, ha sido aprobado el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo relativo a la "Propuesta de Recomendación del Consejo sobre una renta mínima adecuada

[31] Turín, 18 de octubre de 1961.Instrumento de Ratificación en España de 29 de abril de 1980.

[32] *Cfr*. Canosa Usera, R., "La interpretación de la Carta Social Europea", en AA.VV.: *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección* / Canosa Usera, R.L. y Carmona Cuenca, E. (ed. lit.), Tirant lo Blanch, 2024, pp. 49-87.

que procure la inclusión activa"[33], que actúa como documento clave para guiar a los Estados miembros en la implementación de rentas mínimas adecuadas, promoviendo la inclusión activa y la cohesión social y fortaleciendo la respuesta de la UE ante los desafíos sociales contemporáneos.

— *Estrategia Europa 2020*. Se lanzó en 2010[34] siendo su finalidad promover un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo en Europa. Incluye metas específicas sobre la reducción de la pobreza y la exclusión social. Dentro de este marco, la inclusión activa juega un papel fundamental en la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Precisamente, entre sus objetivos se encuentran los de fomentar una economía basada en el conocimiento y la innovación, promover una economía más eficiente en el uso de los recursos y competitiva y asegurar que todos los ciudadanos se beneficien del crecimiento económico y que se reduzcan la pobreza y las desigualdades. En este último aspecto, su propósito era reducir el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social en al menos 20 millones para 2020.

— *Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS)*. Presentado en 2017[35], y que, como se ha comentado *supra*, persigue garantizar que todos los ciudadanos de la UE disfruten de condiciones de vida y trabajo justas y equitativas, promoviendo la inclusión social, fomentando el empleo sostenible y mejorando la protección social. Establece el derecho a servicios de bienestar y a la protección social adecuada así como principios y derechos fundamentales para garantizar el bienestar social que respaldan la necesidad de una renta mínima.

  Puede decirse que es un marco esencial en este andamiaje normativo y programático, en tanto que pretende construir una Europa más inclusiva y equitativa centrándose para ello en la implementación de derechos sociales y laborales[36]. En este sentido, queremos destacar algunos ejemplos de iniciativas adoptadas para poner en práctica el PEDS de acuerdo a su capítulo de inclusión social y lucha contra la pobreza:

  • *Propuesta de la Comisión de una Garantía Infantil Europea(2021)*[37], para ofrecer a los niños en riesgo de pobreza o exclusión social un acceso libre y efectivo a servicios clave. Se enmarca dentro de una perspectiva más amplia de derechos de la infancia siendo uno de los instrumentos principales de la Estrategia Europea de Derechos de la Infancia y del Plan de Acción del PEDS.

[33] [COM(2022) 490 final — final 2022/0299 (NLE)]. (2023/C 184/12).

[34] Fue presentada el 3 de marzo de 2010 por la Comisión Europea. Se recogió en un documento que establece una serie de objetivos y metas para fomentar un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo en la Unión Europea. La estrategia se enmarca en el contexto de la Agenda de Lisboa y tiene como objetivo abordar los desafíos económicos y sociales que enfrenta la UE. *Cfr*. Matía Gallo, N.: "Estrategia Europa 2020. La estrategia europea para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", *Derecho y Cambio Social*, Año 12, Nº. 41, 2015, pp. 1-17.

[35] Documento 52017DC0250. Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. COM/2017/0250 final.

[36] Ramos Quintana, M. I.: "El pilar europeo de derechos sociales. La nueva dimensión social europea", *Revista de derecho social*, Nº 77, 2017, pp. 19-42.

[37] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia", Bruselas, 24.3.202, COM/2021/142 final.

- *Plataforma Europea para Combatir el Sinhogarismo(2021)*[38], que reúne a los Estados miembros, las ciudades y la sociedad civil para facilitar el aprendizaje mutuo, mejorar los datos y el seguimiento, y reforzar la cooperación con el fin de combatir el sinhogarismo en toda la UE.

- *Propuesta de Recomendación del Consejo sobre una renta mínima que procure la inclusión activa (2022)*[39], que precede a la Recomendación del Consejo de la Unión Europea sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa adoptada en 2023, e insta a los Estados miembros a modernizar sus regímenes de renta mínima para hacerlos más eficaces, de modo que saquen a las personas de la pobreza y se promueva al mismo tiempo la integración en el mercado laboral de aquellos que pueden trabajar.

- *Estrategia Europea de Cuidados (2022)*[40], para mejorar la situación, especialmente, de las mujeres y las personas del sector asistencial, garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la UE y mejorar la situación tanto de quienes reciben los cuidados como de los cuidadores. En ella se incluyen propuestas de Recomendaciones del Consejo relativas a la revisión de los objetivos de Barcelona sobre los servicios de educación y cuidados de la primera infancia y al acceso a unos cuidados de larga duración asequibles y de alta calidad.

Por último, mencionar que la UE tiene en cuenta la financiación para poner en práctica el PEDS, en particular en el marco del Fondo Social Europeo Plus (FSE+)[41], que financia proyectos que promueven la inclusión social, luchando contra la pobreza e invirtiendo en las personas, como, en el marco de otros fondos de la política de la cohesión, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) e InvestEU[42].

— *Plan de Acción de la Comisión Europea para el Pilar Europeo de Derechos Sociales*. Presentado en 2021[43], es una iniciativa clave destinada a poner en práctica los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Su objetivo es promover la inclusión social, reducir la pobreza y garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a derechos básicos y a una calidad de vida digna. Igualmente, también persigue mejorar las condiciones laborales y garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, incluyendo un salario mínimo adecuado y acceso a servicios de sanidad. Entre sus acciones específicas se encuentra el establecimiento de una renta mínima adecuada, promoviendo que los sistemas de ingresos mínimos de los estados miembros sean suficientes para cubrir necesidades básicas y combatir la pobreza.

[38] "Governance, work programme and way forward for the European Platform on Combating Homelessness 2022-2024". La Plataforma se puso en marcha en junio de 2021 a través de la "Declaración de Lisboa".

[39] Bruselas, 28.9.2022. COM(2022) 490 final 2022/0299 (NLE).

[40] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. sobre la estrategia europea en materia de cuidados. COM/2022/440 final.

[41] Principal instrumento de la UE para invertir en las personas. Con un presupuesto total de casi 99.300 millones de euros para el período 2021-2027, el FSE+ seguirá aportando una importante contribución a la política laboral, social, educativa y de formación de la UE, incluidas las reformas estructurales en estos ámbitos.

[42] Ambos son iniciativas de la UE diseñados para abordar los desafíos económicos y sociales, especialmente en el contexto de la recuperación tras la pandemia de la COVID-19 y para fomentar la inversión en la economía europea.

[43] COM/2021/102 Final Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

— *Directiva sobre el derecho a un salario mínimo adecuado*[44]. En 2022, la Comisión Europea propuso una directiva que tiene como propósito garantizar que todos los trabajadores en la UE tengan acceso a un salario mínimo adecuado, lo que se considera un paso hacia una mayor seguridad económica y social. Contribuye a reducir la pobreza laboral al garantizar que los salarios mínimos estén por encima del umbral de pobreza ayudando a los trabajadores a mantener un nivel de vida adecuado. Establecer un salario mínimo adecuado ayuda a cerrar la brecha salarial y a combatir la desigualdad, promoviendo una mayor equidad en el mercado laboral[45]. En relación a las rentas mínimas, la directiva enfatiza la importancia de que los salarios mínimos se alineen con el costo de la vida y las condiciones sociales en cada país. La idea es que tanto los salarios mínimos como las rentas mínimas trabajen juntos para asegurar un nivel de vida adecuado y combatir la pobreza.

3. MARCO SOCIOLABORAL DE LA RENTA MÍNIMA EN ESPAÑA

La desigualdad en España se cronifica desde la última recesión económica de 2008. A la altura del año 2019, justo antes del comienzo de la crisis sanitaria provocada por la COVID, España ya era uno de los países europeos con mayor desigualdad de rentas[46]. En febrero de 2020, la Comisión Europea publicaba que la tasa de riesgo de pobreza en nuestro país estaba 4,4 puntos porcentuales por encima de la media de Europa y las desigualdades en la renta disponible seguían siendo de las mayores de la UE[47]. Si bien, especialmente preocupante es el dato de que, entre la población activa española, la proporción de personas con empleo que están en riesgo de pobreza se sitúa en 3,4 puntos porcentuales por encima de la media de la UE[48].

Nuestro país sigue siendo el cuarto más desigual de su entorno y ni el empleo ni la protección social han logrado la reducción de la pobreza y la redistribución de ingresos. Además, España es el segundo país europeo en el que la distancia entre ricos y personas empobrecidas ha aumentado más[49]. Las causas de la desigualdad de rentas son diversas; de un lado, los elevados niveles de desempleo (especialmente tecnológico) y de precariedad laboral[50]; de otro, un sector público que redistribuye la riqueza menos de lo que debería[51].

[44] Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. DOUE núm. 275, de 25 de octubre de 2022. DOUE-L-2022-81556.

[45] *Cfr.* Román Vaca, E.: "Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.168/2023. pp. 277-292.

[46] Bandrés Moliné, E.: "Dimensiones de la desigualdad: España en contexto", *Panorama Social*, Número 37, primer semestre, 2023, p. 53.

[47] Red Europea de Lucha Contra la Pobreza y la Exclusión Social. "El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza en España 2008-2020", 11º informe Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (EAPN-ES), 2021.

[48] Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre España 2020 que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo. Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) nº 1176/2011. Bruselas. 26.2.2020 SWD (2020) 508 final; pp.79 y 80.

[49] El Informe de Oxfam Intermón, Nº 49; enero/2019, sitúa a España en el cuarto país más desigual de la UE y el más inmóvil, especialmente, en los extremos. En concreto, somos el cuarto país de la OCDE donde es más posible seguir estando en el 20% más rico tras cuatro años y las posibilidades de seguir empobrecido superan en 10 puntos la media.

[50] Muñoz de Bustillo Llorente, R.: "Cambio técnico, empleo y desigualdad. Notas para un debate abierto", *Panorama Social*, Número 37, primer semestre, 2023, pp. 45 y 46.

[51] Bandrés Moliné, E.: "Dimensiones de la desigualdad…", *op. cit*., pp. 54 y ss.

Además, tenemos un problema de pobreza hereditaria[52]. La pobreza moderna no es una cuestión estática, sino, más bien, un proceso dinámico por el cual la persistencia de dificultades deriva en marginación social que, con el tiempo, puede empeorar y transmitirse a generaciones futuras[53]. En 617.000 hogares no entra ningún ingreso y como hemos señalado, en España, la pobreza y la riqueza se heredan[54]; el hijo de un padre de ingresos altos ganará un 40% más que el de un padre de ingresos bajos (un porcentaje que es de un 20% en países como Dinamarca, Finlandia o Noruega). Antes de la crisis de 2008, España reducía paulatinamente la pobreza y la desigualdad gracias al aumento de la clase media; ahora y a pesar de la recuperación, la sociedad se polariza en detrimento de los niveles medios.

En los hogares que se benefician del IMV viven un total de 682.808 personas, aproximadamente un 1,45% de la población española. Si se compara ese dato con el del informe Arope 2020[55], ese porcentaje es casi tres veces menor al de la cantidad de personas que se encuentran en una situación de carencia material severa en nuestro país, que escala hasta el 4,7%. Llaman la atención datos como el de Castilla La Mancha, donde el porcentaje de población con carencias severas llega al 7,4%, pero solo reciben la prestación un 1,2% de los catellano-manchegos.

Respecto al perfil de las personas beneficiarias de estas rentas mínimas, se confirma la tendencia a la feminización (en su mayoría son mujeres)[56]. Mujer, de 44 años y con al menos un menor viviendo en su casa, según se desprende de los datos facilitados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, un año después de que el Ejecutivo comenzase a pagar esta prestación. Las mujeres son mayoría tanto en el número de titulares de la ayuda (representan el 68%), como en beneficiarias de la misma (55,6%), que cubre a un total de 260.206 hogares. Esto es apenas una tercera parte de los 850.000 que había pronosticado el Gobierno cuando aprobó esta histórica prestación.

Asimismo, también completan este perfil los niños y los jóvenes, mientras que siguen predominando los hogares unipersonales (casi el 47%), seguidos de los monoparentales (28,2%), y los que tienen al menos un menor, (un 61,8% del total), lo que explicaría la incidencia que está teniendo esta prestación en la reducción de la pobreza infantil. De media, cada unidad de convivencia reconocida como beneficiaria del IMV está formada por 2,62 personas. Según su composición, el hogar más común es el formado por dos adultos y dos menores, con 28.258 hogares de este tipo. Le siguen, muy de cerca, las unidades de convivencia con dos adultos y un menor (27.678). Por último, las unidades de convivencia conformadas por dos adultos sin ningún menor a cargo es el tercer tipo de hogar más común que recibe esta ayuda (21.664).

En el año 2018, los datos oficiales señalaban que el 21,5 % de la población española, algo más de 10 millones de personas, vivía en riesgo de pobreza. Sin embargo, poco se habla del subgrupo de personas en situación de pobreza severa (obligadas a vivir con ingresos extraordinariamente bajos o sin ellos). Este colectivo es el que sufre la pobreza con mayor intensidad, dado que viven en hogares cuyos ingresos por unidad de consumo son inferiores al 40 % de la media de renta nacional. Esto es, sus ingresos son inferiores a 5.914 € al año; 492 € mensuales para hogares de una persona y 12.419 € anuales para hogares con dos adultos y dos menores[57]. Pese a la descripción de este escenario, solo

[52] Noguera, J. A.: "Las rentas mínimas autonómicas en España…", *op. cit*., p. 45.
[53] Mingione, E., Benassi, D.: "El modelo de bienestar en la Europa del Sur…", *op. cit*., p. 10.
[54] Informe de Oxfam Intermón, Nº 49, enero/2019, *op. cit*.
[55] *Vid.* Red Europea de Lucha Contra la Pobreza..., *op. cit.*
[56] Rodríguez Sanz de Galdeano, B: *El Derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 17 y ss.
[57] *Cfr*. Llano Ortiz, J. C.: "El paisaje del abandono: la pobreza severa en España", ed. *European Anti-Poverty Network (EAPN)*, julio 2020, pp. 1-42.

una de cada diez personas en el umbral de la pobreza cobra una renta mínima[58] y la cuantía media de las mismas fue de 463,05 euros mensuales.

3.1. Ordenación normativa

Merced al artículo 9 de la Constitución Española (CE), se garantiza la libertad y la igualdad real y efectiva del individuo a través de los poderes públicos, los cuales deben asegurar su inclusión en la "vida política, económica, cultural y social". En este contexto, la RM, IMV o renta de inclusión o de inserción social (RMI) son, pues, medidas de protección social que garantizan que la población cuente con los recursos e ingresos suficientes para tener una vida digna.

De este modo, la RM, en cualquiera de sus variantes, es una prestación de carácter subsidiario para las personas que no dispongan de un mínimo de ingresos necesarios que les permita acceder a bienes y servicios indispensables. Es, pues, una ayuda pública para las personas más vulnerables cuyo fin es garantizar ingresos suficientes para que quienes se encuentren en una situación de pobreza, puedan tener una vida digna. Ahora bien, para poder acceder a ella, es necesario que el ciudadano no perciba ningún ingreso.

Por su parte, el IMV —aprobado el 29 de mayo de 2020, en un contexto de exigencia y necesidad, a consecuencia de la pandemia, y consolidado por Ley 19/2021, de 20 de diciembre— crea por vez primera un suelo de renta a nivel estatal para hogares en situación de pobreza monetaria (su contenido va incluso más allá de lo que el acuerdo original recogía literalmente). Se trata de una decisión histórica por motivos diversos.

En primer lugar, dado que España constituía una anomalía dentro de la UE, por ser el único Estado carente de un programa de estas características en todo su territorio[59]. Sobre todo, teniendo en cuenta que el IMV queda incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y, por tanto, resulta exportable a los Estados donde se aplica el Derecho de la UE; incluso, cabría defender la exportación del IMV al amparo del artículo 21 del TFUE, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo. Simultáneamente, también puede ser calificado de ventaja social conforme al Reglamento 492/2011, y como prestación de Asistencia Social a los efectos de la Directiva 2004/38[60]. Era esencial la introducción de esta figura como elemento de cierre de nuestro sistema de protección social.

En segundo lugar, porque el IMV canalizará unos 3.000 millones de euros hacia los hogares más desfavorecidos en términos de renta, incidiendo directamente sobre los altos niveles de pobreza infantil y pobreza extrema de nuestro país. En pocas ocasiones hemos visto una medida de transferencia redistributiva tan intensa concentrada en un período de tiempo tan corto. Y, en tercer lugar, porque, aunque el IMV formaba parte del acuerdo del Gobierno de coalición, la medida se toma en un momento extraordinariamente complicado, en mitad de la lucha contra una virulenta pandemia mundial y de una grave crisis económica y social.

El IMV llega en la actualidad a aproximadamente un millón y medio de personas, siendo su cuantía en 2023 la misma que la de la segunda mitad de 2022, dado que se ha mantenido el

[58] El Informe de la Asociación Directores y Gerentes de Servicios Sociales 2023, denuncia que solo el 9% zde la población que vive en el umbral de la pobreza cobra una renta mínima de inserción autonómica, un porcentaje que esconde diferencias territoriales que van de la cobertura del 61,8% del País Vasco al 1,7% de Castilla-La Mancha.

[59] Monereo Pérez, J. L.: "El ingreso mínimo vital. Construcción jurídica de la institución y significación político-jurídica", en AA.VV., *Renta mínima y democracia sustantiva: de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"* / coord. por Villar Cañada, I. M. y Vila Tierno, F., 2021, pp. 17-52.

[60] Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital…", *op. cit*., pp. 629 y 655.

excepcional aumento del 15% como medida de apoyo a la ciudadanía, frente a la inflación generada por la crisis energética y la guerra de Ucrania. Sin embargo, hay que matizar que, aunque se ha aprobado el mantenimiento de esa subida[61], el IMV ha subido realmente un 8,5% al igual que las pensiones, una medida incluida en los Presupuestos de 2023 y que es igualmente importante, dado que, el posible incremento de esta renta garantizada que pueda tener lugar en 2024, se hará desde la nueva cifra de 2023.

Las cuantías dependerán de la unidad de convivencia en la que se viva. El IMV es una renta garantizada, por lo que se puede compatibilizar con el cobro de pensiones, sueldos, u otras prestaciones, cuyo importe se restará a dicha renta para conocer la cuantía total que se abonará a la persona beneficiaria. Sin tener en cuenta el efecto del complemento de ayuda a la infancia (dado que depende del número de menores y del tipo de unidad de convivencia), los importes del IMV en 2023 oscilarán entre un mínimo de 565,28 euros mensuales (para unidades de convivencia de un adulto), hasta un máximo de 1.243,74 euros mensuales (para unidades de convivencia de tres adultos y dos o más menores, o cuatro adultos y un menor).

Hay que acudir al Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social[62] (art. 24), para conocer cuáles son los plazos por ley para pagar a los ciudadanos las prestaciones y pensiones o el IMV, toda vez que, al formar parte de colectivos especialmente vulnerables o, como mínimo, con problemas económicos, se regula para ellos una serie de fechas obligatorias de cobro que no pueden incumplirse[63].

Cabe señalar que el diseño de esta figura incluye aspectos innovadores en nuestro sistema de protección social, como una condicionalidad laxa a medidas de inserción y la compatibilidad con ingresos laborales y rentas mínimas autonómicas. Todas las prestaciones tanto del sistema contributivo como del sistema asistencial de la Seguridad Social están supeditadas al mantenimiento de una serie de condiciones para garantizar el cobro de las mismas durante la duración estipulada por la ley. Lógicamente, esto también sucede con el IMV. Pese a tratarse de una ayuda especial, destinada a personas sin recursos y hogares con menores a cargo y en situación de vulnerabilidad, el cobro de esta renta garantizada también está condicionado, aunque se pueda percibir de forma indefinida. En ambos casos, es necesario cumplir con las obligaciones que marca la normativa de Seguridad Social.

Finalmente, la percepción de la prestación del IMV será compatible con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia, con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la ayuda[64]. Sin embargo, será incompatible con la percepción de la asignación económica por hijo o menor a cargo, sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, cuando exista identidad de causantes o beneficiarios de ésta. Con respecto a la asignación económica por hijo o menor a cargo (Disp. trans. 6.ª Ley 19/2021, de 20 de diciembre):

[61] El artículo 79 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, introduce un incremento extraordinario de la prestación del IMV para 2023.

[62] Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social.

[63] El artículo 24 del Reglamento deja claro que el pago de las prestaciones debe tener lugar "*el primer día hábil del mes en que se realice el pago y, como máximo, el cuarto día natural de dicho mes*".

[64] De acuerdo al Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre. por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación. Se regula (con efectos de 01/01/2023).

— En el supuesto de que la cuantía del IMV sea superior a la de la asignación económica por hijo o menor a cargo referida en el párrafo anterior, se reconocerá el derecho a la prestación de IMV. Dicho reconocimiento extinguirá el derecho a la asignación por hijo o menor a cargo.

— En el supuesto de que la cuantía del IMV sea inferior a la de la asignación económica por hijo o menor a cargo y el interesado optara por la primera, su reconocimiento extinguirá el derecho a la asignación económica por hijo o menor a cargo. Si optara por la asignación económica por hijo o menor a cargo, se denegará por esta causa la solicitud de la prestación de IMV.

3.2. La RMI en las Comunidades Autónomas

En España, y como parte del Sistema público de Servicios Sociales, se denomina RMI a los distintos programas que tienen en exclusiva las comunidades autónomas (CC.AA.) dirigidos a personas y hogares en situación de vulnerabilidad y que carecen de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. A través de la RMI, como competencia delegada del Estado, las CC.AA. persiguen paliar la situación de aquellos que, en base a su situación socioeconómica, no consiguen tener una vida digna. Suelen complementarse con prestaciones en especie que dan acceso a servicios e incentivos específicos para acceder al mercado laboral. De este modo, los regímenes de RM no son un instrumento pasivo, sino que sirven de trampolín para mejorar la inclusión y las perspectivas de empleo.

El análisis de los elementos que constituyen la actual política de RMI nos permite hacer referencia, en primer lugar, a la responsabilidad de cada comunidad autónoma en la definición y provisión de este dispositivo, de manera que cada una dispone de un modelo propio de RM con un planteamiento normativo, una implementación y un desarrollo particulares[65]; por tanto, son ellas quienes definen las formas de acceso, requisitos exigidos, medidas complementarias o su cuantía, entre otros factores[66]. De hecho, cada una tiene un nombre diferente en función del territorio, aunque el objetivo es el mismo: cubrir las necesidades básicas de una persona o unidad familiar.

Los requisitos, aunque ligeramente diferentes en cada CC.AA., siguen unas pautas comunes como estar empadronado en la comunidad en que se solicita, tener entre 25 y 65 años, haber solicitado prestaciones y pensiones a las que se pueda tener derecho antes de esta y la escolarización obligatoria de los menores a cargo[67]. Este tipo de prestación, calificada como no contributiva, no suele superar el 70% del salario mínimo. En muchos casos consta de dos partes: una fija y otra variable en función de las condiciones de la unidad familiar (hijos, personas con minusvalía, etc.)[68]. A nivel estatal existen prestaciones no contributivas para aquellas personas que están desempleadas y que ya no reciben subsidios y que son gestionadas por el SEPE.

[65] Bergantiños, N., Font, R., Bacigalupe, A.: "Las rentas mínimas…", *op. cit*., p. 403.

[66] Molina Moñux, C., Montalvo Pérez, M.: "Estudio de la renta mínima en España", *RA & DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, Nº. 4, 2020, pp. 16-35.

[67] Carrero Domínguez, C.: "Los procedimientos administrativos autonómicos de solicitud y reconocimiento de rentas mínimas garantizadas. los aspectos generales de su financiación", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 143/2018, pp. 55-86.

[68] *Cfr*. "Informe de Rentas Mínimas de Inserción", 2021, ed. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, pp. 12 y ss.

Actualmente, la comunidad autónoma que más uso está haciendo de esta prestación es Andalucía[69], la más poblada del país y donde la crisis económica de 2008 se dejó sentir con especial severidad[70]; con más de 217.000 beneficiarios, cubre así a casi el 2,6% de la población andaluza. Le sigue, muy de lejos, la Comunidad Valenciana, con algo más de 83.000 beneficiados. Madrid completa el podio con más de 70.000 personas que están cobrando la prestación, mientras que, en Cataluña, que tiene casi un millón más de habitantes que Madrid, apenas la reciben 46.410 personas.

Ahora bien, sin contar con las grandes diferencias que existen por territorios en lo relativo a la cantidad otorgada, las condiciones de acceso o la duración de las ayudas[71], no podemos dejar de censurar el hecho de que algunas CC.AA. hayan aprovechado la implantación del IMV para desmantelar considerablemente sus RMI[72], reduciendo el número de personas beneficiarias, recortando el presupuesto y dedicando a otros ámbitos los 1.722 millones de euros que invertían en sus propios sistemas de inclusión social y servicios sociales. Con ello, dejan fuera de las prestaciones a colectivos que hasta ahora venían amparados por estos sistemas de rentas autonómicos[73]. Estos presupuestos deben mantenerse como complemento de las prestaciones del IMV, para llegar a colectivos que tienen dificultades de acceso al mismo y, en todo caso, para desarrollar prestaciones y servicios de inserción social[74].

3.3. Situación actual del IMV

Según los últimos datos, 799.203 personas son beneficiarias del IMV, mientras que a fin de 2020 percibían las rentas mínimas de las CC.AA. 795.861 personas. Únicamente, un 0,04% es lo que el IMV habría mejorado la cobertura de las rentas mínimas de las CC.AA.[75]. En todo caso, cuatro años después de la aprobación del IMV ha habido una disminución del número de hogares en riesgo de pobreza que reciben esta RM en el peor momento, dado que "*Los sistemas de rentas mínimas ahora atienden no solo a personas en pobreza de larga duración o en exclusión social, sino a personas trabajando en empleos precarios, sin derecho a protección social*"[76]. Dicho de otro modo, el reconocido aumento del número de prestaciones en el contexto de crisis no ha resultado suficiente para aliviar las situaciones causadas por el también, creciente desempleo. Ello significa que la máxima de "no dejar a nadie atrás", invocada tanto por la normativa europea como por la española, palidece.

El IMV, creado en mayo de 2020, fue reconocido en sus seis primeros meses en funcionamiento a casi 160.000 hogares en los que vivían más de 460.000 personas. De ellas, el 47% eran menores

[69] Decreto-ley 3/2017. Plan de inclusión sociolaboral. Condicionado a búsqueda de empleo: La persona titular y las personas beneficiarias de la unidad familiar deben estar inscritas en el Servicio Andaluz de Empleo y participar activamente en el plan de inclusión.

[70] Fuentes-Herreros, M.: "La Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Revisión crítica y proyección de futuro", *Trabajo Social Global-Global Social Work*, 10(19), 2020, 365-385.

[71] De acuerdo a los datos recogidos por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AiREF) en su estudio sobre "Los Programas de Rentas Mínimas en España", 2019.

[72] Castilla-La Mancha (66,7 %), Madrid (61,7% menos que en 2021), Castilla y León (-58,2%), Aragón (-51,6%), Extremadura (-48,8%), Murcia (-41,1%), La Rioja (-37,2%), Cantabria (-23,7%), Galicia (-17,6%), Andalucía (-15,6%) y Asturias (-14%). *Vid.* Informe de Rentas Mínimas de Inserción correspondiente al año 2020, publicado por el Ministerio de Derechos Sociales.

[73] En concreto, gastaron hasta 247 millones de euros menos en rentas mínimas de inserción durante 2021, una reducción del 13% que ha llegado tras la implantación de IMV.

[74] Informe sobre IMV realizado por la Asociación Directores y Gerentes de Servicios Sociales 2023.

[75] *Cfr*. Informe sobre IMV realizado por la Asociación Directores y Gerentes de Servicios Sociales 2023.

[76] Análisis realizado por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en España (EAPN) sobre el último Informe del Sistema de Rentas Mínimas de 2018, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

de edad y tres de cada cuatro solicitudes del IMV seguían siendo denegadas[77]. En el ámbito estatal el Gobierno gastó, hasta septiembre de 2021, solo la mitad del presupuesto para el IMV. De los 2.728 millones previstos en la partida de 2021, únicamente se habían ejecutado 1.402 a falta de tres meses para acabar el año, a pesar de tramitarse un millón y medio de solicitudes. A diciembre de 2021, 400.000 hogares que podrían recibir el IMV aún no lo habían solicitado (el 57% de los posibles beneficiarios). Hoy, el IMV llega a 611.029 hogares y 1.752.467 personas beneficiarias, por lo que sólo alcanza a tres de cada cuatro, respecto de la previsión que hizo el gobierno hace tres años. La cuantía media mensual del IMV por persona beneficiaria es de 171 euros y por hogar 491 euros[78].

Es cierto que las modificaciones incorporadas tras el trámite parlamentario en la Ley 19/2021 del IMV, que entraron en vigor en enero de 2022, han aumentado el ritmo de concesiones y favorecido la incorporación de nuevos perceptores; sin embargo, no son suficientes para que esta ayuda alcance los objetivos previstos cuando se aprobó. Asimismo, la atención sobre el número de beneficiarios de la RMI también muestra que las personas titulares de la prestación han ido en aumento en los últimos años, así como el gasto total ejecutado, si bien no todas las CC.AA. incrementan simétricamente su gasto anual por persona beneficiaria[79].

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) también identifica algunos hallazgos que evidencian cierto grado de estancamiento en el último año de los resultados del IMV y un alcance limitado del nuevo complemento de infancia. A diciembre de 2022, seguía habiendo el mismo número de beneficiarios de IMV que el año anterior; 284.000 hogares de los 800.000 que podían percibir la prestación, lo que a su vez supone el 47% del gasto potencial. Esta cifra es menor en el nuevo complemento de infancia, que si estuviera plenamente implementado podría beneficiar a 1,5 millones de familias y a finales de 2022 se limitaba a cubrir 274.000 hogares.

Además, se detectan también dificultades en el ámbito de la gestión. Así, la tasa de denegaciones del IMV en el año 2022 se sitúa en el 69%, cifra muy similar a la del 2021. Por otra parte, el 83% de los beneficiarios del IMV vieron modificado el importe percibido en su nómina mensual como consecuencia de las revisiones que realiza el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), una vez se conocen los datos definitivos de renta. Todo ello, sumado a procedimientos complejos y una errática gestión, expresan un prematuro fracaso de esta renta garantizada (al menos, por el momento) y, en general, de las políticas públicas de protección social.

Casi cuatro meses después de que se aprobase, los problemas para recibirlo superaban a sus beneficios. Según el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se han realizado 975.000 solicitudes, de las que solo se han validado unas 300.000. Aunque se calcula que puede haber un millón de familias en situación de exclusión, cerca del 60% de solicitudes se deniegan como consecuencia procedimientos rígidos. El laberinto administrativo y procedimental a la hora de solicitarla no se corresponde con las expectativas creadas por esta ayuda, destinada a los ciudadanos más desfavorecidos. Hablamos de formularios *online* confusos y complicados de rellenar, ya no por personas con pocas competencias tecnológicas afectadas por la brecha digital o con estudios básicos, sino por personas con un uso habitual de internet, formación y familiarización con el manejo de los ordenadores.

Tampoco ayuda mucho que se haya acudido al silencio administrativo para denegar las solicitudes del IMV, y ello, pese a los prometidos retoques normativos para, en cierto modo, garantizar

[77] Sánchez, L. J.: "El laberinto del Ingreso Mínimo Vital: Más del 60% de las solicitudes son rechazadas", *Confilegal*, 27 de octubre de 2020. (https://www.confilegal.com.).

[78] Informe sobre IMV realizado por la Asociación Directores y Gerentes de Servicios Sociales 2023.

[79] Bergantiños, N., Font, R., Bacigalupe, A.: "Las rentas mínimas…", *op. cit*., p. 403.

que las solicitudes no queden denegadas por esta vía. Al final, lo cierto es que nos encontramos con un Real Decreto que indica que, a los tres meses sin respuesta, la solicitud queda denegada y una clara situación de inseguridad jurídica por no saber si esas promesas se cumplirán y cómo afectarán al beneficiario. Para la simplificación de este proceso sería del todo conveniente su digitalización con cruce de datos, donde la persona no tenga más que poner su DNI y permitir el acceso a toda la información, de modo que se pueda comprobar todo a posteriori. Además, es imprescindible conseguir la interoperabilidad entre los sistemas de información de la Administración General del Estado, las CC.AA. y Entidades Locales, ya que las tres están implicadas, de una u otra manera, en la gestión del IMV. En este sentido se manifiesta la AIReF que propone avanzar hacia un modelo de gestión del IMV más automático, basado en la integración de la información administrativa en una base de datos única, que permita la concesión de prestaciones de oficio o mediante un impuesto negativo[80].

Otra prueba de que la anunciada intención de facilitar al máximo los procesos no se ha materializado es que, la documentación exigida al solicitante, es a veces imposible de obtener. En este sentido, habría que eliminar la exigencia del padrón histórico colectivo[81], requisito que dificulta enormemente la gestión de la prestación y no hace sino provocar retrasos innecesarios en la misma. Hablamos de un complicado trámite para los ayuntamientos, que son quienes deben acreditarlo, pero también de los obstáculos de acceso al mismo para muchas de las personas potenciales destinatarias del IMV. Ante la emergencia social quizá lo oportuno sería, una vez más, darle la vuelta al proceso: que la renta se conceda antes incluso de que se entregue la documentación, para evitar así el retraso en el cobro en personas que están en una situación crítica. La demostración de algunos requisitos se podría limitar a una declaración jurada y comprobarlos *ex post*.

En esta misma línea de sortear obstáculos señalar que, para obtener el IMV, el cálculo de la capacidad económica se hace sobre los datos de renta de un año antes, e incluso dos en algunos casos. Esto es otro freno que impide acceder a la ayuda a muchas personas con situaciones de carencia de rentas sobrevenidas, o las condena a esperar meses y meses para recibir un ingreso que dice ser "mínimo" y "vital" (a veces no llega ni a 200 euros). Hay un mecanismo de la renta garantizada que está en la raíz de estas cantidades tan exiguas: el hecho de que se descuenten los ingresos de 2019 de la cantidad que les correspondería a las personas solicitantes, algo que no advirtieron cuando se aprobó la ley. Es un dislate pensar que esos pequeños ingresos del año anterior estarán disponibles al año siguiente en forma de ahorro.

Además, entre los ingresos computables para el descuento, no están las rentas mínimas percibidas, pero sí las prestaciones por hijo a cargo, prestación que el IMV además suspende. En suma, la capacidad económica se debería calcular sobre los ingresos en el momento de la solicitud y para contrastar esa información, la propia Administración debe consultar las bases de datos necesarias, acelerando así la gestión y evitando trámites absolutamente estériles. Pero, asimismo, se deberían exceptuar del cómputo de rentas, a efectos del IMV, las prestaciones económicas del sistema de atención a la dependencia y las pensiones por alimentos de los menores.

En este orden de cosas, es urgente, también, que se determine cuáles serán las medidas para la inclusión social que el Gobierno se comprometió a diseñar como complemento de la prestación económica y que deben acompañar necesariamente el despliegue del IMV. Recordemos que la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, ya preveía la creación de incentivos al empleo y a la inclusión, con el

[80] *Vid.* Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), Segunda Opinión Ingreso Mínimo Vital, 15 de junio 2023 (de acuerdo al artículo 31.3 de la Ley 19/2021, la AIReF emitirá una opinión anual sobre el resultado del IMV y de las distintas estrategias y políticas de inclusión).

[81] Documento puramente informativo de la residencia y domicilio de todos los miembros de la unidad familiar, que figuran actualmente en el padrón de habitantes y que no requiere la firma de ningún funcionario o autoridad municipal.

fin de evitar la llamada "trampa de pobreza", es decir, que la mera existencia de la ayuda inhiba el objetivo de inclusión laboral y económica de las personas beneficiarias. De momento, contamos con el RD 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social para las empresas y entidades que contratan a los beneficiarios del IMV, y con el Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, cuyo objeto es regular la compatibilidad de la percepción del IMV con los incrementos de ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia, con el fin de que su percepción no desincentive la búsqueda de empleo y la participación en el mercado laboral. Ello se debe a su naturaleza de "renta garantizada" y no de prestación *stricto sensu*. Y aunque ya era compatible con ingresos por salario, no obstante, hasta ahora, esas rentas de trabajo actuaban como recorte del IMV. Por tanto, uno de los mayores desafíos al que se enfrenta esta renta garantizada, guarda relación con su impacto en el mercado de trabajo y viceversa, y, en esta medida, con la necesaria apuesta por un empleo de calidad.

Se trata de un asunto no menos complejo que el diseño de la propia figura y no solo porque necesitará de esfuerzos presupuestarios estructurales, de envergadura y sostenidos en el tiempo más allá de las posibilidades a corto y medio plazo que ahora ofrezcan los Fondos para la Recuperación y la Resiliencia, sino porque la inclusión social (como todas las prestaciones de los Servicios Sociales en nuestro país) es un territorio de intervención social de competencia compartida por los tres niveles de la Administración y ello supone un diseño concertado —por tanto, complejo y necesitado de mucho aquilatamiento— entre los tres.

Estamos ante una figura inconclusa que muy probablemente tenga que ser sometida a nuevas cirugías reparadoras; entre ellas, la más importante será la que termine de situar a la persona como eje sobre el que pivoten las políticas de protección social y no a la inversa. Recordemos que, durante su primer año de vigencia, el RDL 20/2020 fue objeto de siete modificaciones antes de ser convalidado por la Ley 19/2021. Desde una perspectiva holística deberían atenderse por el legislador cuestiones esenciales tales como el empadronamiento de las personas en situación de sinhogarismo y exclusión residencial[82]; resolver el problema de quienes se encuentran en situación administrativa irregular en España, cuyo marco normativo y reglamentario no favorece para nada la inclusión social[83]; asimismo, regular el acceso a la vivienda mediante la ley de segunda oportunidad[84]; abordar un mayor parque público de vivienda, tal como ocurre en Europa[85]; y poner atención al rodaje y eventuales fisuras de la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, dado que, en estos momentos, se hace más necesaria que nunca en España.

Añadir, para finalizar, que sin ignorar la complejidad que lleva consigo implementar una renta mínima dado que puede variar significativamente entre diferentes regiones o países estimamos que, para luchar contra la pobreza y las crecientes desigualdades sociales, la aprobación de una legislación europea vinculante permitiría alcanzar unos regímenes de renta mínima dignos en todos los Estados miembros, fomentando la integración de todas las personas en un mercado laboral de calidad. Asimismo, supondría la aplicación de estándares uniformes en los Estados miembros, asegurando

[82] Piñero Regalado, J.:"El empadronamiento de las personas en situación de sinhogarismo y exclusión residencial", julio 2015, pp. 1-7.

[83] *Vid.* "Vulneración de Derechos: las personas en situación administrativa irregular", Informe FOCUS 2023.

[84] Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social y Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[85] España cuenta con un parque de vivienda social compuesto por 452.040 unidades, lo que representa el 2,5% del total de viviendas principales. Este porcentaje está seis puntos por debajo de la media de los países de la UE situada en el 9,3%.

que todos los ciudadanos tengan acceso a un nivel básico de ingresos y, además, un fortalecimiento de los derechos sociales y la cohesión social entre los países de la UE.

4. LA RECIENTE RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO EUROPEO SOBRE UNA RENTA MÍNIMA ADECUADA

Este instrumento[86] se basa, a su vez, en la Recomendación 92/441/CEE del Consejo sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, a la que sustituirá. La propuesta completa además la Recomendación 2008/867/CE de la Comisión sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral. En sus Conclusiones de 9 de octubre de 2020, el Consejo instaba a reforzar la protección de la renta mínima para luchar contra la pobreza y la exclusión social durante la pandemia de COVID-19 y posteriormente.

La Comisión presentó la propuesta de Recomendación al Grupo "Cuestiones Sociales" el 7 de octubre de 2022. Tras estudiarla el Grupo, durante la Presidencia checa se alcanzó un acuerdo sobre el texto transaccional. Dado que el tiempo necesario para la formalización jurídico-lingüística no permitió su adopción formal en diciembre, el Coreper y el Consejo alcanzaron un acuerdo político sobre el texto en el Coreper del 30 de noviembre de 2022 y en el Consejo EPSCO del 8 de diciembre de 2022. La Recomendación se adoptó formalmente como punto "A" en el Consejo del 30 de enero de 2023. Su objeto es luchar contra la pobreza y la exclusión social y perseguir altos niveles de empleo promoviendo una ayuda a la renta adecuada mediante una renta mínima, el acceso efectivo de las personas que carecen de recursos suficientes a servicios esenciales y de capacitación, y la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que pueden trabajar.

Como otras que la precedieron, la Recomendación entiende que a las personas que se sitúan en niveles no dignos de vida, se les debe dar apoyo y ayuda integral, y que, junto a la ayuda económica, son también decisivas las que suponen ofrecer servicios específicos, a la vez que garantía del acceso a los servicios esenciales. Y todo ello, a partir de un elemento clave, cual es la determinación del umbral que representa una vida digna. Pero además, una renta mínima adecuada, es una ayuda económica, que permite alcanzar el nivel de dignidad que en cada estado se establezca –el umbral nacional de riesgo de pobreza, o el valor económico de los bienes y servicios necesarios y esenciales apropiados–, pero también, de otra naturaleza, fundamentalmente a través de la prestación de servicios, de capacitación, desplegados en diversos ámbitos –trabajo social, educación y cuidados de la primera infancia, asistencia sanitaria, prestaciones de dependencia, educación, formación, vivienda–, entre los cuales cobran especial importancia los dirigidos a la inserción laboral[87].

Pese a que todos los Estados miembros disponen de redes de seguridad social, los avances para lograr que sean accesibles y adecuadas han sido desiguales. Por lo tanto, el Consejo recomienda a los Estados miembros que desarrollen y, cuando sea necesario, refuercen unas redes de seguridad social sólidas, combinando una ayuda a la renta adecuada mediante prestaciones de renta mínima y otras prestaciones económicas complementarias con prestaciones en especie, y permitiendo acceder de manera efectiva a los servicios esenciales y de capacitación. Se recomienda a los Estados miembros que establezcan el nivel de la renta mínima con una metodología transparente y sólida conforme a la legislación nacional, en la que participen las partes interesadas pertinentes, que tenga en cuenta las fuentes generales de ingresos, las necesidades específicas y la situación adversa de los hogares, la

[86] Recomendación del Consejo de 30 de enero de 2023 sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa. DOUE núm. 41, de 3 de febrero de 2023, pp. 1 a 12. DOUE-Z-2023-70008.

[87] Para un análisis de la misma, *vid.* Lázaro Sánchez, J. L.: "Renta Mínima Adecuada. A propósito de la Recomendación 2023/C 41/01, sobre una renta mínima que procure la inclusión activa", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 168, 2023, pp. 493 y 494.

renta de un trabajador con salario bajo o con un salario mínimo, el nivel de vida y el poder adquisitivo, así como el nivel de los precios y su evolución. Con el fin de fomentar la igualdad de género, la seguridad de la renta y la independencia económica de las mujeres, los adultos jóvenes y las personas con discapacidad, el Consejo recomienda además que se ofrezca la posibilidad de que los miembros de un hogar soliciten la renta mínima de manera individual.

Asimismo, se recomienda a los Estados miembros que alcancen gradualmente el nivel adecuado de ayuda a la renta a más tardar en 2030 y, que al mismo tiempo, velen por la sostenibilidad de las finanzas públicas. Además, los Estados miembros deben revisar periódicamente y, cuando proceda, ajustar el nivel de la renta mínima para que siga siendo adecuada. En tiempos de recesión económica, la flexibilidad en el diseño de la renta mínima puede ser importante para mitigar las consecuencias sociales adversas y jugar un papel estabilizador en la economía.

La renta mínima es un elemento clave de las estrategias para salir de la pobreza y la exclusión. También contribuye a conseguir una recuperación sostenible e inclusiva en tiempos de crisis económica. Unas redes de seguridad social inclusivas y sólidas no solo mejoran los resultados sociales y sanitarios de las personas más alejadas del mercado laboral, sino que también generan beneficios sociales y económicos duraderos para la UE y dan lugar a unas sociedades más equitativas, cohesionadas y resilientes. A pesar de los progresos realizados en la última década, en 2021 más de 95,4 millones de personas seguían estando en riesgo de pobreza o exclusión social, riesgo que suele ser más grave en el caso de las mujeres.

La pandemia ha puesto de manifiesto las ventajas sociales y económicas de unas redes de seguridad social adecuadas y específicas, con medidas de confinamiento que afectaron de manera desproporcionada a las mujeres y a los grupos desfavorecidos, especialmente en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria y a la educación. La guerra contra Ucrania provocó un marcado aumento de los precios de la energía y la subsiguiente inflación, afectando en mayor medida a los hogares de renta baja y de renta media-baja. Uno de los objetivos principales del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales es reducir el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social en al menos quince millones de aquí a 2030. Pese a los esfuerzos realizados, la pobreza y la exclusión social han seguido agravándose de tal manera que, en 2021 —antes de la invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias—, más de noventa millones de europeos se encontraban en riesgo de pobreza y exclusión social. El CDR, que representa a los entes locales y regionales de toda la UE, considera que la urgencia de la situación exige adelantar tres años, a 2027, la aplicación de la Recomendación.

No nos cabe duda de que la rápida adopción por el Consejo de la Recomendación sobre una renta mínima supone un paso en la dirección correcta. Ahora bien, la necesidad urgente de actuar para garantizarla en toda la UE requiere una reflexión ulterior sobre el marco regulador más eficaz para aplicar estas medidas a escala europea. Es necesario garantizar que todas las personas en situación de vulnerabilidad o riesgo de pobreza estén cubiertas por un régimen de renta mínima, complementario de otros regímenes de empleo y apoyo social, que garantice unos ingresos dignos a quienes más lo necesitan.

En consecuencia, y sin ignorar la complejidad que lleva consigo implementar una renta mínima dado que puede variar significativamente entre diferentes regiones o países, estimamos que, para luchar contra la pobreza y las crecientes desigualdades sociales, hace falta una legislación vinculante de la UE que permita alcanzar unos regímenes de renta mínima dignos en todos los Estados miembros y fomente la integración de todas las personas en un mercado laboral de calidad. Una legislación vinculante podría suponer una uniformidad de estándares en los Estados miembros asegurando que

todos los ciudadanos tengan acceso a un nivel básico de ingresos y, además, un fortalecimiento de los derechos sociales y de la cohesión social entre los países de la UE.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

Existe un interés particular, como país, en que el IMV se consolide *de facto* como un auténtico derecho subjetivo de la ciudadanía, garantizando una protección social económica básica, real, efectiva e individualizada para una vida digna, y procurando, asimismo, que sea esta carencia de dignidad vital, requisito exclusivo para el reconocimiento del derecho a percibirlo. Pero este interés va anudado, también, al cumplimiento de los compromisos adquiridos por España con la UE; de un lado, en el marco general de la Estrategia Europa 2030 y sus objetivos sociales —incluidos en el Plan de Acción del PEDS—, para lograr que el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social se reduzca a 15 millones de las que, al menos, 5 millones sean niños en comparación con 2019; y, de otro, en línea con la Recomendación del Consejo sobre una RM que garantice la inclusión activa, para lo cual, como se ha mencionado *supra*, se ofrecen orientaciones claras a los Estados miembros en orden a garantizar la eficacia de sus regímenes de RM.

Considerando, pues, el escenario descrito a lo largo de este estudio y atendiendo a las orientaciones europeas, nuestras propuestas *de lege ferenda* para mejorar la eficacia del marco regulatorio español en materia de RM, serían las siguientes:

— El IMV en España sufre, en este momento, una situación de estancamiento. Es cierto que las modificaciones incorporadas tras el trámite parlamentario en la Ley 19/2021 del IMV, que entraron en vigor en enero de 2022, han aumentado el ritmo de concesiones y favorecido la incorporación de nuevos perceptores; sin embargo, no son suficientes para que esta ayuda alcance los objetivos previstos cuando se aprobó. A mayor abundamiento, no podemos dejar de censurar el hecho de que algunas CC.AA. hayan aprovechado la implantación del IMV para desmantelar considerablemente sus RMI, reduciendo el número de personas beneficiarias, recortando el presupuesto y dedicándolo a otros ámbitos. Con ello, dejan fuera de las prestaciones a colectivos que hasta ahora venían amparados por estos sistemas de rentas autonómicos. Estos presupuestos deben mantenerse como complemento de las prestaciones del IMV, para llegar a colectivos que tienen dificultades de acceso al mismo y, en todo caso, para desarrollar prestaciones y servicios de inserción social.

— Casi cuatro meses después de que se aprobase, los problemas para recibirlo superaban a sus beneficios. El laberinto administrativo y procedimental a la hora de solicitarla no se corresponde con las expectativas creadas por esta ayuda, destinada a los ciudadanos más desfavorecidos. Hablamos de formularios *online* confusos y complicados de rellenar, ya no por personas con pocas competencias tecnológicas afectadas por la brecha digital o con estudios básicos, sino por personas con un uso habitual de internet, formación y familiarización con el manejo de los ordenadores. En suma, y aquí nuestra primera propuesta *de lege ferenda*, hay una clara necesidad de simplificar los procesos y reclutar el personal necesario para procesar todas las solicitudes pendientes.

— Tampoco ayuda mucho que se haya acudido al silencio administrativo para denegar las solicitudes del IMV de modo que a los tres meses sin respuesta, la solicitud queda denegada y una clara situación de inseguridad jurídica por no saber si esas promesas se cumplirán y cómo afectarán al beneficiario. Para la simplificación de este proceso, y aquí nuestra segunda propuesta *de lege ferenda,* sería del todo conveniente su digitalización

con cruce de datos, donde la persona no tenga más que poner su DNI y permitir el acceso a toda la información, de modo que se pueda comprobar todo *a posteriori*. Además, es imprescindible conseguir la interoperabilidad entre los sistemas de información de la Administración General del Estado, las CC.AA. y Entidades Locales, ya que las tres están implicadas, de una u otra manera, en la gestión del IMV.

— Hay que intentar facilitar al máximo los procesos teniendo en cuenta que la documentación exigida al solicitante es, a veces, imposible de obtener. Por ejemplo, y aquí nuestra tercera propuesta *de lege ferenda,* habría que eliminar la exigencia del padrón histórico colectivo, requisito que dificulta enormemente la gestión de la prestación y que no hace sino provocar retrasos innecesarios en la misma. Ante la emergencia social quizá lo oportuno sería que la renta se conceda antes incluso de que se entregue la documentación, para evitar así el retraso en el cobro en personas que están en una situación crítica. La demostración de algunos requisitos se podría limitar a una declaración jurada y comprobarlos *ex post*.

— Para obtener el IMV, el cálculo de la capacidad económica se hace sobre los datos de renta de un año antes, e incluso dos en algunos casos. Esto es otro obstáculo que frena e impide acceder a la ayuda a muchas personas con situaciones de carencia de rentas sobrevenidas, o las condena a esperar meses y meses para recibir un ingreso que dice ser "mínimo" y "vital". Hay un mecanismo de la renta garantizada que está en la raíz de estas cantidades tan exiguas: el hecho de que se descuenten los ingresos de 2019 de la cantidad que les correspondería a las personas solicitantes, algo que no advirtieron cuando se aprobó la ley. Es un dislate pensar que esos pequeños ingresos del año anterior estarán disponibles al año siguiente en forma de ahorro. Igualmente, entre los ingresos computables para el descuento, no están las rentas mínimas percibidas, pero sí las prestaciones por hijo a cargo, prestación que el IMV además suspende. En suma, y aquí nuestra cuarta propuesta *de lege ferenda,* la capacidad económica se debería calcular sobre los ingresos en el momento de la solicitud y para contrastar esa información, la propia Administración debe consultar las bases de datos necesarias, acelerando así la gestión y evitando trámites absolutamente estériles. Pero, además, se deberían exceptuar del cómputo de rentas, a efectos del IMV, las prestaciones económicas del sistema de atención a la dependencia y las pensiones por alimentos de los menores.

— Urge determinar cuáles serán las medidas para la inclusión social que el Gobierno se comprometió a diseñar como complemento de la prestación económica y que deben acompañar necesariamente el despliegue del IMV. Recordemos que la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, ya preveía la creación de incentivos al empleo y a la inclusión, con el fin de evitar que la mera existencia de la ayuda inhiba el objetivo de inclusión laboral y económica de las personas beneficiarias. De momento, contamos con el RD 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social para las empresas y entidades que contratan a los beneficiarios del IMV, y con el Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, cuyo objeto es regular la compatibilidad de la percepción del IMV con los incrementos de ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia, con el fin de que su percepción no desincentive la búsqueda de empleo y la participación en el mercado laboral. Y aunque ya era compatible con ingresos por salario, no obstante, hasta ahora, esas rentas de trabajo actuaban como recorte del IMV. Por tanto, uno de los mayores desafíos al que se enfrenta esta renta garantizada, guarda relación con su impacto en el mercado de trabajo y viceversa, y, en esta medida, con la necesaria apuesta por un empleo de calidad.

— Desde una perspectiva holística y tomando como premisa todo lo expuesto, lanzamos nuestra quinta propuesta *de lege ferenda,* de modo que deberían atenderse por el legislador cuestiones esenciales tales como el empadronamiento de las personas en situación de sinhogarismo y exclusión residencial; resolver el problema de quienes se encuentran en situación administrativa irregular en España, cuyo marco normativo y reglamentario no favorece para nada la inclusión social; asimismo, regular el acceso a la vivienda mediante la ley de segunda oportunidad; abordar un mayor parque público de vivienda, tal como ocurre en Europa; y poner atención al rodaje y eventuales fisuras de la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, dado que, en estos momentos, se hace más necesaria que nunca en España.

— Necesitamos una legislación vinculante de la UE. De un lado, permitiría alcanzar unos regímenes de renta mínima dignos en todos los Estados miembros y, de otro, fomentaría la integración de todas las personas en un mercado laboral de calidad. Una legislación vinculante supondría la aplicación de estándares uniformes en los Estados miembros, asegurando que todos los ciudadanos tengan acceso a un nivel básico de ingresos y, además, un fortalecimiento de los derechos sociales y la cohesión social entre los países de la UE.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bandrés Moliné, E.: "Dimensiones de la desigualdad: España en contexto", *Panorama Social*, Número 37, primer semestre, 2023, pp. 53- 66.

Bergantiños, N., Font, R., Bacigalupe, A.: "Las rentas mínimas de inserción en época de crisis. ¿Existen diferencias en la respuesta de las comunidades autónomas?, *Papers*, 2017, 102/3, (http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2315).

Berenguer, A.: "Desde Stockton hasta Chicago y Nueva York: otros laboratorios de renta básica", incluido en el estudio del Observatorio Social de La Caixa, *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, 2029, pp. 26-39.

Cairós Barreto, D. M.: "El futuro de Europa y su nuevo 'código normativo social': el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad* y *relaciones laborales*, Nº. 82, 2021.

Canosa Usera, R., "La interpretación de la Carta Social Europea", en AA.VV.: *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección* / Canosa Usera, R.L. y Carmona Cuenca, E. (ed. lit.), Tirant lo Blanch, 2024, pp. 49-87.

Carrero Domínguez, C.: "Los procedimientos administrativos autonómicos de solicitud y reconocimiento de rentas mínimas garantizadas. los aspectos generales de su financiación", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 143/2018, pp. 55-86.

Estepa Maestre, F., & Barrera Algarín, E.: "Renta Mínima de Inserción (RMI) versus Rendimiento Social de Inserción (RSI): España y Portugal", *Revista Prisma Social*, (39), 2022, 262–288.

Fuentes-Herreros, M.: "La Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Revisión crítica y proyección de futuro", *Trabajo Social Global-Global Social Work*, 10(19), 2020, pp. 365-385.

Llano Ortiz, J. C.: "El paisaje del abandono: la pobreza severa en España", ed. *European Anti-Poverty Network* (EAPN), julio 2020, pp. 1-42.

Lázaro Sánchez, J. L.: "Renta Mínima Adecuada. A propósito de la Recomendación 2023/C 41/01, sobre una renta mínima que procure la inclusión activa", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 168, 2023, pp. 477-494.

Lozano Lares, F., Ordóñez Casado, I.: "La Renta Básica Universal. elementos para su conceptualización y distinción de otras figuras", *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, Nº 38, 2020, pp. 155-170.

Matía Gallo, N.: "Estrategia Europa 2020. La estrategia europea para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", *Derecho y Cambio Social*, Año 12, Nº. 41, 2015, pp. 1-17.

Mingione, E., Benassi, D.: "El modelo de bienestar en la Europa del Sur y la lucha contra la pobreza y la exclusión social", *Panorama Social*, Número 29, primer semestre, 2019, pp. 9-23.

Molina Moñux, C., Montalvo Pérez, M.: "Estudio de la renta mínima en España", *RA & DEM: Revista de Administración y Dirección de empresas*, Nº. 4, 2020 (Ejemplar dedicado a: A&DEM), pp. 16-35.

Monereo Pérez, J. L.: "El ingreso mínimo vital. Construcción jurídica de la institución y significación político-jurídica", en AA.VV., *Renta mínima y democracia sustantiva: de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"* / coord. por Villar Cañada, I. M. y Vila Tierno, F., 2021, pp. 17-52.

Monereo Pérez, J. L.: "El Derecho social al ingreso mínimo vital", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm.158/2021, pp. 45-117.

Monereo Pérez, J. L.: "La Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", en AA.VV.: *Autonomía colectiva y autonomía individual; La dimensión social del Mercado Único Europeo* / coord. por Fernández López, M. F.,1992, pp. 261-326.

Monereo Pérez, J. L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Bomarzo, 2018.

Muñoz de Bustillo Llorente, R.: "Cambio técnico, empleo y desigualdad. Notas para un debate abierto", *Panorama Social*, Número 37, primer semestre, 2023, pp. 35-51.

Noguera, J. A.: "Las rentas mínimas autonómicas en España: balance y retos de futuro", *Observatorio Social de la Fundación "la Caixa"*, sept-2019, pp. 40-61.

Peris-Cancio, LL. F.: "Los esquemas de rentas mínimas en Europa y el Ingreso Mínimo Vital (IMV)", *Revista Española de Sociología* (RES) / Spanish Journal of Sociology / (doi:10.22325/fes/res.2021.45), Vol. 30, Nº. 2, 2021, pp. 1-10, (Ejemplar dedicado a: Monográfico de Cuidados, sección especial dedicada a Erik Olin Wright, debate sobre Ingreso Mínimo Vital, más artículos de miscelánea y reseñas).

Piñero Regalado, J.: "El empadronamiento de las personas en situación de sinhogarismo y exclusión residencial", julio 2015, pp. 1-7. (Disponible en: https://plda.vigo.org/fotos/biblioteca/BIBLIOTECA//2015-Oempadroamentodaspe rsoas en situacion de sinfogarismo e exclusion residencial.pdf).

Red Europea de Lucha Contra la Pobreza y la Exclusión Social. "El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza en España 2008-2020", 11º informe Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (EAPN-ES), 2021.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B. J.: *El Derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2013.

Román Vaca, E.: "Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.168/2023. pp. 277-292.

Sánchez, L. J.: "El laberinto del Ingreso Mínimo Vital: Más del 60% de las solicitudes son rechazadas", *Confilegal*, 27 de octubre de 2020. (https://www.confilegal.com.).

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, pp. 629-656. (https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5974).

Sevilla Segura, J.: *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, *Observatorio Social de la Fundación "la Caixa"*, sept-2019.

Talavera Fernández, P.: "El buen camino hacia el fin de la pobreza. Del paradigma monetarista al enfoque de derechos humanos", *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 17, noviembre de 2019, pp. 131-168.

Van Parijs, P y Vanderborght, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, ed. Grano de Sal, 2017.

Villar Cañada, I. M., Vila Tierno, F.: *Renta mínima y democracia sustantiva de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"*, Universidad de Jaén, 2021.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 125-148

Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía

Administrative sanctions in the social order for partial non-payment of wages: a controversial decision of the labour authority of the Junta de Andalucía

Juan Cristóbal Bandera Gallego

Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga
https://orcid.org/0009-0007-8199-8288

Sumario

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA AUTONOMÍA TÉCNICA Y FUNCIONAL DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL CON SUJECIÓN A LAS INSTRUCCIONES Y CRITERIOS TÉCNICOS DE LOS ÓRGANOS SUPERIORES
2. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS HAN DE APLICAR LOS CRITERIOS TÉCNICOS E INSTRUCCIONES EMANADAS DE LA AUTORIDAD CENTRAL DE LA ITSS
3. LA PERSPECTIVA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL SOBRE EL PAGO DE SALARIOS DE LAS EMPRESAS A LOS TRABAJADORES EN CUANTÍA INFERIOR A LA DEBIDA
4. ¿QUEDA IMPLÍCITO EN LA TIPIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.1 DE LA LISOS TANTO EL IMPAGO TOTAL COMO EL PARCIAL DEL SALARIO DEBIDO?
5. EL IMPAGO DEL SALARIO DEBIDO, TOTAL O PARCIAL, ¿INFRACCIÓN GRAVE O MUY GRAVE?
6. LA CONTROVERTIDA DECISIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, SEGURIDAD Y SALUD LABORAL (DGTSSL) DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA
7. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 04/11/2024
Fecha Revisión: 02/12/2024
Fecha Aceptación: 09/12/2024

Cita Sugerida: BANDERA GALLEGO, J.C.: «Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 125-148.

Resumen

La oportunidad de este artículo proviene de la decisión adoptada por la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral (DGTSSL) de la Junta de Andalucía en relación con las actas de infracción practicadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en los casos en los que la empresas pagan a los trabajadores salarios por debajo de la cuantía debida, considerando el autor que semejante decisión se aparta de la línea seguida hasta entonces por estas Autoridades Laborales amparándose para ello en una fundamentación jurídica cuestionable y, adicionalmente, contraria a los criterios que esas autoridades han de aplicar por imperativo de la normativa vigente en la materia. A esta incomprensible decisión hemos de añadir la errática interpretación por estas Autoridades Laborales de algún Criterio Técnico de la ITSS que, como se analizará, están obligadas a respetar y a aplicar.

Palabras clave

Salario; inspector de Trabajo y Seguridad Social; infracción grave o muy grave; sanción grave o muy grave; criterios técnicos; instrucciones; perjuicios económicos y Junta de Andalucía.

Abstract

The opportunity for this article arises from the decision taken by the Directorate General for Labour, Occupational Safety and Health (DGTSSL) of the Andalusian Regional Government in relation to the infringement proceedings carried out by the Labour and Social Security Inspectorate (ITSS) in cases where companies pay workers wages below the amount due, The author considers that such a decision departs from the line followed until then by these Labour Authorities on the basis of questionable legal grounds and, furthermore, contrary to the criteria that these authorities must apply in accordance with the regulations in force on the matter. To this incomprehensible decision we must add the erratic interpretation by these Labour Authorities of some of the Technical Criteria of the ITSS which, as will be analysed, they are obliged to respect and apply.

Keywords

Salary; labour and social security inspector; serious or very serious infringement; serious or very serious sanction; technical criteria; instructions; economic damages and the Andalusian Regional Government.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA AUTONOMÍA TÉCNICA Y FUNCIONAL DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL CON SUJECIÓN A LAS INSTRUCCIONES Y CRITERIOS TÉCNICOS DE LOS ÓRGANOS SUPERIORES

Cuando los funcionarios del Sistema de ITSS desarrollan su función de vigilancia del cumplimiento de la legislación social que tienen encomendada por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS) han de aplicar -según los casos y cuando nos referimos a relaciones laborales individuales y colectivas- disposiciones legales o/y cláusulas normativas de los convenios colectivos, lo que implica la necesidad de interpretar tales normas lo que, unido a las actuaciones de indagación que hayan llevado a término, determinará la resolución del asunto: iniciar procedimiento sancionador, requerir a la empresa para la subsanación de las deficiencias detectadas o, caso de no haber encontrado irregularidad alguna, proceder al archivo del expediente. En todo caso, la decisión que adopte el funcionario del Sistema (inspector o subinspector) tiene consecuencias jurídicas directas, no solo para la empresa, sino también para los trabajadores de esta, para entidades públicas que pudieran quedar afectadas por razón de la materia (Tesorería General de la Seguridad Social, Servicio Público de Empleo Estatal, Instituto Nacional de la Seguridad Social...) e incluso para terceras empresas (supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria establecidas en las disposiciones legales).

Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social (no los subinspectores Laborales) gozan de autonomía técnica y funcional en el ejercicio de su actividad, si bien, a su vez, ambos, están sometidos al principio de jerarquía y, por tanto, a los criterios e instrucciones dadas por la Autoridad Central de la ITSS[1] de la que dependen orgánicamente[2]. De no ser así, en determinados supuestos, una interpretación individualizada de la norma a aplicar por parte de cada actuante nos llevaría a una discrecionalidad absoluta y a la adopción de criterios dispares ante situaciones iguales o semejantes, con los perjuicios consiguientes para los ciudadanos. De ahí la importancia de la elaboración de unos Criterios Técnicos u Operativos que, orientando la labor inspectora, contribuyan a una aplicación uniforme del derecho y consecuentemente favorezcan la seguridad jurídica[3].

Según el artículo 20.2 LOITSS:

*"*Se garantiza la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social *mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social.* A tal fin se establecerán las oportunas

[1] Según el artículo 15.1 LOITSS: "Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social están facultados para desempeñar todas las competencias que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene atribuidas conforme al artículo 12. En su ejercicio gozarán de plena autonomía técnica y funcional, se les garantizará protección frente a todo tipo de violencia, coacción y amenaza, e independencia frente a cualquier influencia indebida en los términos del artículo 6 del Convenio número 81 y del artículo 8 del Convenio número 129 de la Organización Internacional del Trabajo."

[2] Según el artículo 4.3 LOITSS: "Los funcionarios de los Cuerpos de Inspección dependerán funcionalmente de la Administración, estatal o autonómica, que resulte competente por la materia objeto de inspección, en los términos previstos en esta ley y resto de la normativa aplicable, sin perjuicio de su dependencia orgánica de una u otra Administración". Solo en Cataluña y País Vasco la ITSS depende orgánica y funcionalmente de cada una de esas CC.AA. pero solo en lo referente a las materias transferidas, esto es, relaciones laborales y prevención de riesgos laborales. Así, el Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero (BOE de 1 de marzo) traspasa a la Generalitat de Cataluña, en su ámbito territorial, el ejercicio de la función pública inspectora y los servicios de la Inspección de Trabajo, constituido por los órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas del orden social en las materias competencia de la Generalitat, en los términos del artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Por su parte, el Real Decreto 895/2011, de 24 de junio (BOE del 30), hace lo propio respecto del País Vasco.

[3] *Vid.* Fernández-Simal Fernández, J. S.: "Acerca de los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 337, pág. 35.

instrucciones de organización de los servicios, criterios operativos generales *y criterios técnicos vinculantes..."*

Por su parte el artículo 24.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ROFITSS)

> *"*Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social están facultados para el desempeño de todas las competencias que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene atribuidas ..., y en su ejercicio disponen de la *autonomía técnica y funcional* reconocida en el artículo 6 de aquélla. Dicha autonomía se fundamenta en la objetividad y rigor técnico de cada actuación, en el respeto a los principios de eficacia y jerarquía que se *materializan en las instrucciones y criterios técnicos."*
> A la luz de todos estos preceptos, la autonomía técnica y de función en el desempeño de su actuación de la que gozan los inspectores de Trabajo y Seguridad Social queda limitada por las instrucciones y criterios técnicos emanados de los órganos superiores de la ITSS lo que no es sino traslación a este ámbito de lo que ya prevé la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 6:
> *"Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.*
> *(...)*
> *2.* El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos*, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir."*

En el ámbito del funcionamiento de la ITSS esas instrucciones adoptan también la forma de Criterios Técnicos -como se verá más adelante- teniendo la misma eficacia.

El correlato de esa norma para los funcionarios del Sistema lo encontramos en el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que, referido a los principios de conducta de los empleados públicos, proclama:

> *"*[Los empleados públicos] *Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores,* salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes*."*

La interpretación conjunta de los preceptos reproducidos nos lleva a concluir que los funcionarios del Sistema están obligados a cumplir, en su actuación cotidiana (desde la visita a los centros de trabajo pasando por los requerimientos y llegando hasta la extensión de las actas de infracción o/y actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social) el contenido de las instrucciones y criterios técnicos emanados de sus órganos superiores (que son muy variados y atinentes a todas las competencias atribuidas a los funcionarios del Sistema).

La primera consecuencia derivada de no aplicar esos criterios e instrucciones en sus actuaciones es la de que el jefe de la propia Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social proceda a devolver al funcionario el acta de infracción o de liquidación, informe o requerimiento con el que haya concluido una actuación inspectora para su corrección y ajuste a dichas instrucciones

y criterios técnicos[4]. Llegado el caso, si el funcionario actuante se desviase manifiestamente de las normas e instrucciones que rigen la función inspectora, el Jefe de la Inspección Provincial puede relevarlo de dicho asunto por otro funcionario, comunicándolo así al sujeto inspeccionado[5].

En último término, la inobservancia de las instrucciones fijadas por los superiores jerárquicos podría acarrear para el funcionario responsabilidades disciplinarias en función de la entidad del incumplimiento. Así, se considera falta leve "*El incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario,* siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave"[6] pudiendo llegar incluso a incurrir en la falta muy grave descrita como "*La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior,* salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico"[7].

2. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS HAN DE APLICAR LOS CRITERIOS TÉCNICOS E INSTRUCCIONES EMANADAS DE LA AUTORIDAD CENTRAL DE LA ITSS

El paso siguiente es el de determinar si esas instrucciones y criterios técnicos vinculan a los órganos resolutorios competentes en las diversas Comunidades Autónomas (CC.AA.) en cuanto que tienen transferida la competencia de ejecución de la legislación laboral, y en particular, cuando hablamos de las resoluciones que la Autoridades Laborales de las CC.AA. han de adoptar en procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social cuya iniciación se atribuye en exclusiva a los funcionarios del Sistema de ITSS[8].

Puede leerse en la Exposición de Motivos de la LOITSS (expositivo III, párrafo octavo):

> "Dado que la legislación cuya aplicación y vigilancia está encomendada a la Inspección es la misma en todo el territorio, también deben ser los mismos los criterios técnicos e instrucciones dictados para garantizar esa homogeneidad normativa, de manera que no se introduzcan por esta vía diferencias territoriales, ello sin perjuicio de la dependencia funcional de la Inspección de las Comunidades Autónomas, lo que no resulta afectado por esta previsión, ya que se limita a la identidad en la normativa y no se extiende a la ejecución de la misma. *De esta forma, se consagra como principio general que orienta el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el de unidad de criterio técnico interpretativo*."

El punto de partida para explicar el alcance de esta declaración está en el artículo 149.1.7 de la Constitución según el cual la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio, como se ha dicho, de su ejecución por las CC.AA., estando encomendada la vigilancia y control del

[4] El artículo 30.2 b) del Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social faculta al titular de la jefatura para velar por el cumplimiento de las instrucciones y, el apartado c) de dicho artículo, a devolver para su corrección los expedientes resueltos de manera incompleta o defectuosa o contrariando los criterios técnicos aplicables.
De modo más preciso, el Criterio Técnico 36/2003, de 2 de junio de 2003, sobre ejercicio del control de calidad técnica en las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social obliga a los jefes de equipo a realizar ese control sobre los subinspectores Laborales asignados; a los jefes de Unidad Especializada respecto de los funcionarios dependientes de la misma y a los jefes de la respectiva Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social que son a los que corresponde en primera instancia esta función, sin perjuicio de la participación de los jefes adjuntos, jefes de unidad y jefes de equipo.

[5] Artículo 18.3 ROFITSS.

[6] Artículo 8 e) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

[7] Artículo 95.2 i) EBEP.

[8] Artículo 1.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE del 4 de junio) (RPS).

cumplimiento de la normativa laboral a los funcionarios del Sistema de ITSS. Si la legislación laboral compete a la Administración General del Estado (AGE) su interpretación corresponde a la Dirección General de Trabajo[9] que ha de aplicar la Autoridad Central de la ITSS a la hora de elaborar las instrucciones y criterios técnicos que en exclusiva le corresponde[10], sin perjuicio de la participación de las CC.AA. a través del Consejo Rector de la ITSS[11] y de la posibilidad de la correspondiente Autoridad Autonómica de la ITSS para efectuar propuestas de criterios técnicos y operativos, pero solo por las posibles particularidades de la actividad laboral en la Comunidad Autónoma de que se trate[12].

Las potestades administrativas que tiene atribuidas el Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OAEITSS) le facultan, en su ámbito competencial y a través de los órganos que integran su estructura, para ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes. Para la consecución de estos fines, ejercerá las potestades administrativas de planificación y programación de la actuación inspectora, así como la de establecimiento de instrucciones de organización de los servicios, criterios operativos generales y criterios técnicos vinculantes, en los términos y con el alcance previsto en los Estatutos del Organismo[13].

En definitiva, la homogeneización de la actuación inspectora a través de criterios únicos de actuación para todo el territorio nacional constituye una garantía jurídica, no solo para el sujeto inspeccionado, sino también para el ciudadano en general, debiendo ser una única Autoridad – la Central de la ITSS- la que dicte los mismos[14].

La cuestión de si la interpretación de las normas laborales corresponde a la AGE en exclusiva o si las CC.AA. pueden también adoptar instrucciones y circulares interpretativas sobre dichas normas fue abordada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 249/1988. La Generalitat de Cataluña planteó conflicto positivo de competencias frente a la Circular de 14 de julio de 1983 emitida por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social bajo el título "Sanciones. Infracciones Laborales de los empresarios. Actos de obstrucción". El fallo estableció que el Estado era competente para emitir dicha Circular[15]. Especialmente reveladora resulta la lectura del párrafo sexto de su Fundamento Jurídico II:

> "Desde el punto de vista de su contenido resulta claro que la meritada Circular tiene naturaleza normativa. Trata, con carácter provisional y hasta que se cite la oportuna norma legal de desarrollo del art. 57 ET, de establecer unas normas sobre las infracciones laborales de los empresarios y sobre las Actas de obstrucción de la Inspección de Trabajo y determina las escalas de sanciones posibles, en su grado mínimo, medio y máximo de acuerdo al carácter leve, grave y muy grave de la infracción. *La regulación de esta materia es legislación laboral, desarrollo del art. 57 ET y, por tanto, competencia exclusiva del Estado. No corresponde en ningún caso a la Generalidad de*

[9] Artículo 3.1 a), n) y ñ) del Real Decreto 502/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social (BOE del 22).

[10] Artículo 31.3 LOITSS.

[11] Artículo 29.2 LOITSS.

[12] Artículo 33 f) LOITSS

[13] Artículo 1.2 del Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 8).

[14] *Vid.* op. cit. Fernández-Simal Fernández, J. S., pág. 38.

[15] El antiguo texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, BOE del 31) en su artículo 27 otorgaba a Circulares e Instrucciones el carácter de disposición administrativa. Tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como la actual LRJSP (artículo 6) ya solo se refieren a las instrucciones.

Cataluña establecer esta gradación de sanciones en función de las correspondientes infracciones."

Por tanto, es competencia exclusiva del Estado la interpretación de las normas laborales pues a él corresponde también en exclusiva la promulgación de la legislación laboral de aplicación en todo el territorio nacional.

3. LA PERSPECTIVA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL SOBRE EL PAGO DE SALARIOS DE LAS EMPRESAS A LOS TRABAJADORES EN CUANTÍA INFERIOR A LA DEBIDA

La lucha contra el empleo irregular y en el fraude a la Seguridad Social, la mejora de la calidad del empleo, de la lucha contra las bolsas de fraude laboral existentes en el mercado de trabajo y la prevención de riesgos laborales son los objetivos esenciales que el sistema ITSS se ha marcado en los últimos años.

El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020[16] elaborado con la participación de las CC.AA. y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas ya mostraba su preocupación por las conductas empresariales que implicaban incumplimientos en cuanto al pago del salario debido. Así, en el capítulo dedicado a las "Medidas Operativas" titulaba su apartado 3 "Medidas para corregir los incumplimientos en materia salarial y los derivados de la externalización de actividades". En él se decía:

> "El impago de salarios o el retraso en el pago es un acto gravísimo que incide directamente en la esencia de la prestación del trabajo, generando las más dañinas situaciones en la vida de las familias trabajadoras.
> Esta práctica tan lesiva es una de las principales preocupaciones manifestadas por los trabajadores y trabajadoras y, así como por sus representantes, a través de las denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así, en el último año, las denuncias por impago o retrasos en pago de salarios han supuesto más del 33% del total de denuncias en materia de relaciones laborales presentadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que la reacción de los poderes públicos necesita ser reforzada mediante medidas especiales.
> (...)
> Medida 13: Activar una mejor y contundente respuesta ante los casos de impago de salarios. Para ello se partirá de la elaboración de una Instrucción del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre actuación en materia de impago de salarios, que aborde los distintos supuestos y armonice la actuación de la Inspección de Trabajo, buscando una mejor y más rápida y eficaz respuesta a las denuncias presentada."

En cumplimiento de la Medida 13 se dictó por la Autoridad Central de la ITSS la Instrucción 2/2019, sobre actuación inspectora en materia de impago de salarios de la que más adelante nos ocuparemos.

El Plan Estratégico de la ITS-S 2021-2023[17] -también elaborado con la activa participación de las CC.AA. y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas- de nuevo muestra

[16] Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018 (BOE del 28).

[17] Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023.

su preocupación por el impago del salario debido ya que, afirma, el mayor número de denuncias que se presentan ante la ITSS afectan al salario y al tiempo de trabajo. Los salarios por debajo de las cuantías mínimas fijadas legal y convencionalmente, las jornadas de trabajo excesivas y los contratos temporales fraudulentos y de corta duración son los principales factores de precariedad laboral[18]. En coherencia con la importancia para la ITSS de combatir a las empresas que pagan a sus trabajadores salarios por debajo de la cantidad debida el Plan Estratégico 2021-2023 establece que *"... el objetivo de las actuaciones inspectoras será el abono de los salarios adeudados y la exigencia de responsabilidades*. La Inspección investigará en todo caso las infracciones en materia de salario*, tanto derivadas de impago total o en su cuantía debida, en aplicación del salario mínimo interprofesional o en las cuantías establecidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación,* el retraso en su abono o aquellas cantidades satisfechas en efectivo o bajo cualquier modalidad de pago, pero ocultas, no documentadas y excluidas de las bases de cotización a la Seguridad Social[19]*"*.

Más adelante, el Plan Estratégico 2021-2023 realiza una declaración de contundencia indudable acerca de la trascendencia para la actuación de la ITSS en ese trienio para conseguir eliminar situaciones en las que las empresas pagan a sus trabajadores salarios inferiores a los que han devengado con su trabajo:

> "El salario constituye el elemento más esencial de la relación laboral y los incumplimientos empresariales sobre el mismo una de las más graves vulneraciones contractuales y ataque a los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Los impagos, totales o parciales, así como los retrasos en el pago de salarios, no solo afectan directamente a la persona trabajadora, sino que también redundan en su bienestar familiar y social.
>
> La protección del salario no puede concebirse sin la función desempeñada por la ITSS, al ser este el servicio público encargado de velar por el cumplimiento de la normativa del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes. Es decir, el elemento más esencial de la relación laboral, y una de las principales preocupaciones de las personas trabajadoras, no puede ser ajeno a la actuación de garantía y protección brindada por la ITSS. Y por el mismo motivo, las conductas empresariales contrarias al derecho de las personas trabajadoras no pueden ser ajenas al reproche sancionador de la Inspección.
>
> La función social de la Inspección debe tender no solo al reproche administrativo sino también a la reposición de los trabajadores y las trabajadoras en sus derechos. Por este motivo, con la publicación de la Instrucción 2/2019 sobre actuación de la Inspección en materia de impago de salarios, y la paralela creación de una campaña específica en enero de 2019 sobre esta materia, se pretendió no solo que estas actuaciones respondiesen a actuaciones rogadas, sino también planificadas, potenciando la actuación de la ITSS tendente a la recuperación de salarios por parte de las personas trabajadoras[20]."

La claridad con la que se han expresado tanto el Plan Director como el Plan Estratégico con relación a este asunto releva al autor del esfuerzo de glosar lo que ambos Planes plantean a la sociedad

[18] Este Plan Estratégico 2021-2023 revela, en el apartado dedicado a la "Evaluación-diagnóstico del mercado de trabajo", que "...la puesta en marcha de una campaña específica en materia de impago de salarios permitió intensificar las actuaciones en esta materia, alcanzando la cifra de 29.500.802,79 € las cantidades recuperadas, desde el año 2019, para las personas trabajadoras a través de la actuación de la Inspección de Trabajo."

[19] Ver expositivo III Objetivos estratégicos. Eje 1.1 Unas condiciones de trabajo dignas, seguras y saludables. Objetivo 1. Garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos laborales y sindicales, luchando contra todo tipo de abuso y fraude en materia laboral.

[20] Ver, expositivo III Objetivos estratégicos Eje 2. Reforzar las capacidades de actuación de la inspección de trabajo y seguridad social. Objetivo 16. Reforzar el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de salarios. Actuación 16.1. Estrategia para potenciar la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante el incumplimiento en la obligación de abono del salario debido.

sobre una conducta que califica como uno de las más graves vulneraciones contractuales y frontal ataque a los derechos de los trabajadores.

Especial mención ha de hacerse al sentido que la actuación de la ITSS tiene en pequeñas empresas con presencia mayoritaria de trabajadores de baja cualificación profesional y con salarios igual o algo superiores al mínimo interprofesional en las que no existe una representación legal de los trabajadores que pueda defender dentro y fuera de la empresa los derechos e intereses legítimos de estos. En ese escenario los trabajadores no suelen presentar denuncia ante la ITSS ni acudir a la jurisdicción social en reclamación de una parte del salario que no se ha pagado, entre otras razones, por temor a las posibles represalias de la empresa y, sobre todo, cuando las diferencias retributivas no son elevadas, optan por aquietarse antes de emprender actuaciones administrativas o/y judiciales ya sea porque, aun pudiendo obtener un pronunciamiento favorable, tienen un coste indirecto en forma de deterioro de su relación con la empresa o porque los gastos que conllevan el procedimiento judicial no compensa suficientemente el reconocimiento de la deuda ni el citado deterioro que se produce en su relación con el empresario. Es en estos supuestos en los que la actuación de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social cobra una dimensión singular que no es otra que la de hacer que los trabajadores perciban los salarios en su integridad o, si el empresario no accede a ello, proponer las sanciones correspondientes conforme al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Con carácter general, la actuación de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social en este, como en otros tantos asuntos en los que ejercen las competencias atribuidas, tras detectar que una empresa no paga a sus trabajadores los correspondientes salarios o lo hace en cuantía inferior a la debida (por ejemplo, no pagar el importe de alguno o algunos de los conceptos salariales establecidos para cada grupo o categoría profesional en el convenio colectivo aplicable en la empresa o, en ausencia de convenio colectivo aplicable, no hacerlo conforme al salario pactado en el contrato de trabajo y, en ausencia de tal pacto, al importe del salario mínimo interprofesional; retribuir a los trabajadores según las tablas salariales de un convenio colectivo que no es el aplicable, pero que aparentemente lo es; no pagar las horas extraordinarias realizadas cuando las mismas no han sido compensadas con tiempos equivalentes de descanso, etc.) puede consistir:

A) Requerir a la empresa para que, en el plazo que se le fije por el inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante, proceda al abono de los salarios adeudados y en caso de incumplimiento empresarial a dicho requerimiento, proceder a extender acta de infracción con estimación de perjuicios económicos proponiendo la sanción que corresponda con la agravante inicial (podrían concurrir otras: perjuicio causado a los trabajadores afectados; número de trabajadores afectados; cifra de negocios de la empresa...) de haber incumplido tal requerimiento[21].

B) Extender directamente acta de infracción con estimación de perjuicios económicos (esto es, las cantidades adeudadas a los trabajadores dentro de los tres años anteriores al inicio de las actuaciones inspectoras[22] que deberán hacerse constar pormenorizadamente en el texto del acta[23]), lo que faculta a la Autoridad Laboral (en este caso, la de la Comunidad Autónoma) para iniciar procedimiento de oficio ante la jurisdicción laboral[24] para que por esta se determine si tales perjuicios se produjeron o no y, de ser así en el primer caso,

[21] Artículo 39.3 LISOS.

[22] Las infracciones laborales prescriben a los tres años contados desde la fecha en la que se hubiese cometido (artículo 4.1 LISOS) produciéndose la interrupción de tal prescripción con el inicio de la actuación inspectora con conocimiento del sujeto pasivo conducente a la comprobación de la infracción (artículo 7.2 RPS).

[23] Artículo 14.3 RPS.

[24] Artículo 148 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (B.O.E. del 11 de diciembre).

condenar a la empresa al pago de los salarios adeudados a los trabajadores afectados por el acta de infracción con inclusión del correspondiente interés por mora. En su caso, se deberá practicar acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social (coordinada con acta de infracción grave -si así lo estima el inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante- por los mismos hechos) por las diferencias entre las bases de cotización declaradas por la empresa y las que corresponderían si se hubiese pagado el salario debido en su integridad salvo, claro está, que la empresa haya declarado bases de cotización ajustadas a las retribuciones salariales debidas pero, sin embargo, no haya pagado a sus trabajadores por los salarios debidos que sí consten reflejados correctamente en sus recibos de salarios en los que, en consecuencia, se consigne el importe correcto de la base de cotización mensual.

Sobre este modo de actuar se verá que la Instrucción 2/2019 introdujo algunas variaciones de no menor importancia.

4. ¿QUEDA IMPLÍCITO EN LA TIPIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.1 DE LA LISOS TANTO EL IMPAGO TOTAL COMO EL PARCIAL DEL SALARIO DEBIDO?

La simple lectura del tipo "*El impago y los retrasos reiterados en el salario debido*" nos lleva considerar que la no percepción íntegra del salario que se le debe al trabajador ya encajaría en la infracción descrita siempre que el mismo sea reiterado, expresión esta que más adelante delimitaremos.

Como acabamos de ver, el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020 se remitía a una futura Instrucción -la ya mencionada 2/2019- para que en ella se abordasen los distintos supuestos y se armonizase la actuación de la ITSS en la materia. En uno de sus apartados esta Instrucción se refiere a la actualización de salarios como consecuencia de la entrada en vigor de un convenio colectivo que sustituye al anterior o bien a la revisión salarial del que está vigente como aspecto que ha de ser comprobado por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Por consiguiente, se deduce que el posible impago de esas actualizaciones, si son reiteradas, podrían ser objeto de un acta de infracción muy grave con la correspondiente propuesta de sanción.

Más claro resulta el Plan Estratégico cuando afirma que "La Inspección investigará en todo caso las infracciones en materia de salario, tanto derivadas de impago total o en su cuantía debida, en aplicación del salario mínimo interprofesional o en las cuantías establecidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación... *"*

Si acudimos a las resoluciones de los tribunales competentes para resolver las impugnaciones de las empresas contra las sanciones impuestas por las Autoridades Laborales Autonómicas competentes por actas de infracción practicadas por la ITSS por impago parcial de salarios hemos encontrado los siguientes casos:

— Pago de salario a los trabajadores por debajo de la cuantía establecida en el convenio colectivo aplicable[25].

[25] Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia de 4 de marzo de 2024 (recurso nº 229/2023) y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 27 de febrero de 2006 (recurso nº 264/2006).

— El impago a los trabajadores de las horas extraordinarias al no haber sido compensadas con tiempos de descanso equivalentes, lo que implica un pago incompleto del salario debido en los meses en los que dichas horas extras no se abonaron por la empresa[26].

— Abono a los trabajadores de salarios inferiores a los derivados del contrato de trabajo a jornada completa suscrito con cada uno de ellos no aceptándose el argumento empresarial de que los trabajadores efectuaban jornadas inferiores a las pactadas en esos contratos de trabajo pues la modalidad contractual la eligió la empresa y ella le cabía el derecho de exigir el cumplimiento de una jornada completa[27].

— Impago a los trabajadores del complemento retributivo de antigüedad contemplado en el convenio colectivo[28].

— Pago a los trabajadores de salarios por debajo de lo establecido en el convenio colectivo provincial de limpieza que les resultaba de aplicación en su relación laboral con la empresa[29].

— Retribución a los trabajadores en la cuantía establecida cada año para el SMI y no conforme a las tablas salariales previstas en el convenio colectivo de comercio de la provincia, sin que concurriesen circunstancias que hiciesen discutible la aplicación de la norma convencional[30].

— Pago a trabajadores de un Ayuntamiento de salarios inferiores a los recogidos en el convenio colectivo del personal laboral del mismo por entender que tales trabajadores no estaban incluidos en su ámbito de aplicación personal[31].

— La empresa paga al trabajador por cantidad, a destajo, y no por el número de horas como establece el convenio colectivo aplicable y, además, consigna un número de horas inferior al realizado realmente, por lo que también lo que perciben en nómina es inferior a lo que deberían haber percibido por horas trabajadas. Resultando en definitiva que la empresa paga a destajo menos que lo que correspondería realmente por jornadas y horas trabajadas[32].

— La Inspección viene a considerar que los derechos salariales abonados a los trabajadores son inferiores a los establecidos en el convenio colectivo para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana para el salario a destajo: se pacta formalmente un precio

[26] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 19 de setiembre de 2016 (recurso nº 1220/2015); del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de octubre de 2023 (recurso nº 8329/2022) y de 6 de noviembre de 2020 (recurso nº 20/2019), que fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 2023 (rcud nº 146/2021); del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de abril de 2024 (recurso nº 3809/2023) y de 1 de julio de 2020 (recurso nº 5878/2019)

[27] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 18 de junio de 2018 (recurso nº 391/2018).

[28] Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1998 (recurso nº 4717/1992).

[29] Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de 20 de mayo de 2015 (recurso nº 687/2012).

[30] Sentencia del Juzgado de los Social nº 1 de Ávila de 17 de mayo de 2023 (recurso nº 569/2022).

[31] Sentencia del Juzgado de lo Social de Toledo nº 2 de 5 de noviembre de 2021 (recurso nº 160/2021).

[32] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 11 de mayo de 2020 (recurso nº 961/2019).

por hora de trabajo, pero de las actuaciones comprobatorias el inspector concluye que el salario real se fija por kilo recolectado (destajo) en cuantía inferior a la del convenio[33].

— Impago a los trabajadores de la empresa durante quince meses de la actualización salarial del convenio colectivo provincial de hostelería[34].

— La empresa compensaba y absorbía el complemento de antigüedad con una mejora voluntaria de manera que cuando los trabajadores ganaban un bienio o quinquenio la empresa minoraba la mejora voluntaria que les venía pagando por lo que se convertía en un mecanismo para que los trabajadores percibiesen el SMI y como comodín para neutralizar futuras subidas salariales[35].

— La empresa dejó de abonar los complementos previstos el convenio colectivo aplicable relativos al trabajo en sábado tarde, y en domingos y festivos[36]

En todos y cada uno de los casos mencionados el órgano jurisdiccional correspondiente confirmó la resolución administrativa que imponía una sanción económica por esos incumplimientos recogidos en las actas de infracción extendidas por la ITSS que, como se he expresado, no se refieren a impagos totales del salario sino a pagos parciales o incompletos del mismo. Más aun, y por lo que se comentará a continuación, en todos estos supuestos la infracción fue tipificada como muy grave por aplicación del artículo 8.1 LISOS y así aceptada en estas sentencias.

5. EL IMPAGO DEL SALARIO DEBIDO, TOTAL O PARCIAL, ¿INFRACCIÓN GRAVE O MUY GRAVE?

El derecho administrativo sancionador en el orden social es tributario, como no podía ser de otra forma, de los principios de la potestad sancionadora regulados en la LRJSP. A los efectos de este expositivo nos detenemos en su artículo 29 que bajo la rúbrica "Principio de proporcionalidad" dice en su apartado 2 que:

> "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas"

Conforme a ello, el umbral mínimo han de ser sanciones pecuniarias cuya cuantía no puede ser tal que resulte para el infractor más beneficioso incumplir y pagar que cumplir y no pagar la sanción[37]. Pero lo cierto que esto no ocurre, en general, en este ámbito de las potestades administrativas y mucho menos en lo que a las infracciones concernientes al impago del salario debido se refiere. La cuestión es muy simple y un ejemplo lo explicará con nitidez. Si una empresa no paga a sus trabajadores

[33] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2016 (recurso nº 1659/2015).

[34] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 18 de julio de 2018 (recurso nº 387/2018).

[35] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias/Tenerife de 14 de diciembre de 2021 (recurso nº 432/2021). Contra esa sentencia, la empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Auto de 22 de noviembre de 2022 (recurso nº 619/2022).

[36] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 31 de octubre de 2017 (recurso nº 1407/2016).

[37] *Vid.* Salas Porras, M.: *La impugnación administrativa y judicial de las actas de la Inspección de Trabajo. un estudio jurídico de la casuística en el control de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito jurídico laboral*, Murcia, Ediciones Laborum, 2020, pág. 25.

las cuantías establecidas en el convenio colectivo aplicable porque ha "optado"[38] por otro distinto con salarios inferiores a las tablas salariales de aquel y lo viene haciendo desde varios años podría llegarse a deudas salariales acumuladas que podrían superar los 225.018 € (cuantía máxima de la sanción a imponer por una infracción laboral muy grave en grado máximo tipificada en el artículo 8.1 LISOS) en los tres años anteriores al inicio de la actuación inspectora. En consecuencia, resultaría, en este caso extremo, más beneficioso para el empresario incumplidor el pagar la sanción impuesta que cumplir su obligación de retribuir a sus empleados conforme al convenio colectivo que incluya en su ámbito funcional la actividad de la empresa. Pero esta situación sería debida a que la ley establece ese máximo sancionador y, por tanto, lo único que cabría es que el legislador cambiase el régimen sancionador de estas infracciones estableciendo, por ejemplo, que se comete una infracción por trabajador afectado, lo que conseguiría que las sanciones por este motivo tuviesen un efecto realmente disuasorio, principal objetivo de las sanciones administrativas[39].

El ejemplo expuesto sirve igual para supuestos de impago de horas extraordinarias cuando no han sido compensadas con tiempos equivalentes de descanso o cuando la empresa, ante la ausencia de un convenio colectivo aplicable o/y de una cláusula contractual que fije el salario del trabajador, lo haga en cuantía inferior al importe del SMI.

A las situaciones que acabamos de describir no es ajena la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que considera que las legislaciones nacionales deben, para proteger de manera eficaz los salarios de los trabajadores, establecer un régimen de sanciones adecuadas para cualquier caso de infracción en esa materia[40] y es por ello por lo que mantiene que las estrategias de inspección del trabajo y los sistemas de sanciones disuasorias para contrarrestar las infracciones en materia de salarios (especialmente, en el caso de los salarios mínimos) han de constituir la columna vertebral indispensable de cualquier sistema creíble de cumplimiento, lo que sucede, en particular, cuando los trabajadores carecen de representación colectiva o son vulnerables por otros motivos, como en el caso de los trabajadores de la economía informal, las trabajadoras y trabajadores domésticos, los trabajadores poco calificados y los migrantes indocumentados[41].

Sentado lo anterior a modo de declaración de principios informadores sobre el reproche que merecen las vulneraciones a los derechos de los trabajadores en relación con el salario debido por su relación laboral por cuenta ajena, hemos de entrar de lleno en la respuesta al título de este expositivo.

En primer lugar, hemos de aclarar que no son susceptibles de actuación inspectora en este aspecto de la relación laboral los supuestos en los que los trabajadores no perciben los salarios que se les adeudan conforme al convenio colectivo aplicable o contrato de trabajo cuando la empresa

[38] En no pocas ocasiones la práctica inspectora nos muestra que esa "opción" consiste en aplicar un convenio colectivo que guarda alguna semejanza con la actividad real de la empresa, pero, en realidad, elude la aplicación del convenio colectivo que le corresponde. La razón: el aparente conlleva un coste retributivo menor que el que realmente tendría que aplicarse. En definitiva, ahorro de costes y ventaja competitiva ilegal respecto de las otras empresas de su sector que aplican el convenio colectivo que corresponde.

[39] El artículo 7.2 de la LISOS tipificaba el fraude en la contratación temporal con independencia del número de trabajadores afectados (si acaso, ese número servía como circunstancia agravante). El artículo 5 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE del 30) modificó la tipificación estableciendo que se cometía, en tales casos, una infracción por trabajador afectado y, además, la cuantía de la sanción la fijaba en un mínimo de 1.000 € por cada trabajador afectado. Valga un ejemplo de lo que representa esta modificación: antes de producirse esta, el fraude en la contratación por dos trabajadores sería sancionada con 751 € (grave en grado mínimo tramo inferior); después de la reforma, ese importe sería de 2.000 €.

[40] Artículo 15 c) del Convenio nº 95 (OIT) sobre la protección del salario, ratificado por España el 24 de julio de 1958.

[41] OIT "Guía sobre políticas en materia de salario mínimo", capítulo 6 "¿Cómo hacer cumplir el salario mínimo?", apartado 6 "Sistemas de sanciones disuasorias", pág. 90.

está sujeta a la inaplicación del convenio colectivo en lo referente a la cuantía salarial tras haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) o a una modificación sustancial de dicha cuantía establecida en la empresa al amparo del artículo 41 de esta norma. Tampoco puede actuar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando el o los trabajadores han reclamado judicialmente la cantidad adeudada por la empresa[42].

Hecha las salvedades oportunas, hemos de aludir, en primer término, a los preceptos legales que se incumplen cuando se produce el impago del salario debido a un trabajador. Nos referimos a los artículos 4.1 f) y 29.1 ET[43]. El primero de ellos reconoce como derecho de los trabajadores en la relación laboral el de la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida y, el segundo de los citados obliga al empresario a que la liquidación y pago del salario se hagan puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o, en su defecto, según los usos y costumbres. También se entienden incumplidos los preceptos convencionales que concretan la cuantía salarial y los que, en su caso, establezcan el tiempo en el que ha de hacerse efectivo el pago de los salarios a los trabajadores.

El precepto que tipifica la infracción como grave (artículo 7.10 LISOS) es en realidad un "cajón de sastre" en el que quedan incluidos diversos tipos de infracción al efectuar una remisión al artículo 4 ET y a las condiciones de trabajo que se regulan en los convenios colectivos: "Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo*, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente."* Sería la vulneración del artículo 4.1 f) ET el que sustentaría la aplicación de este tipo infractor.

El que efectúa la infracción como muy grave (artículo 8.1 LISOS) reza así: "*El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido*". El análisis sintáctico de la expresión nos lleva a que son dos las infracciones que contempla: una es la de los retrasos reiterados en el pago del salario debido y, la otra, la del impago reiterado del salario debido. En todo caso, queda excluido del tipo infractor el impago de las retribuciones extrasalariales (dietas, plus de transporte, gastos de locomoción, entre otros) dada la literalidad de la tipificación. Sin embargo, el impago total o parcial de estas últimas, reiteradas o no, sí podrían encajar en el tipo del artículo 7.10 LISOS pues el artículo 4.1 f) ET se refiere a la "remuneración" que incluye -al no establecer distinción- tanto las salariales como las extrasalariales.

Una primera aproximación en la interpretación conjunta de ambos preceptos nos podría llevar a considerar que si los impagos o los retrasos no son reiterados en el tiempo (no establece la norma un *quantum* específico para delimitar la reiteración respecto de lo que no lo es) la infracción a aplicar sería la grave y, de producirse la reiteración en el impago o en la puntualidad del pago, muy grave[44].

[42] Artículo 20.5 párrafo segundo LOITSS. También se pronuncia expresamente sobre este asunto la Consulta de la DGITSS de 23 de abril de 2014 "Actuación de la Inspección en caso de denuncia en la que esté conociendo un órgano jurisdiccional. Denuncias por impago de salarios.", afirmando que "*...parece razonable o prudente esperar a que quien tiene la competencia natural para conocer del fondo del asunto decida sobre la cuestión que ya ha sido sometida a su conocimiento y consideración como es el supuesto de imago de salario*s."

[43] Estos artículos conservan la misma redacción desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE el 14).

[44] Como es conocido, la jurisprudencia viene admitiendo, con carácter general, que el impago o el retraso reiterado de tres mensualidades del salario debido constituye causa de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 (rcud nº 380/2012); 9 de diciembre de 2016 (rcud nº 743/2015); 9 de diciembre de 2010 (rcud nº 3762/2009); 10 de setiembre de 2020 (rcud nº 105/2018), entre otras.

Sin embargo, la Autoridad Central de la ITSS en la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo trabajo y de horas extraordinarias considera que en los supuestos en los que la ITSS detecte en una empresa la realización de horas extraordinarias no declaradas ni registradas y, por tanto, no compensadas con tiempo de descanso ni pagadas y el inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante haya podido cuantificarlas se apreciará la infracción por impago de salarios, considerando a juicio del actuante (manifestación típica de la autonomía técnica y funcional de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social) en función de la "entidad del impago", alternativamente, la existencia de la infracción muy grave del artículo 8.1 o de la grave del 7.10. No explicita la instrucción qué ha de entenderse por "entidad del impago" pero, desde luego, no puede entenderse referido al número de trabajadores afectados o al importe de lo adeudado en cuanto que es un perjuicio causado a los trabajadores que estuviesen afectados por esta conducta empresarial ya que ambas circunstancias operan en este caso como circunstancias que pueden agravar o atenuar la sanción a proponer en el acta de infracción. Como veremos a continuación, la Autoridad Central entendía la "entidad del impago" en relación con el periodo de tiempo en el que éste se había producido.

En cumplimiento de la previsión que hizo el Plan Director por un Trabajo Digno, la Autoridad Central, en la Instrucción 2/2019, es más específica en el tratamiento que ha de darse a estas situaciones:

En caso de que se hayan constatado impagos de salarios y, a pesar del requerimiento para su abono, este no se haya cumplido o aun cumplido se estime que, a juicio del actuante, la conducta empresarial no está justificada, implicando un perjuicio directo para los trabajadores afectados, procederá el inicio del correspondiente procedimiento sancionador, siendo de aplicación en ese caso, en función de la entidad del impago, los siguientes tipos infractores:

-Artículo 8.1 .... Respecto a la aplicación de este tipo infractor, debe tenerse en cuenta la necesidad de que dicho impago sea reiterado, lo que configura precisamente esa especial antijuridicidad que determina su calificación como muy grave.

Así, y a la vista de la jurisprudencia en relación con el impago de salarios que habilita al trabajador para solicitar la extinción del contrato por incumplimiento grave del empresario al amparo del artículo 50.1 b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, se considera un periodo de tres meses a partir del cual procede su estimación (por todas, STS de 16-1-2015). Es por ello que, con carácter orientativo, por tratarse de jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y sin perjuicio de la concurrencia de otros elementos que determinen una mayor gravedad, *en caso de impagos inferiores a tres meses, no se estima procedente la aplicación de la infracción muy grave.*

-Artículo 7.10.... En este caso la mera apreciación de impagos puntuales supone la comisión de la misma, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 4.2 f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando no tenga la entidad para su calificación como muy grave.

(...)

Debe tenerse en cuenta que, dado que las acciones para la exigencia de la percepción de cantidades económicas, como es el salario, prescriben al año desde que se pudieron ejercitar, en caso de impagos durante periodos superiores, el trabajador no podrá exigir lo que exceda de dicho año, produciéndose un enriquecimiento injusto del empresario en detrimento del trabajador que no ha accionado en plazo. En los casos en los que en la actuación inspectora se compruebe dicha situación, deberá tenerse en cuenta la misma, de manera que no le sea más rentable al empresario el abono de

la sanción propuesta que el pago de los salarios adeudados. *Por ello, cuando se extienda acta de infracción por tales hechos, se deberá proceder a agravar la misma atendiendo al perjuicio causado.*

Del mismo modo, en las actas que se extiendan por impago de salarios *deberán hacerse constar de manera clara y pormenorizada los perjuicios económicos sufridos por los trabajadores, debiendo consignar todos aquellos elementos que permitan a la Autoridad Laboral*, en su caso, proceder conforme al artículo 148.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.*"*

Esta es la parte esencial de la Instrucción 2/2019 al objeto de este comentario. Varias puntualizaciones son necesarias.

La Autoridad Central muestra su preferencia por iniciar la actuación -constatado el impago- con un requerimiento a la empresa para que, en el plazo que se le indique, proceda al abono de los salarios adeudados a los trabajadores aceptando que, a pesar de su cumplimiento, se proceda a iniciar procedimiento sancionador mediante acta de infracción cuando, a juicio del inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante (una nueva expresión de la autonomía técnica y funcional que tiene atribuida), la conducta empresarial no esté justificada. Coincidiendo plenamente con este enfoque lo cierto es que si el cumplimiento del requerimiento va acompañado de acta de infracción es posible que la empresa opte por no cumplirlo, máxime en aquellos casos en los que el impago reiterado del salario debido a uno o a varios de sus trabajadores se detecta sin mediar denuncia, pues ya la probabilidad de una reclamación judicial por estos suele ser mínima. En los casos en lo que la empresa decida cumplir el requerimiento del inspector de Trabajo y Seguridad Social queda al criterio de este si proceder, además, a extender acta de infracción muy grave del 8.1 (caso de ser reiterado el impago, en los términos expresados en la Instrucción 2/2019) o grave del 7.10. Obviamente, en esa decisión jugarán factores de diversa índole que, a título enunciativo, podrían ser: los antecedentes de la empresa acerca del cumplimiento de sus obligaciones en la materia, la extensión del periodo de tiempo en el que se han producido los impagos, o/y la mayor o menor cuantía del impago.

Por otra parte, acierta la Instrucción 2/2019 en su interpretación de la interrelación entre los dos tipos infractores, dejando las graves para incumplimientos puntuales y las muy graves para los impagos salariales totales o parciales de tres o más meses. En todo caso, cada situación exigirá que la decisión de la aplicación de un tipo infractor u otro quede debidamente justificada en el acta de infracción para lo cual, siguiendo el camino señalado por la Instrucción 2/2019, el actuante podrá basar su decisión en la jurisprudencia sobre extinción del contrato de trabajo por incumplimientos empresariales consistentes en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado[45]. En este sentido, podría admitirse como pauta orientadora la jurisprudencia y la doctrina legal existente respecto de esta causa de extinción contractual, de forma que si la resolución judicial considera que el impago determina la extinción del contrato la infracción habrá de ser muy grave y grave, en caso contrario. Pero si nos adentramos en el análisis de las resoluciones judiciales que nos ocupan nos enfrentaremos a una compleja y variada casuística entre la que debe encontrarse la que se ajuste al supuesto de hecho que ha de resolver el inspector de Trabajo y Seguridad Social para decidir, cuando sea el caso, si la infracción es la grave del 7.10 o la muy grave del 8.1.

Como regla general se puede señalar que cuando se trata de la falta de pago, según los principios de integridad e identidad que rigen el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, el incumplimiento contractual del empresario se producirá cuando no exista satisfacción íntegra de la deuda salarial y, en consecuencia, tanto en los supuestos de impago total como parcial, siempre que se trate de un impago persistente o duradero en el tiempo, siendo pues requisito *sine qua non* esa

[45] Según el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores: "Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo: ... La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado."

continuidad en el tiempo[46], no pudiendo considerarse que el pago posterior de lo debido tras meses sin hacerlo hace inexistente la comisión de la infracción por el empresario[47]

La jurisprudencia existente respecto de esta causa de resolución contractual se puede resumir en los siguientes puntos:

1) No es exigible para la concurrencia de esta causa de resolución la culpabilidad en el incumplimiento del empresario.

2) Para que prospere la causa resolutoria basada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial.

3) Este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses[48].

En definitiva, creemos que la Instrucción 2/2019 efectúa un tratamiento adecuado de este tipo de infracciones y la calificación -grave del 7.10 o muy grave del 8.1- que haya de darse a cada supuesto de hecho sometido a la consideración de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social haciéndolo en congruencia con la jurisprudencia relativa a las extinciones de los contratos de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del artículo 50.1 b) ET.

6. LA CONTROVERTIDA DECISIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, SEGURIDAD Y SALUD LABORAL (DGTSSL) DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

En el mes de mayo de 2024, mediante correo electrónico dirigido por las jefaturas de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social de sus respectivas plantillas, se daba conocimiento del criterio seguido por la DGTSSL en cuanto a la calificación de aquellas conductas empresariales consistentes en abonar salarios en cuantía inferior a la debida que, últimamente, ese órgano directivo consideraba que había de ser calificada como grave aplicando la tipificación del artículo 7.10 anulando todas aquellas actas de infracción que las calificaban como muy graves en aplicación de lo dispuesto en las Instrucciones 3/2016 y 2/2019, ya comentadas. En dichos correos aparecía un texto entrecomillado que coincide con el que se utiliza por la DGTSSL y por la Viceconsejería para anular las actas que consideran que el impago del salario debido es una falta muy grave y no grave, sea por pago de cuantía inferior a la debida por convenio colectivo sea por pago de salarios en cuantía inferior al SMI. Decía así:

> "En relación a la tipificación de la infracción cabe concluir, compartiendo el argumento de la Sentencia de 3 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social n.º 4 de Huelva, que las diferencias salariales que hayan de ser abonadas se deben calificar como infracción grave encuadrada en el tipo del artículo 7.10 del Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social:

[46] *Vid.* Poquet Catalá, R.: "La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario como causa de resolución del contrato de trabajo" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 373, (2014), págs. 64 y 65.

[47] *Vid.* Toscani Giménez, D.: "La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" en *Capital Humano*, nº 320, 2017, pág. 112.

[48] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 (rcud nº 380/2012) Fundamento de Derecho Cuarto aptdo. 2 con cita de otros fallos de esa misma Sala: 3 de diciembre de 2012 (rcud nº 612/2012); 10 de junio de 2009 (rcud nº 2461/2008); de 9 de diciembre de 2010 (rcud nº 3762/2009) y de 25 de setiembre de 1995 (rcud nº 756/1995).

> *"(...)* en lo que atiene al impago de salarios, la infracción imputada viene regulada en artículo 8.1 de la LISOS en relación al artículo 4.2 f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 1/1995, de 24 de marzo, que establece el derecho al trabajador a la "percepción puntual de la remuneración pactada y legalmente establecida". Conforme al art. 29.1 del ET "la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentadamente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes."
> El artículo 8.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por su parte, establece: "Son infracciones muy graves: 1. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido".
> Debemos, pues, dilucidar si los comportamientos que se imputan a la empresa constituyen o no un grave incumplimiento patronal con la trascendencia y la entidad necesaria para integrar la falta muy grave tipificada en el último precepto transcrito.
> (…) cabe concluir que las circunstancias concurrentes en el caso de autos no encuentran encaje en el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en cuanto que el mismo literalmente comprende el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido, lo que no acontece en el caso de autos, puesto que, aunque efectivamente el mismo va dirigido al pago del salario debido, también es cierto ha de tenerse presente que el artículo 7 del mismo texto, en su número 10, tipifica como falta grave "Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", derechos entre los que se incluyen sin duda el derecho a la percepción puntal de la remuneración pactada o legalmente establecida, añadiendo incluso dicho precepto en su inciso final, "salvo que proceda su calificación como muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente", a cuyo tenor, encontrándonos en sede del derecho administrativo sancionador, es por lo que se reputa aplicable al supuesto de autos dicho precepto y no el señalado por la administración demandada, lo que lleva a tipificar, en consecuencia, la infracción como grave, atendiendo precisamente a tales circunstancias concurrentes*: no nos encontramos ni ante retrasos reiterados, ni ante un impago total y absoluto del salario debido, sino claramente ante un supuesto de abono de retribuciones inferiores a las establecidas en el convenio colectivo de aplicación* (…). La gravedad de los hechos resulta incuestionable, si bien *los mismos tienen encaje en la falta grave tipificada en el artículo 7.10* de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, lo que lleva a calificar, en consecuencia, la infracción como grave*."*

En consecuencia, al no haberse producido un impago total y absoluto del salario, se trataría de una infracción grave tipificada en el mencionado artículo 7.10 del Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Conforme a lo anterior y sobre la base de la diferente tipificación apreciada, se procede a anular la sanción propuesta en el acta, de conformidad con el artículo 20 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, sin perjuicio de que pueda levantarse nueva acta por los mismos hechos una vez subsanado el defecto apreciado."

No se especifica en ese correo si esa decisión se refiere exclusivamente a aquellas resoluciones cuya competencia corresponde a la DGTSSL o también a las de la Viceconsejería[49]. En pura lógica,

[49] Según el artículo 2 del Decreto 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social (BOJA 18 de junio de 2010):

esa decisión ha de ser aplicada por ambos órganos, pues lo contrario implicaría una injustificada diferencia de trato a los sujetos responsables de tales infracciones.

Prescindiendo del anómalo canal utilizado por la DGTSSL para poner en conocimiento de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social que desarrollan su actividad en las provincias andaluzas semejante decisión, lo cierto es que hasta, al menos, enero de 2023 la propia Viceconsejería confirmaba las actas de infracción en las que el impago reiterado del salario debido a los trabajadores se consideraba como infracción muy grave[50]. Es decir, que hasta esa fecha se aceptaba la calificación como muy grave de las infracciones empresariales consistentes en pagar a todos o parte de sus trabajadores cantidades salariales en cuantía inferior a la debida por imperativo del convenio colectivo aplicable en la empresa y, por ende, cuando el pago efectuado era inferior al importe del SMI.

Tal y como se ha efectuado la comunicación de la decisión de la Autoridad Laboral el cambio de criterio, esto es, el apartarse de la línea seguida hasta entonces, se debe exclusivamente a la interpretación que sobre el pago de salarios por debajo de la cuantía recogida en el convenio colectivo aplicable efectúa el referido Juzgado de lo Social, ignorando la doctrina legal existente en la materia que sí considera que ese supuesto ha de ser considerado como infracción muy grave tal y como han establecido numerosas resoluciones judiciales de las que hemos recogido algunas en este comentario.

Sobre el extracto de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Huelva de 3 de febrero de 2023 llama la atención que el juzgador afirme que "*...no nos encontramos ni ante retrasos reiterados, ni ante un impago total y absoluto del salario debido, sino claramente ante un supuesto de abono de retribuciones inferiores a las establecidas en el convenio colectivo de aplicación... (...). La gravedad de los hechos resulta incuestionable, si bien los mismos tienen encaje en la falta grave tipificada en el artículo 7.10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, lo que lleva a calificar, en consecuencia, la infracción como grave.*". Si el tipo descrito en el artículo 8.1 LISOS solo refiere

"La competencia para sancionar las infracciones en materia de relaciones laborales, prevista en la Sección 1.ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, conforme al artículo 40.1 del citado texto refundido corresponderá:
a) A las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como leves y graves.
b) A la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado mínimo y medio.
c) A la persona titular de la Consejería competente en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones por infracciones calificadas como muy graves en su grado máximo."
En virtud de lo dispuesto en el Dispongo Primero 5 e) de la Orden de 14 de octubre de 2022 por la que se delegan competencias en órganos directivos y entidades de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (BOJA del 19 de octubre) se delega en la persona titular de la Viceconsejería "Previa instrucción del oportuno expediente por la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, la competencia para sancionar las infracciones cuya competencia en materia de relaciones laborales y de prevención de riesgos laborales esté asignada a la persona titular de la Consejería, de conformidad con lo establecido en el Decreto 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social."

[50] En resolución de la Viceconsejería de 13 de enero de 2023 se confirma en su integridad un acta de infracción con propuesta de sanción muy grave por importe de 112.000 € (las deudas salariales a los trabajadores ascendían a 111.570,45 € generadas a lo largo de treinta mensualidades consecutivas) a una empresa que pagaba a catorce de sus trabajadores en cuantía inferior a la debida según las tablas salariales del convenio colectivo aplicable. Dicha ratificación conllevaba la de las circunstancias agravantes que determinaron la cuantía de la sanción: número de trabajadores afectados, fraude e intencionalidad del sujeto infractor y perjuicio causado. Esta resolución se ajusta plenamente a la Instrucción 2/2019 y al Criterio Técnico nº 45/2006 sobre orientaciones interpretativas de las circunstancias de graduación de las actas de obstrucción a la labor inspectora que viene aplicándose desde entonces por igual a las infracciones laborales en aquello que resulta común a ambas. Curiosamente, tanto la Viceconsejería como la DGTSSL no han apreciado, en situación idéntica a la relatada, la agravante del perjuicio causado a los trabajadores -expresamente indicada en la Instrucción 2/2019 para este tipo de infracciones, como se ha visto- en cierto grupo de empresas de esta Comunidad Autónoma.

el impago del salario debido no puede el juzgador efectuar una diferenciación -impago total *versus* impago parcial- que la norma no contempla ("*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"*[51]). Por ello, la interpretación más correcta del tipo es la del impago del salario debido entendido este como una cantidad concreta devengada mensualmente por el trabajador que la empresa ha de satisfacer en su integridad. No se cumple la obligación del pago del salario debido tanto cuando este se abona en cuantía inferior a la que corresponda y, *a fortiori*, cuando la obligación se incumple en su totalidad.

Reiterándonos en todos los supuestos en los que los tribunales han considerado que el impago parcial del salario -en las distintas manifestaciones que hemos expuesto- constituye una infracción muy grave del artículo 8.1 reproducimos pasajes de algunas de esas resoluciones en las que se razona la pertinencia de esta calificación. Así:

— "...se afirma que la mera existencia de un impago parcial, del salario de Convenio no constituye el tipo del artículo 8.1 LISOS, el argumento carece de validez alguna. Tan grave es no abonar el salario o abonarlo con retraso, como abonarlo por debajo del límite del Convenio o la Ley, pues constituye además de incumplimiento gravísimo contra los trabajadores, constituye un fraude de ley, que afecta a la jornada laboral un fraude no solo contra el referido derecho sino también contra las normas estatales o convencionales. El salario íntegro y su percepción completa y puntual constituyen la obligación básica del empleador y el derecho más esencial del trabajador..."[52].

— "En cuanto a la subsunción de la conducta imputada, entendemos que la misma está correctamente incardinada en el art. 8.1 LISOS (según el cual son infracciones muy graves: ....), ya que con el sistema de remunerar de la empresa, se está impagando o no abonando una parte importante del salario a los trabajadores. El art. 7.10 de la misma ley dispone que son infracciones graves: .... Y en el caso de autos no estamos ante un establecimiento de una condición inferior sin más, sino ante un patente y manifiesto impago de salario por incumplimiento de las normas mínimas salariales en la materia, lo que hace que la infracción sea muy grave..."[53].

— "..., la administración ha sancionado subsumiendo la conducta en el transcrito artículo 8.1, mientras que la empresa recurrente considera que debió hacerlo, en su caso, en el art. 7.10, de manera que la cuestión discutida en este caso queda circunscrita a establecer la diferencia entre uno y otro tipo sancionador.

— En tal sentido, existe una diferencia clara entre establecer condiciones de trabajo inferiores a las procedentes, y no abonar salarios o hacerlo con retraso. El primer supuesto requiere de un acto reconocible como tal, en el que se configure la relación laboral de manera distinta a la prevista en la ley o en el convenio aplicable, en lo relativo a las condiciones que la regirán en lo sucesivo. Es necesario por ello que se exista una conducta empresarial encaminada a tal objetivo, ya sea en la redacción de los contratos de trabajo, en las instrucciones o circulares internas, o en las conversaciones con los trabajadores o con

[51] Esta regla interpretativa reclama una exégesis estricta del texto del precepto, sin admitir más distingos que aquellos que, en su caso, el propio precepto contenga [sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2014 (recurso nº 2343/2013) y de 1 de abril de 2014 (recurso nº 324/2013), entre otras]. La jurisprudencia ha recordado cómo la infracción de esta regla implica también la vulneración del principio de seguridad jurídica y, con ello, de estos mandatos: a) el conocimiento anticipado de las conductas reguladas; b) el conocimiento anticipado de la reacción esperada de los poderes públicos y, c) la claridad normativa.

[52] Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia de 4 marzo de 2024 (recurso nº 229/2023).

[53] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2016 (recurso nº 1659/2015).

las personas encargadas de la gestión administrativa, por citar solo algunos ejemplos. Pero nada de ello nos consta en el caso que nos ocupa, en el que simplemente se ha producido un desconocimiento del contenido del convenio colectivo aplicable en materia de complementos, generando una situación que podríamos calificar como auténtica vía de hecho, con imposición de sus consecuencias a los trabajadores afectados…"[54]

— "...el impago o retraso en el abono del salario debido existió, en tanto que las horas extraordinarias realizadas no fueron abonadas ni compensadas en el caso de la trabajadora afectada. Es cierto que, en sí mismo considerado, el importe del impago de horas extraordinarias respecto de la trabajadora no es muy elevado, y la propia sentencia lo cifra un importe no superior a quinientos euros. Pero ello no es óbice para apreciar la falta muy grave referida, puesto que el impago en todo caso existió en una cuantía no despreciable. Además, en todo caso la sentencia ya tuvo en cuenta el importe del impago para, entre otras circunstancias, rebajar la sanción a su importe mínimo en el grado mínimo. Por ello, la conducta sí reunía la gravedad suficiente para la sanción impuesta (art. 29.3 Ley 40/2015)."[55]

— "...Hemos de partir de que el abono de salarios por cuantía inferior a lo dispuesto en convenio es una forma de impago del salario debido, pues los trabajadores afectados, en uno y otro caso, está dejando de percibir unas cantidades que por derecho le corresponden y que no le son abonadas por su empleador y, tal infracción viene tipificada como falta muy grave en el artículo 8.1..."[56]

Llegados a este punto hay que preguntarse por las razones que impulsan a la DGTSSL a cambiar el criterio mantenido hasta -como se ha dicho- enero de 2023, pues si la legislación aplicable en la materia no ha sufrido modificación alguna desde 1980 no parece admisible que una sentencia de un Juzgado de lo Social haga cambiar el rumbo a la Autoridad Laboral cuando la Instrucción 2/2019 de la Autoridad Central de la ITSS (que está obligada a cumplir) establece criterios específicos y fundamentados para sancionar como muy grave el impago total o parcial del salario debido y cuando, además, hay una sólida doctrina legal que, ofreciendo argumentos de suficiente peso, entiende que el impago parcial del salario, cuando es reiterado, ha de merecer la imposición de la sanción muy grave del artículo 8.1.

Cierto es que también pueden encontrarse pronunciamientos judiciales en los que el impago parcial del salario debido ha sido considerado como infracción grave del 7.10, pero es debido a que la resolución administrativa que se impugna proviene de un acta de infracción que también la ha considerado así. Hay otros en las que la calificación en la resolución administrativa era muy grave, pero el órgano judicial la ha considerado grave sobre la base de que la entidad del impago es insuficiente para lo primero. Uno de ellos rebaja la calificación porque, dice, las mensualidades impagadas eran solo dos (y no tres según la jurisprudencia consolidada) y a un único trabajador[57] y

[54] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 31 de octubre de 2017 (recurso nº 1407/2016).

[55] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de abril de 2024 (recurso nº 3809/2023).

[56] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de julio de 2020 (recurso nº 5878/2019).

[57] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 4 de febrero de 2013 (recurso nº 89/2012) que aparece extractada en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid (recurso nº 208/2021).

otro porque considera que el impago o retraso ha sido muy puntual (retraso en dos meses[58] y una paga extra e impago de un plus en dos meses distanciados entre sí)[59].

Incluso admitiendo, a efectos dialécticos, que existe doctrina legal que soporta una opción u otra (infracción grave del 7.10 *versus* infracción muy grave del 8.1), la Autoridad Laboral cuenta con el claro posicionamiento de la Instrucción 2/2019 que ha de respetar y aplicar y no se encuentra justificación para que sea una sentencia de un Juzgado de lo Social la que haga cambiar el criterio mantenido hasta entonces pues, si así es, tendría que volver de nuevo a su posición original tras la posterior sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia de 4 marzo de 2024 en la que, como se ha expuesto *ut supra*, no solo confirma la resolución administrativa sino que argumenta con contundencia que este tipo de infracciones han de calificarse como muy graves.

Esta decisión de la Autoridad Laboral de la Junta de Andalucía conlleva, a nuestro juicio, una serie de efectos realmente perniciosos:

1) En la mayoría de los casos quebrará el principio de proporcionalidad propio del derecho administrativo sancionador, permitiendo que al sujeto infractor le resulte más beneficioso el incumplimiento, esto es, pagar a los trabajadores por debajo del salario debido, que el cumplimiento de una de las principales obligaciones del empresario en la relación laboral: pagar el salario íntegro a sus trabajadores.

2) Se produce una desigualdad de trato entre los territorios del Estado, pues la Instrucción 2/2019 sí se respeta en su contenido por el resto de CC.AA. y, como también se ha relatado en este comentario, la LOITSS obliga a que tantos los criterios técnicos como las instrucciones se apliquen por igual en todo el Estado para no generar por esta vía diferencias territoriales.

3) Al ser las sanciones impuestas de baja cuantía en relación con los impagos en los que se incurren se introduce un factor de competencia desleal entre empresas (las que cumplen -a veces con grandes dificultades- frente a las que no cumplen) al tiempo que se fomenta una conducta que es económicamente más beneficiosa pero socialmente reprobable.

4) Se desincentiva el uso de las herramientas legales que permiten a las empresas con dificultades rebajar la cuantía del salario de los trabajadores si concurren las circunstancias ETOP previstas en el ET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, inaplicación del convenio colectivo, expedientes de regulación de empleo).

5) La Administración Laboral (tanto la Autoridad Laboral como la ITSS) queda desacreditada ante los trabajadores al comprobar que las sanciones por estas vulneraciones a la legalidad son de escasa cuantía y, por tanto, que no surten el efecto disuasor ante el empresario incumplidor.

Por si todo ello fuese poco, la Autoridad Laboral, respecto de las actas de infracción que califican como muy graves estas infracciones, procede a su anulación "...de conformidad con el artículo 20 del RD 928/1998, sin perjuicio de que pueda levantarse nueva acta de infracción por los mismos hechos *una vez subsanado el defecto apreciado* (sic)". Apelar a que la calificación como muy

[58] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 4 de febrero de 2013 (recurso nº 89/2012).

[59] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 7 de julio de 2016 (recurso nº 144/2016).

grave constituye un "defecto" es, después de lo dicho y, cuando menos, un grave desatino. Pues bien, cuando esa resolución llega al inspector de Trabajo y Seguridad Social que practicó el acta anulada en forma de orden de servicio para extender nueva acta subsanando el "defecto apreciado" este se encuentra en la tesitura de obedecer a esta Autoridad Laboral Autonómica que no ha respetado el contenido de la Instrucción 2/2019 por mor de una aislada sentencia de un Juzgado de lo Social frente a una copiosa doctrina legal en la línea de dicha Instrucción o, por el contrario, actuar conforme a la normativa legal que le obliga a aplicar esta, pues, de lo contrario, podría incluso incurrir en una falta disciplinaria. La única alternativa que le cabe a ese inspector de Trabajo y Seguridad Social es practicar de nuevo el acta de infracción muy grave del 8.1. Se llega así a un absurdo círculo vicioso propiciado por una decisión injustificada que, parece ser, pretende no castigar en exceso -así lo deben entender- a los empresarios que no pagan a sus trabajadores el salario debido. La conducta de esta Autoridad Laboral constituye, a nuestro juicio, una influencia exterior indebida que se ejerce sobre los inspectores de Trabajo y Seguridad Social de esta Comunidad Autónoma que está expresamente prohibida en la normativa interna[60] e internacional[61] en materia de Inspección de Trabajo.

Incurre en un grave error la Autoridad Laboral Autonómica al estar anulando este tipo de actas al provocar un círculo vicioso que evitaría, simplemente, con aplicar el citado artículo 20.1 RPS que le faculta para modificar la propuesta contenida en el acta. Es decir que, en lugar de anularla -y como mal menor-, podría modificarla calificándola como grave y con ello proceder al inicio del procedimiento de oficio del artículo 148 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que por esta se aprecien los perjuicios económicos a los trabajadores y se condene a la empresa incumplidora al pago de los salarios adeudados[62]. Al anularla, lógicamente, no se inicia el procedimiento de oficio y como la nueva acta de infracción se extenderá con la calificación de muy grave, por lo argumentado, se produce el aludido círculo vicioso cuya secuencia sería: acta de infracción muy grave → resolución anulatoria → nueva orden de servicio encomendando al inspector de Trabajo y Seguridad Social la extensión de nueva acta subsanando el "defecto apreciado" → extensión de nueva acta de infracción muy grave (por los motivos expuestos) y, vuelta al comienzo. El resultado final sería la prescripción de la infracción y con ello, no solo la impunidad del empresario incumplidor, sino la pérdida de la posibilidad de los trabajadores afectados de cobrar los salarios adeudados de obtenerse sentencia favorable en el procedimiento de oficio que debiera iniciar esa Autoridad Laboral derivada del acta de infracción con estimación de perjuicios económicos.

Adicionalmente, la anulación de estas actas compromete seriamente el éxito de las actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social que pudieran también extenderse en aquellos casos en los que el impago del salario debido va acompañado de la declaración de base de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores afectados en cuantía inferior a la debida. De dichas actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social conoce la jurisdicción contencioso-administrativa y esta, ante la decisión de Autoridad Laboral de anular un acta de infracción por impago de salarios, podría entender que dicha deuda no existe y, por ello, anular también la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que eventualmente hubiera confirmado la citada acta de liquidación.

Para concluir, entendemos que la decisión de la Autoridad Laboral es contraria a la normativa en materia de impago de salarios. Si se discrepa del contenido de la Instrucción 2/2019, tanto en la

[60] Artículo 15.1 LOITSS.

[61] Artículo 6 del Convenio nº 81 (OIT) sobre la inspección del trabajo (comercio e industria) y artículo 8 del Convenio nº 129 (OIT) sobre la inspección del trabajo (agricultura).

[62] Eso contando con que esta Autoridad Laboral Autonómica esté iniciando estos procedimientos de oficio. Este autor solicitó el 9 de octubre de 2024 del Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía información sobre el número de procedimientos iniciados en los últimos tres años en el conjunto de la Comunidad habiéndosele comunicado Resolución de la DGTSSL de 31 de octubre de 2024 en estos términos: "Estimar la solicitud presentada por D...., informando que no existen datos estadísticos al respecto."

calificación de la infracción como en la aplicación de circunstancias agravantes debería plantearlo en el Consejo Rector o/ en el Consejo General del OAEITSS, pero es inaceptable que no la apliquen sin estar facultados legalmente para ello y, sobre todo, aplicando las circunstancias agravantes (especialmente, la de perjuicio causado) en algunos casos y no en otros idénticos.

Por consiguiente, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.6 RPS, la Autoridad Central de la ITSS ha de dirigirse con prontitud a esta Autoridad Laboral Autonómica por cuanto en este tipo de resoluciones se ha desviado de forma reiterada de los principios interpretativos comunes a la actuación del sistema de ITSS[63], esto es, del contenido de la Instrucción 2/2019. En su defecto, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales debieran poner en conocimiento de la OIT el incumplimiento por este territorio del Estado del artículo 15 c) de su Convenio nº 95.

7. BIBLIOGRAFÍA

Fernández-Simal Fernández, J. S.: "Acerca de los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 337, abril 2011.

Salas Porras, M.: *La impugnación administrativa y judicial de las actas de la Inspección de Trabajo. un estudio jurídico de la casuística en el control de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito jurídico laboral*, Murcia, Ediciones Laborum, 2020.

Poquet Catalá, R.: "La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario como causa de resolución del contrato de trabajo" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 373, abril 2014.

Toscani Giménez, D.: "La extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" en *Capital Humano*, nº 320, 2017.

Organización Internacional del Trabajo: "*Guía sobre políticas en materia de salario mínimo*", 2016.

[63] El artículo 4.6 RPS apela a los artículos 18.3.7 y 18.3.12 de la derogada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 15). En el último de los citados alude a los "principios interpretativos y técnicos comunes a la actuación del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social"

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 149-168

La dimensión social de los procesos de transición justa en la literatura. Contextualización crítica[1]

The Social Dimension of Just Transition Processes in the Literature: A Critical Contextualization

Roberto Fernández Villarino *Profesor Asociado Doctor*
Universidad de Huelva
https://orcid.org/0000-0001-8587-9306

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. DIMENSIÓN SOCIAL DE LA TRANSICIÓN JUSTA: CONCEPTO Y DESARROLLO
   2.1. Transición justa ante el cambio climático
   2.2. Transición justa ante la Cuarta Revolución Industrial
3. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN JUSTA. UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA
   3.1. Planteamiento en el que concurren materias que sugieren un nexo común
   3.2. Conceptos relacionados con el modelo de gestión y organización empresarial
   3.3. El papel de la formación profesional, de la negociación colectiva y de la perspectiva de genero en los procesos de transición
4. CONSIDERACIONES FINALES
5. BIBLIOGRAFÍA

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+I PID2022-141201OB-100, "La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España" (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

Fecha Recepción: 29/10/2024
Fecha Revisión: 20/11/2024
Fecha Aceptación: 14/12/2024

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «La dimensión social de los procesos de transición justa en la literatura. Contextualización crítica». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 149-168.

Resumen

Conceptual e históricamente la transición justa se vincula al cambio climático. Sin embargo la denominada Cuarta Revolución Industrial presenta impactos sobre similares aspectos laborales y sociales a considerar. Se percibe por tanto un nexo de conexión a propósito de la dimensión social inherente a los procesos de transición justa provocados por la profunda transformación del modelo económico. Sin embargo no se percibe que la Cuarta Revolución Industrial considere un modelo de planificación y dotación económica similar a los procesos de transición justa derivados del cambio climático. Se justifica la necesidad de llevar a cabo una revisión de la bibliografía que nos aclare sobre qué ámbitos y factores se está plasmando la dimensión social de los procesos de transición justa derivados del cambio climático y de la Cuarta Revolución Industrial. Por último, en qué medida estos procesos y la correcta planificación de los mismos genera confianza o no de la sociedad y de los trabajadores ante la incertidumbre del cambio.

Palabras clave

Transición justa; cambio climático; condiciones laborales; Cuarta Revolución Industrial.

Abstract

Conceptually and historically, just transition is linked to climate change. However, the so-called Fourth Industrial Revolution presents impacts on similar labor and social aspects that must be considered. Thus, a connection is perceived regarding the social dimension inherent in just transition processes triggered by the profound transformation of the economic model. Nevertheless, it does not appear that the Fourth Industrial Revolution considers a planning and economic allocation model similar to the just transition processes derived from climate change. This highlights the need for a literature review to clarify which areas and factors reflect the social dimension of just transition processes stemming from climate change and the Fourth Industrial Revolution. Finally, to what extent these processes, along with their proper planning, generate trust or not among society and workers in the face of the uncertainty of change.

Keywords

Just Transition; Climate Change; Working Conditions; Fourth Industrial Revolution.

1. INTRODUCCIÓN

La evidencia científica del cambio climático genera efectos que ya se están viviendo en multitud de aspectos relacionados con nuestro estilo de vida. Así lo ponen de manifiesto los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)[2] que llevan advirtiendo de esta situación desde los años 90 del siglo pasado. Vivimos en una emergencia climática generada por la acción humana, con graves consecuencias, alguna de las cuales ya se están materializando provocando situaciones irreversibles. La necesidad y la urgencia por abordar y revertir el cambio climático se apoya principalmente en la transición a una economía que aspira a estar libre de huella e impacto ambiental. Un cambio de modelo económico en el que la Unión Europea está resultando ser un actor mundial relevante, mediante una serie de normas que parten del denominado European Green Deal[3], un acuerdo que tiene como objetivo el convertir a Europa en un continente climáticamente neutro hacia el año 2050. Tanto este ambicioso objetivo como cualquier otra acción de reducción del impacto ambiental debe considerar y planificar el impacto que puede tener sobre las personas trabajadoras y la sociedad civil en general. Para ello, un hito relevante fueron las Directrices sobre la Transición Justa adoptadas por la Organización Internacional de Trabajo en 2015[4]. Por otra parte, desde una perspectiva comparada y con énfasis en la dimensión social, las experiencias de diálogo multinivel en el seno de la Unión Europea, han contemplado una inversión generosa en la transición energética y, a la misma vez, en el proceso de transición justa para garantizar que nadie quede rezagado en este proceso[5].

Con posterioridad se adquiere otro nivel más alto de reconocimiento político de este concepto con la Declaración de Solidaridad y Transición Justa de los Jefes de Estado en la apertura de la COP24[6], en la que se subrayó la importancia de abordar el cambio climático de manera que se garantice una transición justa para las personas trabajadoras y las comunidades afectadas por la transición hacia una economía baja en carbono. Así mismo, en la parte que les afecta, se favorece la creación de nuevos empleos de calidad y la implementación de procesos de transición inclusivos que salvaguarden los derechos de todos[7]. Por tanto, como se observa, la sensibilidad hacia la perspectiva social es clave y aparece (de nuevo) un viejo concepto, la transición justa y los Principios de Transición Justa (en adelante PTJ), con un recorrido histórico inherente a las grandes revoluciones industriales del pasado. Un concepto que está tras el nacimiento de los sistemas de bienestar contemporáneos al asentar el paradigma de que la garantía de la estabilidad social, económica y política, sólo resulta posible con el reconocimiento de derechos, condiciones laborales sostenibles y mecanismos adecuados de protección social[8].

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo de cambio climático y transición energética, aborda la necesidad de que el proceso de transición ecológica se desarrolle sobre cuatro pilares: asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española; promover la adaptación a los impactos del cambio climático; y, por último, implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo

[2] https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/ (acceso 10.10.2024)

[3] https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/ (acceso 10/10/2024)

[4] ILO, Guidelines for a Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All, 2015, https://www.ilo.org/global/ topics/green-jobs/publications/WCMS_432859 (acceso 10/10/2024)

[5] Hasta un trillón de euros a través del paquete European Green Deal: The European Green Deal Investment Plan and Just Transition Mechanism, 14 January 2020, https://ec.europa.eu/commission/ presscorner/detail/en/ip_20_17. Cantidades que se unen a otros recursos y fondos que ya tenía movilizados la Unión Europea.

[6] Celebrada en Polonia, en la región carbonífera de Silesia en 2018.

[7] COP24, Solidarity and Just Transition Silesia Declaration, 3 December 2018, https://cop24.gov.pl/presidency/initiatives/just-transitiondeclaration (acceso 10/10/2024)

[8] En el mismo sentido, Bergamaschi, L.; *There is no green deal without a just transition*. IAI Commentaries, 2020, *20*(1), 1-5.

decente. Precisamente entre sus principios rectores recogidos en el art. 2, aparece el desarrollo sostenible, que ha de contener en el significado el concepto de trabajo decente[9], unido (por cuanto aquí importa) a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres. Esta perspectiva sociolaboral aparece desarrollada igualmente en la Estrategia de Transición Justa[10], la cual constituye como se indica en su art. 27 en el "instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición".

Un proceso de transformación radical que a su vez convive en el tiempo con la denominada "Cuarta Revolución Industrial", término acuñado por el fundador del Foro Económico Mundial, Klaus Schwab[11], cuando estaba describiendo una era marcada por una revolución tecnológica caracterizada por difuminar "las líneas entre las esferas física, digital y biológica" (2016). Algunas de las fuerzas tecnológicas en esta transición incluyen el desarrollo de big data, la gestión algorítmica, la impresión 3D, la computación cuántica, los robots inteligentes, la inteligencia artificial (IA), el internet de las cosas (IoT), la nanotecnología, la biotecnología y las formas alternativas de tecnología energética. A medida que la innovación tecnológica y su distribución continúan acelerándose, la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos entre nosotros y con el entorno que nos rodea está cambiando de manera fundamental. Cambios con trascedencia sobre la esfera laboral y social que plantean desafíos de políticas que muy especialmente surgen de la transformación del trabajo en la era digital. Así, se discuten los efectos de la disrupción laboral, incluidos el aumento de los niveles de desigualdad de la riqueza, la baja movilidad social y las crecientes disparidades regionales tanto dentro de los países como entre ellos[12].

Este debate filosófico ha aterrizado en la Comisión Europea, preocupada por introducir un claro condicionamiento social: la derivada de las razones de las personas, a fin de restaurar los equilibrios perdidos. En este escenario, pretende actualizar su estrategia industrial no ya solo corrigiendo lo que considera que no ha funcionado como debía o desarrollando los aspectos que entiende más exitosos, sino tal como sostiene Molina Navarrete[13], introduciendo todo un nuevo concepto sistémico: transformar esta Revolución Industrial 4.0 en la Revolución Social de la Industria 5.0. En efecto, desde instancias europeas, se avanza, sin embargo, la idea de la industria 5.0, construcción conceptual que aboga por un modelo de empresa en la que las herramientas digitales se encuentren al servicio de las personas, por lo que la transición digital ha de producirse con observancia de la sostenibilidad ambiental y la resiliencia[14]. Los actuales modelos empresariales se definen a través de la descentralización, atomización y la externalización productiva, aspectos que ponen de relieve

[9] VV.AA.: *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Miñarro Yanini, M., Arnau Moya, F., Díaz Rodríguez, J. M., Chiaromonte, W., y Chacártegui Jávega, C., Universidad de Jaén, 2022

[10] Tal como sostiene Álvarez Cuesta, H.: "Transición ecológica y empleos verdes: una visión desde la negociación colectiva", *Revista Galega de Dereito Social*, 2023, 18, pp. 9-40.

[11] Schwab, K.: *The Fourth Industrial Revolution: What It Means, How to Respond.* World Economic Forum, 2016 https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-torespond/.

[12] En términos similares VV.AA.: *Development: Ideal and Basics. Aligning Geopolitics, Humanitarian Action and Geography in Times of Conflict,* O'Reilly, G., y O'Reilly, G., Springer, 2019, pp. 159-187.

[13] VV.AA.: *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: Condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Navarrete, C. M., y Gámez, M. R. V., Aranzadi/Civitas, 2022 https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=OCpdEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=gesti%C3%B3n+del+conflicto+laboral+nomadismo+digital&ots=hwCA0uObC2&sig=N2ncLlL6dfW9L_-Zjhj18HTXimM

[14] Bini, S.: *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021. Disponible en: https://scholar.archive.org/work/asdnk3xkizf35jlcry5ru3v7la/access/wayback/https://www.mites.gob.es/es/publica/articulos_revista/Revista_MITES_152_rec3_DOI__0011.pdf

el difícil encaje del trabajo prestado en su seno en las instituciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de trabajar, plataformas, etc. Pero también repercute en instituciones tan básicas como la representación colectiva de las personas trabajadoras que se enfrenta cada vez a mayores dificultades en su constitución y acción.

El común denominador de estos procesos de cambio (impulsados por lo ambiental y lo digital), es además de su efecto sobre el mercado laboral, sobre los derechos individuales de las personas trabajadoras y sobre el modelo de sociedad que se esta generando. Así, hablamos de un impacto social que no sólo reviste las clásicas consecuencias de exclusión del mercado laboral (despidos colectivos), con problemas de nuevo acceso por falta de adaptación a las nuevas habilidades o competencias. Sino también permite visualizar la desigualdad entre condiciones laborales de colectivos de personas trabajadoras. Una desigualdad extrema, para el caso de personas peor formadas que tienen que tienen que simultanear varios trabajos para sobrevivir.

En este complejo contexto social las malas condiciones laborales comienzan a tener un efecto directo en torno a la calidad de la democracia en su país o a su afectación por los procesos migratorios o su exclusión en los procesos de transición ecológica. Es decir, las condiciones laborales influyen en cómo se percibe a la propia democracia[15], de tal manera que personas trabajadoras que están insatisfechos con sus condiciones laborales y su salario, y que tienen poca influencia en su trabajo, tienen actitudes negativas hacia la calidad del sistema democrático en su país. En especial hacia el fenómeno de la inmigración y la capacidad de respuestas de los estados, y se sienten amenazados por la transformación de la economía y el mundo laboral. Por el contrario, mejores condiciones laborales se corresponden con actitudes más positivas hacia la democracia y generan una mayor confianza en sus instituciones y en la Unión Europea[16].

Si bien cuando se habla o lee sobre transición justa, el concepto se vincula con los cambios en el modelo económico de economía gris/marrón a verde, y los desajustes en el mercado laboral como hemos apuntado más arriba. No obstante lo cual, la creciente afloración de este concepto en múltiples escenarios se extiende o se presta a diversas definiciones, interpretaciones o puntos de vista. En todo caso se intuye que la transición hacia otros modelos / economías, impulsada por factores (ambientales y tecnológicos) coadyuvantes en el tiempo, tienen un indudable sesgo o dimensión social que requiere entre otras muchas consideraciones que se planifique de forma justa, con toda la complejidad inherente al concepto de justicia y a los procesos de transformación económica que la generan. Todo ello justifica la necesidad de llevar a cabo una revisión de la bibliografía que nos muestre en qué medida se está abordando esta materia; sobre qué ámbitos y factores se está plasmando la dimensión social del proceso de transición justa: derechos colectivos, individuales, sociales, políticos, etc.; si se está enfocando más en los cambios sobre la economía verde (como mayoritariamente percibimos) o

[15] Algo que se viene intuyendo desde hace años y que igualmente dimana de los procesos de transformación impulsados por los cambios de la era digital: (…) "En cuanto a las acciones inmediatas, a corto plazo debemos actuar con rapidez y convicción para implementar el recientemente adoptado Pilar Europeo de Derechos Sociales, que ofrece una nueva oportunidad para la reforma política en materia de protección social. Esto incluye el equilibrio entre la vida laboral y personal, así como una mayor seguridad para los trabajadores atípicos, como aquellos que venden su trabajo en plataformas digitales. Es a esta nueva generación de trabajadores a la que nuestro movimiento debe adaptarse para defender, asegurando que la socialdemocracia y sus valores tengan el máximo impacto en medio de la cuarta revolución industrial". Rodrigues, M.J.: *Work in the digital age. Challenges of the Fourth Industrial Revolution,* 2018. Foundation for European Progressive Studies.

[16] Interesantes conclusiones a las que han llegado Bettina Kohlrausch, directora del Instituto de Investigación Económica y Social de la Fundación Hans Böckler (WSI), en su muy reciente estudio (accesible a 11.09.2024: https://www.boeckler.de/en/survey-on-eu-elections-participation-opportunities-at-work-are-positive-for-democratic-climate-60976.htm) presentado recientemente (10.09.2024). Misma línea de investigación de Brand, U., y Wissen, M.: *The limits to capitalist nature: Theorizing and overcoming the imperial mode of living,* 2018,. Rowman y Littlefield.

si existe un espacio de interés por la dimensión social derivada de la Cuarta Revolución Industrial. Finalmente en qué medida estos procesos y la correcta planificación de los mismos genera confianza o desafección social.

2. DIMENSIÓN SOCIAL DE LA TRANSICIÓN JUSTA: CONCEPTO Y DESARROLLO

2.1. Transición justa ante el cambio climático

Como apuntábamos unas líneas más arriba partimos de un crecimiento exponencial en torno a la atención y utilización del concepto transición justa que, más allá del paradigma energético, impulsa un debate sobre la propia diversidad de formulaciones académicas en torno a las definiciones, interpretaciones y puntos de vista sobre el término[17]. Partiendo de esta premisa y a efectos de identificar un eje cronológico y orientado hacia una interpretación más centrada en el tratamiento de orden laboral (condiciones laborales, protección social y estabilidad social) la transición justa es una noción que surge y es impulsada desde el movimiento sindicalista de Estados Unidos, a partir de los años 1970 en adelante[18]. En el plano de las relaciones internacionales multilaterales, comienza a instalarse en la primera década del siglo XXI y es impulsada principalmente por la OIT[19]. Posteriormente, comienza a ser incorporada en el régimen internacional del cambio climático de Naciones Unidas hasta ser incluida en el Acuerdo de París de 2015. El régimen jurídico internacional del cambio climático se asienta en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMUNCC), de 1992, cuya ratificación es prácticamente universal[20]. Su objetivo es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico sea esencialmente sostenible. El órgano supremo para la toma de decisiones de la CMNUCC es la Conferencia de las Partes (COP), donde todos los Estados Parte están representados[21].

El Acuerdo de París es clave para comprender la relevancia que la transición justa ha adquirido a nivel internacional. En su Preámbulo, los Estados Parte reconocen que "pueden verse afectadas no solo por el cambio climático, sino también por las repercusiones de las medidas que se adopten para hacerle frente" y tienen en cuenta "los imperativos de una reconversión justa de la fuerza laboral y de la creación de trabajo decente y de empleos de calidad, de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional"[22]. Aunque los preámbulos carecen de obligatoriedad jurídica para los estados, no es menos cierto que la tendencia en el derecho internacional es que a la interpretación de

[17] En este sentido VV.AA.: *Just transition: A conceptual review,* Wang, X., y Lo, K., Energy Research y Social Science, 82, 102291, 2021, ha llegado a identificar hasta cinco temas en torno a los cuales se ha discutido el concepto: a) transición justa como un concepto orientado al trabajo, b) transición justa como un marco integrado de justicia, c) transición justa como una teoría de la transición sociotécnica, d) transición justa como una estrategia de gobernanza, y e) transición justa como percepción pública.

[18] https://www.unrisd.org/en/library/publications/mapping-just-transitions-to-a-low-carbon-world (acceso 20/10/2024)

[19] La OIT comenzó a acuñar la noción de transición justa en el régimen internacional del trabajo en la primera década del siglo XXI (https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/publications/WCMS_158727/lang--en/index.htm) no fue hasta 2015 cuando el Consejo de Administración de la OIT adoptó las "Directrices para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos" (en adelante, "Directrices de la OIT") https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf

[20] Actualmente, cuenta con 197 partes, 196 Estados y una Organización de Integración Económica Regional. https://unfccc.int/process-andmeetings/the-convention/status-of-ratification-of-the-convention#:~:text=Pursuant%20to%20Article%2022%2C%20the,to%20it%20at%20any%20time

[21] CMNUCC, artículo 2 y 7. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf (acceso 20/10/2024)

[22] https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf (acceso 20/10/2024)

los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMAS), como el Acuerdo de París, debe aplicarse un enfoque evolutivo, que considera el contexto, objeto y propósito, los que incluso pueden prevalecer por sobre la intención original de las Partes[23].

Así, al menos dos cuestiones deben tener en mente los Estados Parte al adoptar medidas climáticas: primero, que sus políticas no sólo deben gestionar el riesgo presentado por los efectos directos del cambio climático, sino también por las repercusiones de las medidas que adopten para hacerle frente. Segundo, dichas políticas deben considerar los imperativos de una transición justa. Pero no se trata de una transición en términos genéricos, sino específicamente a la transición de las personas trabajadoras. A este respecto, también deben propender a la creación de trabajo decente y de empleos de calidad, de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional[24].

Como consecuencia de ello, todos estos cambios y estrategias van a acarrear transformaciones de mayor o menor calado en el conjunto de los sectores productivos y desde luego, en el mundo laboral. Por tal motivo, desde la perspectiva jurídico-laboral, la transición ecológica ha de ser justa, "que no deje a nadie atrás" y que asuma y defienda en su desarrollo el trabajo decente, la inclusión social, la erradicación de la pobreza y el respeto y defensa del medioambiente, es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo[25]. Para ello los principios del Proceso de Transición Justa[26] plantean garantizar un Desarrollo Sostenible con mercados laborales inclusivos, generadores de empleos verdes, y conseguir una sociedad socialmente justa. La creación de empleos verdes es uno de los retos principales, por cuanto implican la destrucción o reconversión de empleos en sectores altamente contaminantes hacia nuevos empleos en sectores no contaminantes. Unos nuevos empleos que conforme a los objetivos del PTJ, plantean la exigencia de deber ser dignos, de calidad, estables y sostenibles. El objetivo es el de evitar nuevos focos de desigualdad y pobreza, en concordancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS), los Principios del Trabajo decente OIT, y la transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos (Ginebra: OIT, 2018). Su puesta en marcha y desarrollo se materializa a través de tres ejes fundamentales: el papel de la formación profesional, de la negociación colectiva y de la perspectiva de genero[27].

2.2. Transición justa ante la Cuarta Revolución Industrial

La sociedad contemporánea ha evolucionado a lo largo de las tres revoluciones industriales anteriores. En la Primera Revolución Industrial se utilizó agua y el vapor como fuente de energía para las primeras máquinas, en la Segunda se empleó la energía eléctrica para crear la producción en masa; y la Tercera la irrupción de las computadoras personales, el internet y la automatización de la producción, siendo posteriormente denominada la Revolución Digital. Ahora, la Cuarta Revolución Industrial se basa en sus predecesoras, aprovechando la amplia disponibilidad de tecnologías digitales desarrolladas en la Revolución Digital que como apuntábamos, están cerrando la brecha entre las esferas digital, física y biológica. Este cambio en la innovación tecnológica está creando un vasto

[23] Entre otros, Ej. ver. Bjorge, E.: *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2015; Vidigal, G.: "Evolutionary Interpretation and International Law", Journal of International Economic Law, Volume 24, Issue 1, 2021 pp. 203–219; también ver caso Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, Reports 1997, p. 7.

[24] Singh Ghaleigh, N.: "Just Transitions for Workers: When Climate Change Met Labour Justice", Research Paper Series No 2019/30, School of Law University of Edinburgh, 2019, pp.16-17.

[25] Tal y como sostiene Álvarez Cuesta, 2023 vid. Nota 10.

[26] https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/La_Transicion_Justa/La-estrategia-de-transici%c3%b3n-justa.aspx (acceso 10.10.2024)

[27] Tal y como sostiene Sierra Hernáiz, E.: "El proceso de transición justa: Los empleos verdes como instrumentos para su implementación", *Foro*: *Revista de Derecho*, *40*, 2023, 69-82.

ecosistema de interacción interconectada, compleja y dinámica entre los humanos y el entorno construido, desde un espacio individual hasta la escala de una ciudad.

La Cuarta Revolución Industrial trae cambios radicales para los empleados, las organizaciones y la sociedad en su conjunto. El trabajo y su significado están cambiando para los empleados, y las organizaciones ahora deben equilibrar las eficiencias de la innovación tecnológica con nuevos conceptos de empleo y trabajo, así como con los cambios de poder globales y locales. Las investigaciones más recientes en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial han destacado que los lugares de trabajo, más que nunca, estarán impulsados por la digitalización y extensos ecosistemas inteligentes[28]. La era de incertidumbre socioeconómica y política posterior a la crisis se ha intensificado con la llegada de nuevas tecnologías y el debate sobre la robotización del trabajo, lo que ha dejado a muchas personas desorientadas respecto a su futuro personal y prosperidad. Una incertidumbre no solo sobre cómo será el futuro del trabajo[29] y si habrá suficientes empleos disponibles[30], sino también sobre cómo se regularán las nuevas formas de empleo[31] y cuáles serán las consecuencias de estos cambios en términos de medio ambiente, discriminación racial e igualdad[32].

La inteligencia artificial y el aprendizaje automático aumentarán su importancia y proporcionarán la base sobre la cual realizamos el trabajo y se desarrollarán los negocios. Esto implica que las empresas y los empleados tendrán que reimaginar cómo podrían ser las nuevas formas de trabajo y cómo se integrarán en los nuevos diseños y conceptos de los lugares de trabajo. No existe un termino como tal sino más bien una consideración del impacto que la revolución digital 4.0 tiene sobre el ámbito de las relaciones laborales. Las corrientes de análisis distinguen sus argumentos según sean economistas (destrucción de nuevos puestos de trabajo y aparición de nuevos), eficiencia laboral, productividad. Junto con ella, convive otra literatura (sociológica) más aferrada al cambio social / dimensión social.

En todo caso como se sugería ambos procesos de transición (ambiental y digital) son coetáneos en el tiempo y afectan a la sociedad, a la salud de la democracia y a la percepción de los trabajadores sobre la salud de la democracia. Así con el aumento de las tasas de divergencia económica, exclusión social y pobreza en los países más afectados por la crisis, los niveles de confianza en las instituciones políticas también han empeorado entre los ciudadanos de la UE[33]. "El panorama político europeo ha cambiado profundamente, con los votantes cuestionando las lealtades tradicionales y las afiliaciones partidistas[34]. Estos desarrollos han polarizado y fragmentado los sistemas de partidos en toda Europa, y han dado lugar a la aparición de una nueva generación de partidos desafiantes tanto en la izquierda como en la derecha[35]. También han debilitado el poder de los partidos tradicionales de centro-derecha

[28] Chearavanont, S.: "How digitization and innovation can make the post-COVID world a better place*",* In *World Economic Forum*, 2020 (Vol. 11).

[29] Benhamou, S.: "Artificial intelligence and the future of work"*, Revue d'économie industrielle*, (169), 2020, pp. 57-88.

[30] VV.AA.: "No need for automation angst, but automation policies"*,* Arnold, D., Arntz, M., Gregory, T., Steffes, S., y Zierahn, U., 2018, *Praise for Work in the Digital Age*, 75.

[31] VV.AA.: "Employment and regulation for clickworkers"*,* Berg, J., y De Stefano, V., *Praise for Work in the Digital Age,* 2018, 175.

[32] VV.AA.: *Working time, inequality, and sustainability*. Fitzgerald, J. B., y Schor, J., In Handbook on Inequality and the Environment, Edward Elgar Publishing, 2023 pp. 325-344.

[33] VV.AA.: "Mind the gaps - the political consequences of the great recession in Europe", Muro, D. y Vidal Lorda, G. 2014. *Notes internacionals CIDOB*: 90

[34] VV.AA.: "Economic indicators and electoral volatility: economic effects on electoral volatility in Western Europe, 1950–2013", Dassonneville, R., y Hooghe, M., 2017, *Comparative European Politics,* 15, 919-943; VV.AA.: "The electoral consequences of the financial and economic crisis in Europe", Hernández, E., y Kriesi, H., 2016*, European journal of political research*, 55(2), pp. 203-224.

[35] Hobolt, S. B.: "The Brexit vote: a divided nation, a divided continent*", Journal of European public policy*, 23(9), 2016, 1259-1277

y centro-izquierda, que están siendo electoralmente presionados, con lo que se favorece un escenario político ideológicamente fragmentado, en el que complica cada vez más alcanzar acuerdo o formar coaliciones de gobierno.

Se da la paradoja de que en las economías contemporáneas, el argumentario político frente a los problemas y las soluciones han dejado de funcionar para una parte importante del electorado. Estamos en un momento bien definido de "nerviosismo difuso"[36], en el que confluyen opiniones en torno a nuevos planteamientos políticos que en todo caso aterricen sobre necesidades tan básicas el acceso a una vivienda asequible, educación de primer nivel, atención social y sanitaria, un trabajo seguro y una economía sostenible que genere empleos, crecimiento y salarios más altos. Sin embargo, las soluciones propuestas por los partidos tradicionales no parecen convencer a esta parte del electorado. Esto posiblemente explica el aumento del apoyo a los grupos políticos populistas, quienes han aprovechado con éxito este vacío con estrategias anti-establishment, afirmando que los partidos tradicionales no son capaces de responder a estos desafíos, destacando los peligros de la migración y las fronteras abiertas[37].

3. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN JUSTA. UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA

El anterior marco teórico nos ofrece una serie de asuntos sobre los que la literatura de los últimos años[38] ha venido profundizando y que nos sugieren un nexo común entre la dimensión social de los PTJ derivados del Cambio Climático y de la Cuarta Revolución Industrial. A partir de esta percepción inicial, el proceso de identificación de referencias bibliográficas, ha evidenciado la existencia de al menos tres tipos de planteamientos. Por una parte, la existencia del referido nexo común sobre las siguientes materias 1) El rol de las organizaciones sindicales; 2) condiciones laborales; 3) habilidades y desempeños (inherentes a los puestos de trabajo) y 4) inestabilidad, desafección y exclusión social. Materias que sistemáticamente se repiten en la literatura con independencia del sector económico y productivo, o los ámbitos territoriales analizados. Por otra, la existencia de una corriente que, aunque de momento sólo se haya materializado en la literatura relacionada con los PTJ derivado del cambio climático, comparten en todo caso su orientación al ámbito de la gestión y organización empresarial. Circunstancia que ha provocado la aparición de nuevos argumentos, así como una nueva terminología interesante de cara a la comprensión general del propio fenómeno transicional. Finalmente una tercera corriente de análisis que, como en el caso anterior se corresponde más con la literatura relacionada con la dimensión social derivada del cambio climático, pero que desarrolla tres ejes de análisis, a priori plenamente extrapolables a la dimensión social de la Cuarta Revolución Industrial. Se trata del papel que la formación profesional, de la negociación colectiva y de la perspectiva de genero, pueden y deben desempeñar en estos procesos de transición[39].

3.1. Planteamiento en el que concurren materias que sugieren un nexo común

En este primer grupo se han identificado al menos cuatro asuntos o materias de análisis común tanto para la dimensión social derivadas de los PTJ como consecuencia del Cambio Climático o de la Cuarta Revolución Industrial. Ambos procesos de transformación han terminado alterando los equilibrios de poder entre los distintos actores sociales. Hablamos de la individualización de la vida

[36] VV.AA.: "Critical policy studies and the politics of post-truth politics*",* Braun, K., y Dodge, J. 2018, *Critical Policy Studies*, 12(1), 1-2.

[37] Goodwin, M.: *Education governance, politics and policy under New Labour,* 2011 (Doctoral dissertation, University of Birmingham), accesible en: https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/1771/

[38] Principal pero no exclusivamente desde 2020 que es a partir de donde se ha centrado la búsqueda.

[39] En línea con el planteamiento de Sierra Hernáiz *Vid.* nota 27

laboral y de las identidades personales de las personas trabajadoras (entre otras por la necesidad de su reforzamiento para adaptarse al cambio), factores que están repercutiendo negativamente sobre las experiencias e identidades de carácter colectivo[40]. Este argumento finalmente ha calado sobre los siguientes asuntos:

— El papel de las organizaciones sindicales. El elemento común que se observa es la reorientación o la redefinición del papel de los sindicatos aunque con distintos matices y enfoques justificados por las particularidades propias de cada proceso de transformación (climático o digital). Así, en los PTJ impulsados por el cambio climático, se subraya más la necesidad de que las organizaciones sindicales participen directamente en el diseño de las políticas ambientales en su dimensión social así como, y esto es especialmente interesante, en la aportación de propuestas y en la identificación de condiciones laborales más alineadas con las pretensiones, expectativas y objetivos de los grupos ambientalistas[41]. Este es un argumento determinante en un contexto como el medioambiental caracterizado por la relevancia del concepto multiactor. Esto a su vez, favorecerá la gestión del concepto de transición que ya es muy distinto, entre otras consideraciones por las aportaciones de distintos tipos de actores con responsabilidades sobre el espacio sometido a tan profundos cambios (activistas, colectivos sociales, etc.). Ello por cuanto los objetivos de cada uno de dichos actores sobre el concepto transición y sus consecuencias, es esencialmente distinto: para el caso de los sindicadores sus objetivos pasan por impulsar el reconocimiento de las mismas condiciones laborales entre empleos grises y los empleos verdes. Por contra, los objetivos que defienden los grupos ambientalistas, pasan por propugnar que las empresas enfoquen su modelo de negocio a lograr resultados económicos más sostenibles[42].

  Por otra parte se destaca la relevancia del sindicato en los procesos y políticas de negociación en su orientación al concepto de "trabajos verdes decentes"[43], esto es a través de la mejora de sus condiciones laborales. Una orientación dimanante de planteamientos socioambientales asentados en los principios de justicia ambiental o justicia climática. Este concepto de justicia climática arranca en los años noventa del pasado siglo pero retorna con fuerza en la mayoría de los textos legales a nivel internacional y en la más reciente bibliografía, e implica que la equidad y los derechos humanos ocupen un lugar central en la toma de decisiones y las acciones en materia de cambio climático. Básicamente consiste en no perjudicar al prójimo a través del calentamiento global y reparar el daño causado por ello. No sólo afecta a las personas (especie humana) sino a todos los seres vivos incluida la propia naturaleza. Como quiera que el cambio climático es un factor importante de desigualdad entre las personas trabajadoras, mejorar las condiciones laborales de los empleos verde disminuye las posibilidades de tensión entre actores[44].

[40] En los mismos términos, Treu T., "Labour Law and Sustainable Development", 2016, *WP CSDLE* "*Massimo D'Antona*". *INT*–130/2016.

[41] https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf.

[42] Snell D., "'Just transition'? Conceptual challenges meet stark reality in a 'transitioning'coal region in Australia", 2018, *Globalizations*,15 (4) pp 550–564.

[43] VV.AA.: "Global labour unions and just transition to a green economy", Stevis D., Felli R., *Int. Environ. Agreements: Politics, Law Econ.* 15 (1), 2015, pp 29–43.

[44] VV.AA.: "Introduction: The genealogy and contemporary politics of just transitions", D. Stevis, E. Morena, D. Krause, 2020, in: E. Morena, D. Krause, D. Stevis (Eds.), *Just Transitions: Social Justice in the Shift Towards a Low-Carbon World*, 2020, Pluto Press, p. 240; Kalt T., "Jobs vs. climate justice? Contentious narratives of labor and climate movements in the coal transition in Germany", 2021, *Environ. Polit*. pp. 1–20.

En cualquier caso, los sindicatos tienen un interesante espacio de acción encaminado a la adaptación de sus estrategias para reafirmar su papel en este nuevo escenario. La revitalización de las acciones colectivas y de los sindicatos constituye en sí mismo un objetivo difícil y ciertamente incierto, pero los resultados de investigaciones confirman que el apoyo legislativo a la representación colectiva de los empleados y el crecimiento de la acción colectiva están correlacionados con negociaciones salariales más igualitarias y con un aumento de la participación laboral en el ingreso nacional[45]. Señas de identidad para impulsar una verdadera dimensión social fundamentada en la resiliencia de los trabajadores en los procesos de transición económica impulsada por los factores digital y climático.

Por otra parte en los PTJ dimanantes de la revolución digital pesa más el factor de la dispersión física de los trabajadores como consecuencia del propio modelo productivo y del modelo de empresa atomizado y descentralizado impulsado por las tecnologías. Un entorno que favorece la falta de contacto entre las personas trabajadoras y el debilitamiento del sentimiento de pertenencia no sólo a la organización, sino muy especialmente en el sentido de lo colectivo como palanca de reivindicación de derechos. Esta circunstancia afecta a la capacidad de movilización inherente al fenómeno sindical y obliga a diseñar nuevas herramientas y enfoques adaptados a esta situación[46]. No obstante la bibliografía percibe un cierto repunte de la naturaleza del poder asociativo de las personas trabajadoras en especial a aquellos que trabajan en plataformas digitales. Su importancia fue subrayada por investigadores que estudian las luchas de trabajadoras y trabajadores precarios o informales en el Sur global –o en empleos muy inseguros del Norte global–, a menudo en ausencia de afiliaciones u organizaciones sindicales[47].

Frente a acciones colectivas militantes y autoorganizadas sin presencia sindical, algunos autores apuntan la necesidad de adoptar una concepción más amplia del poder asociativo que supere las limitaciones de la representación sindical[48]. Además, en el caso de las personas trabajadoras sin derechos laborales formales en la medida que carecen de recursos de poder de representación, la extensión de la cobertura institucional se convierte a menudo en el objetivo de las acciones colectivas, en lugar de constituirse en su condición previa o su resultado[49]. Este hecho indica, una vez más, la necesidad de contar con un

[45] VV.AA.: *Labour law and inclusive development: the economic effects of industrial relations laws in middle-income countries*, Deakin, Simon, Colin Fenwick, y Prabirjit Sarkar, Institutional Competition between Common Law and Civil Law: Theory and Policy. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2014 pp. 185-209.

[46] Jolly, C. "Collective action and bargaining in the digital era'", M. Neufeind, J. O'Reilly y F. Ranft (eds), *Work in the Digital Age: Challenges of the Fourth Industrial Revolution*, London: Rowman and Littlefield International, 2016, pp. 209–223. VV.AA.: *La construcción del poder obrero en el capitalismo digital. Nuevas y viejas luchas sindicales,* Basualdo, V., Dias, H., Herberg, M., Schmalz, S., Serrano, M., & Vandaele, K., Quito: Friedrich Ebert Stiftung. 2021

[47] Murray, G.. "Union renewal: What can we learn from three decades of research?", *Transfer: European Review of Labour and Research,* 23 (1), 2017, pp. 9-29.; VV.AA.: "Corporate social responsibility and labour standards: Bridging business management and employment relations perspectives*",* Jackson, Gregory, Virginia Doellgast, and Lucio Baccaro, *British Journal of Industrial Relations*, 56.1, 2018, pp. 3-13.; VV.AA.: "Paying the price for a broken healthcare system: Rethinking employment, labor, and work in a post-pandemic world", Avgar, A. C., Eaton, A. E., Givan, R. K., y Litwin, *Work and Occupations,* 47(3), 2020, pp. 267-279.; VV.AA.: "Workers' power in resisting precarity: Comparing transport workers in Buenos Aires and Dar es Salaam*",* Rizzo, Matteo, and Maurizio Atzeni, *Work, Employment and Society*, 34.6, 2020, pp. 1114-1130.

[48] VV.AA.:*Global perspectives on workers' and labour organizations*. Atzeni, Maurizio, and Immanuel Ness, eds. Springer, Singapore 2018.

[49] VV.AA.: "Corporate social responsibility and labour standards: Bridging business management and employment relations perspectives*",* Jackson, Gregory, Virginia Doellgast, and Lucio Baccaro, British Journal of Industrial Relations, 56.1, 2018, pp. 3-13.

concepto amplio del poder asociativo, capaz de englobar a las colectividades emergentes (cada vez más heterogéneas), y captar la naturaleza y dinámica de la conflictividad entre las personas, en un panorama de relaciones laborales cada vez más precarias.

— Condiciones laborales. Como elemento común se comparte la consideración del trabajo/empleo decente como fórmula para evitar los riesgos derivados de las disminución salarial y/o pérdidas de puestos de trabajo. En los PTJ impulsados por la Cuarta Revolución Industrial, se subraya más el fortalecimiento del estado del bienestar como fórmula para ayudar, a través de la implementación de seguros y subsidios a los trabajadores excluidos del mercado laboral[50]. En todo caso destacan las referencias fundamentadas en el concepto de Desarrollo Sostenible como elemento que en sí mismo debe contener el significado del trabajo decente[51]. Un concepto de empleo decente que la bibliografía considera ser la mejor herramienta para hacer frente a las precarias condiciones de trabajo[52], entre las que destacan los sacrificios que las personas trabajadoras están dispuestas a tolerar por pérdidas sustanciales de su salario, al no poder adaptarse a las nuevas habilidades inherentes a la transformación de sus puestos de trabajo[53].

— Habilidades/desempeños. Sin duda es la materia que cuenta con más referencias bibliográficas en torno a compartir el mismo diagnóstico: la existencia de una brecha de habilidades anteriores y nuevas impulsadas por el cambio climático y la revolución digital y su efecto sobre el mercado de trabajo (principalmente la pérdida de puestos de trabajo)[54]. A partir de la existencia de dicha brecha se plantean las necesidades de reorientación / adaptación de las mismas[55]. Si bien en los procesos de transición justa impulsados por la revolución digital, se apunta a que las propias tecnologías están llamadas a ser una herramienta útil para reorganizar y cambiar el contenido de las habilidades[56].

— Inestabilidad, desafección y exclusión social. Elemento sobre el que existe mayor coincidencia en el sentido de que ambos procesos generan la misma incertidumbre[57] para las personas trabajadoras. Una incertidumbre derivada del riesgo de pérdida de puestos de trabajo principalmente junto con el menoscabo de las condiciones laborales, así como la falta de certeza ante el reto de que los estados sean capaces de amortiguar estos cambios con políticas orientadas hacia el fomento de la recolocación o en todo caso, mediante la

[50] VV.AA .: *The digital transition of the economy and its consequences for the labour market,* Eichhorst, Werner, and Gemma Scalise, Research Handbook on Digital Sociology. Edward Elgar Publishing, 2023. pp. 419-432.

[51] VV.AA.: *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Miñarro Yanini, M., Arnau Moya, F., Díaz Rodríguez, J. M., Chiaromonte, W., y Chacártegui Jávega, C., 2022, Universidad de Jaén.

[52] Citando como como conceptos ejemplos las denominadas "fábricas de explotación" entre otros en O'Rourke, Dara.*:* "Outsourcing regulation: Analyzing nongovernmental systems of labor standards and monitoring", *Policy Studies Journal*, 31.1 2003, pp. 1-29.

[53] VV.AA.: "The justice and equity implications of the clean energy transition", Carley, S., Konisky D.M., 2020, *Nat. Energy*, 5 (8) , 2020, pp. 569–577; VV.AA.: *Environmental justice, just transition, and a low-carbon future for California*, VV.AA. Cha J.M., Wander M., Pastor M., Environ 2020, Law Reporter 50 10216.

[54] VV.AA: "The justice and equity implications of the clean energy transition", Carley S., Konisky D.M. *Nat. Energy* 5 (8), 2020, pp. 569–577; Cha J.M., Wander M., Pastor M., "Environmental justice, just transition, and a low-carbon future for California", 2020, *Environ. Law Reporter*, 50, 10216.

[55] VV.AA.: "Lost (and found) in transition: expert stakeholder insights on low-carbon energy transitions in Spain Energy", Sorman, A.H. García-Muros, X., Pizarro-Irizar, C., González-Eguino M., *Res. Social Sci.,* 64, 2020 Article 101414

[56] VV.AA.: *Introduction: Work and labour relations in global platform capitalism*. Haidar, Julieta, and Maarten Keune. Work and labour relations in global platform capitalism. Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 1-27.

[57] VV.AA.: "This time it was different? The salience of the Spitzenkandidaten system among European parties", Braun, Daniela, and Sebastian A. Popa*., West European Politics*, 41.5, 2018, pp. 1125-1145.

implementación de ayudas públicas dignas[58]. Se trata de una inseguridad ante el futuro del trabajo y la existencia de suficientes empleos, pero también ante nuevas formas de regulación del empleo, así como de la movilidad social, teniendo presente además las crecientes disparidades entre regiones y territorios lo que se traduce en multitud de impactos ante estos cambios[59]. Esta circunstancia impulsa (de nuevo) una manifiesto riesgo de pérdida del sentido de pertenencia social y una profunda desafección con los discursos, argumentos y recetas clásicas de la política y los sistemas democráticos. En definitiva un entorno que favorece la inestabilidad y conflictividad social.

El elemento común que se sucede en los planteamientos de estos autores es la consideración de la persona trabajadora en todas aquellas decisiones de las empresas orientadas a adaptarse al nuevo modelo económico con el menor impacto ambiental o para adaptarse a los desafíos del nuevo contexto digital. Una consideración que más allá de la esfera de los derechos y condiciones laborales (individuales y colectivos) debe incluir su desempeño, interacción y confianza en la sociedad y en los estados dentro de un sistema democrático. Nos referimos a la persona trabajadora como elemento nuclear del modelo de Gobernanza de las Relaciones Laborales. Un modelo más complejo por la concurrencia de circunstancias tan heterogéneas como: a) el impacto del Cambio Climático y la Cuarta Revolución Industrial está teniendo sobre el modelo de negocio de las empresas; b) la incorporación de nuevos actores con nuevas expectativas así como con un cierta capacidad de influencia sobre las decisiones de las empresas: consumidores, grupos ambientalistas, sociedad civil, etc.: b) un estado atribulado por el debate ante las distintas recetas que frenen la desigualdad creciente entre colectivos de trabajadores, cada vez más desencantados; c) un concepto de empresa más atomizada y descentralizada que nunca, así el auge de empresas transnacionales con efectos sobre las condiciones laborales de las empresas de su cadena de valor.

En todo caso sigue proliferando, al menos a nivel cuantitativo, una bibliografía más densa y prolífica (por su amplio espectro de análisis) sobre la dimensión social de los PTJ impulsados por el cambio climático. Ello muy probablemente tenga que ver con el hecho de que esta dimensión social en el ámbito del cambio climático tenga el respaldo del reconocimiento legal internacional pero sobre todo con la referida dotación presupuestaria, circunstancia que termina favoreciendo el análisis sobre experiencias concretas. En todo caso se apuntan, como líneas de trabajo e investigación futura, identificar el grado o nivel de impacto real sobre el mercado laboral de estos PTJ distinguiendo entre los impulsados por el Cambio Climático y por la Cuarta Revolución Industrial.

3.2. Conceptos relacionados con el modelo de gestión y organización empresarial

La literatura que ha abordado los procesos de transición justa impulsados por el cambio climático dentro del ámbito del management empresarial, se caracteriza por aportar una serie de conceptos y argumentos que sustentan la efectiva incorporación del desempeño ecológico / ambiental al modelo productivo de la empresa. Comenzando por esto último, se identifican como vectores para este fin. la orientación de la empresa hacia la innovación y creación ecológica, profundizar en la cultura del comportamiento ecológico, la orientación estratégica hacia la inversión ecológica, fomentar el comportamiento ciudadano ecológico en las organizaciones e incorporar las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos. Junto con ello destaca la ya mencionada relevancia de la responsabilidad del consumidor a la hora de ejercer un desempeño de consumo responsable y haciendo valer una visión critica del comportamiento ambiental de las organizaciones.

[58] VV.AA.: "Why do countries emulate each others' policies? A global study of renewable energy policy diffusion", Baldwin, Elizabeth, Sanya Carley, and Sean Nicholson-Crotty, *World Development*, 120, 2019, pp. 29-45. 2019.

[59] Entre otros VV.AA.: *Employment and regulation for clickworkers,* Berg, J., y De Stefano, V. vid. nota 31.

Esta planteamiento bibliográfico, incorpora además como valor el hecho de facilitar la comprensión así como la propia gestión de los procesos de cambio o transición productiva. Como línea de investigación futura se apunta el interés por identificar la concurrencia de elementos similares en la literatura que aborde estos elementos desde la perspectiva de la Cuarta Revolución Industrial, conceptos muy poco desarrollados hasta la fecha.

3.3. El papel de la formación profesional, de la negociación colectiva y de la perspectiva de genero en los procesos de transición

La literatura sostiene que en los procesos de negociación colectiva están comenzando a asumir la necesidad de incorporar contenido medioambiental en los textos de los convenios, muy especialmente materias relacionadas con la lucha contra el Cambio Climático[60]. Así puede observarse un mayor compromiso por parte de los interlocutores sociales, aunque falta un mayor grado de proliferación del mismo a la gran parte de los sectores productivos[61]. En este sentido, las referencias a la protección del medio ambiente aumentan, pero sigue siendo excepcional la creación de instrumentos de control efectivo cumplimiento de tales compromisos. Aunque todos los niveles negociadores resultan propicios para la defensa del medio ambiente, ha sido especialmente en el sectorial, donde se ha mostrado de forma más evidente la preocupación medioambiental, aunque no acaba de aflorar con todo su potencial debido, en cierta medida, a la falta de conciencia sobre la importancia y repercusión social de la materia entre las partes negociadoras[62]. En todo caso se echa de menos una mayor grado de sistematicidad, concreción e implantación práctica de las cláusulas denominadas *green friendly*, si bien la incorporación de cláusulas de contenido medioambiental (de cualquier tipo) en la negociación colectiva puede contribuir a la concienciación de los agentes sociales y ejecutivos de empresas[63].

Por otra parte, a nivel normativo sí que disponemos de referencias más permeables con este contenido climático que, además tiene como interés la construcción de un relato en el que comienza a vertebrarse de una manera razonablemente coherente otras materias conexas. Hablamos de las cuestiones de género así como de la formación profesional. En este sentido destaca la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva[64] (en adelante AENC). En este documento se aborda de forma específica la "transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, en tanto pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras". En sus líneas iniciales se relata como cada uno de los acuerdos que han precedido a este, han "obedecido a las situaciones de cada momento, nunca sencillas pero muy diferentes entre sí. Pero todos ellos tienen un hilo conductor común, que es buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras".

[60] Tal como apunta Álvarez Cuesta, H., 2023 *Vid.* Nota 10.

[61] VV.AA.: "La representación de los intereses de los trabajadores en materia medioambiental: la creación convencional de los delegados medioambientales*"*, Canalda Criado, S. 2020, *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid.

[62] UGT: Adaptación de los sectores productivos a los retos climáticos y la generación de empleo, 2020.

[63] Muñoz Ruiz, A. B. "Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales*",* 2014, *Información Laboral*, (8).

[64] BOE 31/05/2023.

Pues bien, en este documento se hace mención a cuestiones ambientales, centradas exclusivamente en el concepto "Transición ecológica", para incluir dentro de él elementos tales como la descarbonización energética y la economía circular (apartado 4). Para concluir que todos ellos, junto con la digitalización, (sic) (…) "pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman". La herramienta clave para asegurar un proceso transicional justo es la negociación colectiva que debe ser proactiva en orden a procurar una atención inmediata a estas transiciones, así "(….) deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales". Para ello contempla la necesidad de: (…) "identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para lo cual resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático.

No obstante lo anterior, al día de la fecha los resultados son manifiestamente mejorables. Así se deduce del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) sobre Negociación Colectiva verde: buenas prácticas y perspectiva de futuro[65], en el que se ha constatado que, hasta el momento, la experiencia negociadora verde en la UE y en los Estados miembros sigue siendo escasa, además de muy desigual. En claro contraste con el ámbito de la transición digital, se ha prestado menos atención a las cuestiones medioambientales como parte de la negociación colectiva. De ahí que el CESE (…) "pida a la UE, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales, desde el pleno respeto de la autonomía colectiva, la adopción de medidas más comprometidas y eficaces que favorezcan el desarrollo —y aumenten la relevancia— de una negociación colectiva verde en los diferentes niveles adecuados".

Se precisa en cualquier caso un verdadero cambio en esta tendencia, que pudiera pasar por incluirlas expresamente como contenido normativo del convenio, así como la conveniencia de regular un marco legal a tal efecto semejante al previsto para los planes de igualdad[66].

4. CONSIDERACIONES FINALES

La literatura analizada subraya el papel determinante que la transición justa está desempeñado en el desarrollo y el fortalecimiento de las relaciones entre el fuerza de trabajo y la naturaleza. Constituye una hoja de ruta sobre la que una pluralidad y diversidad de actores (países, interlocutores sociales, organizaciones internacionales, etc.) deben considerar para equilibrar sociedades y economía sin generar desigualdades y manteniendo la paz social. La transición justa implica el ajuste de los sistemas de producción con la consideración de medidas de amortiguación de impacto negativo sobre el mercado laboral. Pero esta necesidad no está contemplada jurídicamente en la dimensión social de la Cuarta Revolución Industrial. Se echa en falta este contenido en un nuevo contrato social más permeable con esta realidad. Esta ausencia, de una u otra forma obliga a comportamientos reactivos de la legislación laboral ante problemas concretos[67], sin contar con una estrategia y planificación de

[65] Texto disponible (4.12.2024) en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/fb058e52-3d99-11ee-a97e-01aa75ed71a1/language-es

[66] Tal y como sostiene Álvarez Cuesta, H. (2023) cuando sugiere este argumento para la implementación eficaz de los empleos verdes, *Vid.* Nota 10.

[67] Como por ejemplo la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.

contenidos, pero sobre todo de cobertura económica como en el caso de la transición justa ante el cambio climático.

Ello pese a que ambos procesos transicionales están profundamente imbricados entre sí en lo que respecta a la dimensión social derivada de sus consecuencias. Así se apunta en el Dictamen del CESE (en su apartado 1.8) "(….) La transición ecológica, la descarbonización y la economía circular, junto con la digitalización, están teniendo un impacto en el mundo laboral: cambian las tareas y la naturaleza misma de los puestos de trabajo, y se crean nuevas ocupaciones al tiempo que se eliminan otras. Estas transiciones están relacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente".

Por otra parte, constituye una realidad incuestionable que, dentro de los estudios sobre la organización empresarial, la incorporación efectiva de valores y materias relacionados con estos procesos transicionales en los modelos de gestión empresarial han dado buenos resultados en términos de cultura de empresa. Elementos que antes o después se trasladan a la cuenta de resultados. La incesante incorporación de los conceptos vinculados con el desempeño ambiental, constituyen una evidencia de que progresivamente se están sumando a la cultura de la empresa y hacia la orientación estratégica de la misma. Circunstancia que además comienza a ser bien vista por los consumidores y por la generalidad de actores que se relacionan con la empresa. Incorporar elementos propios de los procesos de transición justa derivados de la revolución digital asentarían igualmente esta orientación en el propio modelo de gestión de las organizaciones.

Mención especial requiere el sindicato como actor relevante con un papel poliédrico en el debate transicional. Así destaca su participación efectiva en el diseño de las medidas y políticas de amortiguación social, la deseable mayor amplitud de sus propuestas considerando para ello la opinión de otros actores con los que va a compartir objetivos o la necesidad de innovar para encontrar fórmulas que enganchen con una generación de trabajadores ajenos a la relevancia histórica del sindicato. Ante la magnitud y complejidad de este escenario se antoja determinante que los sindicatos participen en el debate, más allá de la reivindicación de crear una red de seguridad para los trabajadores precarios en sectores en declive ante el cambio de modelo económico. La complejidad social del panorama y el evidente riesgo de desigualdad, desequilibrios e inestabilidad social requieren de otros planteamientos que pasan por dar voz a los trabajadores y la sociedad civil para que puedan participar en el debate ambiental y tecnológico.

Finalmente, el argumento que sobrevuela a la literatura sobre la dimensión social de los procesos de transición (derivada del cambio climático o de la revolución industrial) es que su mayor o menor acierto encierra un peligro de deterioro social y la pérdida de confianza en las instituciones políticas en toda Europa (y de la propia UE). No formar parte del proceso de cambio sitúa a la sociedad civil y a las personas trabajadoras como sujetos pasivos pendientes del grado de impacto del cambio (por naturaleza imprevisible e incierto) sobre su esfera individual o colectiva. La pérdida del sentido de pertenencia siempre ha estado tras los procesos de fragmentación de la vida política en Europa y sólo ha sido cuestión de tiempo observar (ya en las urnas) la presión (y el castigo) sobre los partidos tradicionales debido al auge de nuevos actores políticos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cuesta, H.: "Transición ecológica y empleos verdes: una visión desde la negociación colectiva", *Revista Galega de Dereito Social*, 2023, 18, pp. 9-40.

Álvarez Cuesta, H.: "Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto verde europeo en el proyecto de ley de cambio climático en España", *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret Del Treball*, 2, 2020, pp. 74-100.

Benhamou, S.: "Artificial intelligence and the future of Work", *Revue d'économie industrielle,* (169), 2020, pp. 57-88.

Bergamaschi, L.: "There is no green deal without a just transition", *IAI Commentaries,* 20(1), 1-5, 2020. Disponible en: https://www.iai.it/sites/default/files/iaicom2001.pdf.

Bini, S.: *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021. Disponible en: https://scholar.archive.org/work/asdnk3xkizf35jlcry5ru3v7la/access/wayback/https://www.mites.gob.es/es/publica/articulos_revista/Revista_MITES_152_rec3_DOI__0011.pdf.

Bjorge, E:, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2015

Brand, U., y Wissen, M.: *The limits to capitalist nature: Theorizing and overcoming the imperial mode of living*, 2018, Rowman y Littlefield.

Chearavanont, S.: "How digitization and innovation can make the post-COVID world a better place", In *World Economic Forum*, 2020 (Vol. 11).

Fletcher, P.: *The Built Environment at the Eve of the Fourth Industrial Revolution, Through Ideas*, 2016. Disponible en: https://www.throughideas.com/the-built-environment-at-the-eve-of-the-fourth-industrial-revolution/.

Goodwin, M.: *Education governance, politics and policy under New Labour*, (Doctoral dissertation, University of Birmingham), 2011 accesible en: https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/1771/

Hobolt, S. B.: "The Brexit vote: a divided nation, a divided continent*", Journal of European public policy,* 23(9), 2016 pp. 1259-1277

Jolly, C.: "Collective action and bargaining in the digital era", M. Neufeind, J. O'Reilly y F. Ranft (eds), *Work in the Digital Age: Challenges of the Fourth Industrial Revolution,* London: Rowman and Littlefield International, 2016, pp. 209–223

Kalt T., "Jobs vs. climate justice? Contentious narratives of labor and climate movements in the coal transition in Germany", *Environ. Polit*. 2021 pp. 1–20.

Muñoz Ruiz, A. B.: "Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales", *Información Laboral,* 2014 (8).

Murray, G.. "Union renewal: What can we learn from three decades of research?", *Transfer: European Review of Labour and Research*, 23 (1), 2017, pp. 9-29

Navarrete, C. M.: "Industria 5.0, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la 'ley de riders' a la 'ley de nómadas digitales'", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2022, pp. 5-22 Disponible en: https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/3243.

O'Rourke, Dara.: "Outsourcing regulation: Analyzing nongovernmental systems of labor standards and monitoring", *Policy Studies Journal*, 31.1 2003, pp. 1-29.

Rodrigues, M.J.: *Work in the digital age. Challenges of the Fourth Industrial Revolution*, Foundation for European Progressive Studies. 2018

Schwab, K.: *The Fourth Industrial Revolution: What It Means, How to Respond, World Economic Forum*, 2016. Disponible en: https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/.

Sierra Hernáiz, E.: "El proceso de transición justa: Los empleos verdes como instrumentos para su implementación", *Foro: Revista de Derecho*, 40, 2023, pp. 69-82.

Singh Ghaleigh, N.: "Just Transitions for Workers: When Climate Change Met Labour Justice", *Research Paper Series*, No 2019/30, School of Law University of Edinburgh, 2019, pp.16-17.

Snell D., "'Just transition'? Conceptual challenges meet stark reality in a 'transitioning'coal region in Australia", *Globalizations* 15 (4), 2018, pp 550–564.

Treu T.: "Labour Law and Sustainable Development", *WP CSDLE "Massimo D'Antona",* 2016 INT–130/2016.

Vidigal G: "Evolutionary Interpretation and International Law*", Journal of International Economic Law,* Volume 24, Issue 1, 2021, pp. 203–219

VV.AA .: *The digital transition of the economy and its consequences for the labour market,* Eichhorst, Werner y Gemma Scalise, Research Handbook on Digital Sociology. Edward Elgar Publishing, 2023. pp. 419-432.

VV.AA. *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva,* Miñarro Yanini, M., Arnau Moya, F., Díaz Rodríguez, J. M., Chiaromonte, W., y Chacártegui Jávega, C., Universidad de Jaén. 2022.

VV.AA.: "Corporate social responsibility and labour standards: Bridging business management and employment relations perspectives", Jackson, Gregory, Virginia Doellgast y Lucio Baccaro, *British Journal of Industrial Relations,* 56.1, 2018, pp. 3-13.

VV.AA.: "Critical policy studies and the politics of post-truth politics", Braun, K., y Dodge, J., *Critical Policy Studies,* 12(1), 2018, 1-2.

VV.AA.: "Challenges to the low carbon energy transition: A systematic literature review and research agenda", Saraji, M. K. y Streimikiene, D., *Energy Strategy Reviews*, 49, 101163, 2023. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2211467X2300113X.

VV.AA.: "Defining the meaning of 'sustainable work' from activity-centered ergonomics and psychodynamics of work's perspectives", Brunoro, C. M., Bolis, I., Sigahi, T. F., Kawasaki, B. C. y Sznelwar, L. I., *Applied Ergonomics,* 89, 103209, 2020.

VV.AA.: "Economic indicators and electoral volatility: economic effects on electoral volatility in Western Europe, 1950–2013", Dassonneville, R., y Hooghe, M. 2017, *Comparative European Politics*, 15, 919-943.

VV.AA.: "Employment and regulation for clickworkers", Berg, J., y De Stefano, V., *Praise for Work in the Digital Age*, 2018, 175.

VV.AA.: "Environmental justice, just transition, and a low-carbon future for California", Cha J.M., Wander M., Pastor M., *Environ. Law Reporter*, 50 10216, 2020.

VV.AA.: "From a 'just transition for us' to a 'just transition for all'", Galgóczi, B., *Transfer: European Review of Labour and Research*, 28(3), 349-66, 2022. Disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/10242589221125066.

VV.AA.: "Global labour unions and just transition to a green economy", Stevis D., Felli R., *Int. Environ. Agreements: Politics, Law Econ*., 15 (1), 2015, pp 29–43.

VV.AA.: "Green human resource management and sustainable performance with the mediating role of green innovation: A perspective of new technological era", Awwad Al-Shammari, A. S., Alshammrei, S., Nawaz, N. y Tayyab, M., *Frontiers in Environmental Science,* 10, 901235, 2022.

VV.AA.: "Introduction: The genealogy and contemporary politics of just transitions", D. Stevis, E. Morena, D. Krause, 2020, in: E. Morena, D. Krause, D. Stevis (Eds.), *Just Transitions: Social Justice in the Shift Towards a Low-Carbon World*, 2020, Pluto Press, p. 240

VV.AA.: "Just energy transitions to low carbon economies: A review of the concept and its effects on labour and income", García-García, P., Carpintero, Ó. y Buendía, L., *Energy Research y Social Science*, 70, 101664, 2020. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214629620302395.

VV.AA.: "Just transition: A conceptual review", Wang, X., y Lo, K. *Energy Research y Social Science*, 82, 102291, 2021

VV.AA.: "La representación de los intereses de los trabajadores en materia medioambiental: la creación convencional de los delegados medioambientales", Canalda Criado, S.: *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, Madrid.

VV.AA.: "Lost (and found) in transition: expert stakeholder insights on low-carbon energy transitions in Spain Energy", Sorman, A.H. García-Muros, X., Pizarro-Irizar, C., González-Eguino, M., *Res. Social Sci*., 64, 2020, Article 101414

VV.AA.: "Mind the gaps - the political consequences of the great recession in Europe", Muro, D. y Vidal Lorda, G. 2014. Notes internacionals CIDOB: 90

VV.AA.: "No need for automation angst, but automation policies", Arnold, D., Arntz, M., Gregory, T., Steffes, S., y Zierahn, U., 2018, *Praise for Work in the Digital Age*, 75.

VV.AA.*:* "Paying the price for a broken healthcare system: Rethinking employment, labor, and work in a post-pandemic world"*,* Avgar, A. C., Eaton, A. E., Givan, R. K., y Litwin, *Work and Occupations*, 47(3), 2020, pp. 267-279.

VV.AA.: "Redefining labour relations and capital in the digital age", Crouch, C., *Praise for Work in the Digital Age*, 187, 2018. Disponible en: https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-172035-ea.pdf#page=210.

VV.AA.: "Relationship of environmental strategy and performance: Role of green human resource management", Aggarwal, P. y Agarwala, T., *International Journal of Business Environment,* 14(1), 2023 pp. 37-66, .

VV.AA.: "The electoral consequences of the financial and economic crisis in Europe", Hernández, E., y Kriesi, H., *European journal of political research*, 55(2), 2016 pp. 203-224.

VV.AA.: "The justice and equity implications of the clean energy transition", Carley, S., Konisky D.M., *Nat. Energy,* 5 (8), 2020 pp. 569–577

VV.AA.: "This time it was different? The salience of the Spitzenkandidaten system among European parties"*,* Braun, Daniela y Sebastian A. Popa*, West European Politics*, 41.5, 2018, pp. 1125-1145.

VV.AA.: "Why do countries emulate each others' policies? A global study of renewable energy policy diffusion", Baldwin, Elizabeth, Sanya Carley, and Sean Nicholson-Crotty, *World Development*, 120, 2019, pp. 29-45. 2019

VV.AA.: "Workers, Trade Unions, and the Imperial Mode of Living: Labour Environmentalism from the Perspective of Hegemony Theory", Wissen, M. y Brand, U., en Räthzel, N., Stevis, D. y Uzzell, D. (Eds.), *The Palgrave Handbook of Environmental Labour Studies*, Cham, Springer International Publishing, 2021, pp. 699-720.

VV.AA.: "Workers' power in resisting precarity: Comparing transport workers in Buenos Aires and Dar es Salaam", Rizzo, Matteo y Maurizio Atzeni, *Work, Employment and Society,* 34.6, 2020, pp. 1114-1130.

VV.AA.: *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Miñarro Yanini, M., Arnau Moya, F., Díaz Rodríguez, J. M., Chiaromonte, W., y Chacártegui Jávega, C, Universidad de Jaén, 2022.

VV.AA.: *Conflictos laborales globales en las plataformas*, Trappmann, V., Bessa, I., Joyce, S., Neumann, D., Stuart, M. y Umney, C., Berlín, Fundación Friedrich Ebert, 2020. Disponible en: https://library.fes.de/pdf-files/iez/16939.pdf.

VV.AA.: *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Navarrete, C. M. y Gámez, M. R. V., Aranzadi/Civitas, 2022. Disponible en: https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=OCpdEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5.

VV.AA.: *Development: Ideal and Basics. Aligning Geopolitics, Humanitarian Action and Geography in Times of Conflict*. O'Reilly, G., y O'Reilly, G. Springer, 2019, pp. 159-187.

VV.AA.: *Global perspectives on workers' and labour organizations*, Atzeni, Maurizio, and Immanuel Ness, eds. Springer, Singapore 2018.

VV.AA.: *Introduction: Work and labour relations in global platform capitalism*, Haidar, Julieta, y Maarten Keune, Work and labour relations in global platform capitalism. Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 1-27.

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Eds.), Murcia, Laborum, 2006.

VV.AA.: *Labour law and inclusive development: the economic effects of industrial relations laws in middle-income countries.* Deakin, Simon, Colin Fenwick, and Prabirjit Sarkar, Institutional Competition between Common Law and Civil Law: Theory and Policy. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2014 pp. 185-209.

VV.AA.: *Working time, inequality, and sustainability*, Fitzgerald, J. B., y Schor, J., In Handbook on Inequality and the Environment, Edward Elgar Publishing, 2023 pp. 325-344.

VV.AA.: *La construcción del poder obrero en el capitalismo digital. Nuevas y viejas luchas sindicales,* Basualdo, V., Dias, H., Herberg, M., Schmalz, S., Serrano, M., & Vandaele, K., Quito: Friedrich Ebert Stiftung. 2021.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 169-192

La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales

The theory of the link in the special labour relationship of senior management: legal and doctrinal implications

Rafael José López Bedmar *Contratado predoctoral FPU*[1]
Universidad de Granada
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN
   2.1. Marco normativo
   2.2. Caracteres de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección
   2.2.1. Concepto de alto directivo
   2.2.2. Características del contrato de alta dirección
3. LA TEORÍA DEL VÍNCULO
   3.1. Situación de los miembros del órgano de administración de la sociedad: referencia al artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores
   3.2. Los orígenes jurisprudenciales de la teoría del vínculo
   3.2.1. Precedente inmediato: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de septiembre de 1988.
   3.2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 de enero de 1991
   3.2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 3 de junio de 1991.
   3.3. Aspectos doctrinales de la teoría del vínculo
   3.4. Doctrina y jurisprudencia recientes sobre la teoría del vínculo
   3.4.1. Reforma del año 2014 relativa al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital
   3.4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de febrero de 2018
   3.4.3. Situación actual
4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS
5. BIBLIOGRAFÍA

[1] Ayudas para contratos predoctorales de Formación del Profesorado Universitario del año 2021, financiadas por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (FPU 2021, concesión definitiva por Orden de 30 de noviembre de 2022).

Fecha Recepción: 12/11/2024
Fecha Revisión: 29/11/2024
Fecha Aceptación: 10/12/2024

Cita Sugerida: LÓPEZ BEDMAR, R.J.: «La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 169-192.

Resumen

Este artículo analiza la teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección, abordando sus implicaciones jurídicas y doctrinales. De origen jurisprudencial, esta teoría sostiene que, cuando un alto directivo asume simultáneamente funciones ejecutivas y es miembro del órgano de administración de la empresa, su vínculo laboral se subsume en el vínculo societario, lo que lo excluye del ámbito de protección laboral. En primer lugar, el estudio detalla los caracteres jurídicos de la relación especial de alta dirección. A continuación, examina la evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del vínculo, distinguiéndola de otras figuras laborales y evaluando sus efectos prácticos en la relación entre directivo y empresa. Por último, se proponen revisiones críticas para adaptar esta teoría a las dinámicas organizativas y necesidades de protección jurídica actuales.

Palabras clave

Derecho del Trabajo; contratos de trabajo; alta dirección; confianza; jurisprudencia.

Abstract

This article analyses the theory of the link in the special employment relationship of senior management, addressing its legal and doctrinal implications. Originating in jurisprudence, this theory holds that, when a senior manager simultaneously assumes executive functions and is a member of the company's administrative body, his or her employment relationship is subsumed in the corporate relationship, which excludes him or her from the scope of employment protection. First of all, the study details the legal characteristics of the special senior management relationship. It then examines the doctrinal and jurisprudential evolution of the theory of the relationship, distinguishing it from other employment relationships and assessing its practical effects on the relationship between manager and company. Finally, critical revisions are proposed in order to adapt this theory to current organisational dynamics and needs for legal protection.

Keywords

Labour law; employment contracts; senior management; confidence; jurisprudence.

«Ius est ars boni et aequi»

(Traducción: «El Derecho es el arte de lo que es bueno y justo»).
Celso (recogida en Digesto 1.1.1).

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[2] (en adelante, Estatuto de los Trabajadores), en su artículo uno refleja que se aplica a todas las prestaciones de servicios que cumplen con los elementos configuradores establecidos. Dichas notas son: el carácter personalísimo de la prestación de un servicio, la voluntariedad, la retribución a cambio de los servicios, la dependencia y la ajenidad[3].

Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores configura relaciones laborales de carácter especial, siendo una de ellas la del personal de alta dirección. El personal directivo representa una categoría de trabajadores cuya aparición fue tardía. A diferencia de los obreros y empleados, los directivos emergen aproximadamente en la segunda mitad del siglo XIX, impulsados por el crecimiento sostenido de fábricas y explotaciones industriales[4].

Esta relación laboral ha sido, tradicionalmente, objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial debido a las particularidades que presenta en comparación con la relación laboral común. Se puede decir que se encuentra entre la frontera del Derecho del Trabajo y del Derecho Civil[5].

Esta relación laboral especial ha sido debatida por el Tribunal Constitucional en la STC 79/1983, mediante la cual justifica esta especialidad en base a la diferencia notoria existente entre el personal que ocupa puestos de alta dirección dentro de una empresa y el resto de los trabajadores de la misma, haciendo un particular hincapié en la necesaria relación de confianza entre el empresario y la persona trabajadora de alta dirección[6].

Una de las principales cuestiones que han suscitado controversia es la teoría del vínculo, que establece una relación entre la naturaleza laboral y mercantil de los altos directivos que, en muchos casos, desempeñan funciones tanto laborales como orgánicas dentro de la empresa.

El presente artículo tiene como objetivo analizar las implicaciones jurídicas y doctrinales de la teoría del vínculo en el marco de la relación laboral especial de alta dirección, examinando su evolución doctrinal, los conflictos que genera en la práctica empresarial y su reflejo en la jurisprudencia reciente.

Este análisis cobra especial relevancia en un contexto en el que la figura del alto directivo se ve cada vez más afectada por cambios organizativos, reestructuraciones empresariales y transformaciones en los modelos de gestión corporativa. Estos fenómenos se han acelerado con la aparición de una sociedad globalizada, que ha tenido un impacto profundo en las relaciones laborales[7]. Además, estas transformaciones se intensificarán con la llegada de la Cuarta Revolución Industrial, una etapa

[2] BOE 13.11.2015.

[3] De Pablo Hermida, J.M.: *Vademécum de acceso a la abogacía y la procura*. A Coruña, Editorial Colex, 2022, p. 17.

[4] Ortega Lozano, P.G.: "Personal directivo en la transmisión de la empresa", *Revista de derecho social*, núm. 96, 2021, p. 87.

[5] Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*. Civitas, Madrid, 1995, p. 23.

[6] VV.AA.: "Las relaciones especiales de trabajo", *Manual de Derecho del Trabajo*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. et Vila Tierno, F. (Dirs.), Granada, Comares, 2024, p. 674.

[7] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social a la gestión integral de riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica en la era de la digitalización", en *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, Ortega Lozano, P. G., Guindo morales,

marcada por tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, la robótica, los algoritmos y la impresión 3D[8]. Esta revolución se caracteriza por la creciente importancia de los datos y una nueva manera de concebir el mundo[9].

Sin duda se asiste a una de las figuras del Derecho del Trabajo más transversales e interdisciplinares, dada su relación directa con el Derecho Mercantil, el Derecho Civil, e incluso, el Derecho Tributario. Además, dada su naturaleza «semilaboral», reduce los rasgos de protección al trabajador que caracterizan tradicionalmente a la disciplina del Derecho del Trabajo[10].

2. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN

2.1. Marco normativo

Como se ha adelantado en la introducción, el Estatuto de los Trabajadores, recoge en su artículo 2 las relaciones laborales de carácter especial. Se trata de supuestos que, aunque presentan las características definitorias de cualquier relación laboral, tal como las establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, poseen una regulación específica[11]. Es importante aclarar que el personal de alta dirección cumple con las características esenciales del contrato laboral, tales como la voluntariedad, la ajenidad, la dependencia o subordinación y el salario[12].

Conviene destacar, en este punto, que las relaciones laborales de carácter especial no implican la exclusión del Estatuto de los Trabajadores. Lo que ocurre es que su aplicación se ve parcialmente desplazada, ya que se establece un régimen normativo específico que regula sus particularidades, delimitando así su especialidad. No quedan excluidas de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, puesto que esto sucede sólo en dos situaciones:

a) Cuando no se reúnan las notas específicas de toda relación laboral.

b) Cuando el Estatuto de los Trabajadores lo excluya directamente de su ámbito de aplicación. Esto lo hace la referida ley en su artículo 1.3.

Ante esto, el legislador incluyó como relación de carácter especial en el artículo 2.1.a) a «*la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)*». Para dotar de un cuerpo normativo a esta relación especial se aprueba el vigente Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección[13] (en adelante, Real Decreto de alta dirección).

S. et López Insua, B. M. (Dirs.), López Bedmar, R. J. et Velasco Fernández, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, p. 295.

[8] Guindo morales, S.: "Efectos adversos para las personas trabajadoras de la irrupción de la cuarta revolución industrial", en *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Ortega Lozano, P. G. y Guindo morales, S. (Dirs. y Eds.) Barcelona, Atelier, 2023, p. 247.

[9] Ortega Lozano, P. G.: "Desafío tecnológico e inteligencia artificial en las relaciones laborales", en *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Ortega Lozano, P. G. y Guindo morales, S. (Dirs. y Eds.) Barcelona, Atelier, 2023, pp. 417-419.

[10] Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004, pp. 1000-1008.

[11] De Pablo Hermida, J.M.: *Vademécum de acceso a la abogacía y la procura*. A Coruña, Editorial Colex, 2022, p. 20.

[12] Ortega Lozano, P.G.: "Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: La recíproca confianza en el vínculo", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, p. 237.

[13] BOE 01.01.1986.

El Real Decreto de alta dirección, en su artículo tercero, establece las fuentes del contrato de alta dirección que se pueden ordenar de este nivel:

1) La autonomía de la voluntad de las partes. Siempre y cuando queden sujetas a la normativa desarrollada en dicho real decreto. De hecho, aparece en bastantes casos la remisión a la voluntad de los contratantes en el cuerpo normativo[14]. Esto se debe a que el trabajador no se encuentra en una situación sumamente vulnerable respecto al empresario, por lo que no es necesario que se le aplique una normativa tan férreamente protectora. Al presentarse el alto directivo como el *alter ego* del empresario, esta protección distinta queda justificada[15]. En la relación laboral ordinaria, la autonomía individual se encuentra subordinada a la normativa legal y convencional[16]. La atenuación del rasgo de la dependencia, junto con una mayor afinidad de intereses respecto al empleador, hace que, en el régimen jurídico del personal de alta dirección, prevalezcan las decisiones de las partes, quienes, mediante pactos o acuerdos, determinarán el contenido de su relación, por lo que es evidente la prevalencia de este rasgo[17].

2) La legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, será aplicable cuando el Real Decreto de alta dirección así lo determine expresamente o cuando las partes lo estipulen en el contrato de manera explícita.

3) De forma supletoria lo dispuesto en la normativa civil o mercantil y a sus principios generales[18]. De esta forma quedan postergada la legislación laboral común[19]. Por tanto, el legislador ha precisado que, ni las normas laborales ordinarias, ni sus principios y criterios, se apliquen fuentes supletorias, ni siquiera en un segundo grado[20], salvo remisión expresa.

En cualquier caso, es importante señalar que la alta dirección constituye una relación laboral, dado que la jurisdicción competente es la del orden social, tal como establece el artículo 14 del Real Decreto de alta dirección, aunque con un distinto orden de aplicación de fuentes. La doctrina ha resaltado la importancia de esta nota, hasta el nivel de declarar que es aquí se mostraba la trascendencia de la laboralización de los mismos[21]. La única excepción de jurisdicción es en los casos de modificación, suspensión o extinción dados en el marco de los procedimientos concursales[22].

[14] Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004, pp. 1000-1008.

[15] Costa Reyes, T.: "El tratamiento concursal del personal de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 80, 2005, p. 124.

[16] Ramos Moragues, F.: El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Peculiaridades extintivas, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14. 2021, p. 975.

[17] López Sánchez, M. C.: "Fuentes reguladoras de la relación laboral especial de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010, p. 153.

[18] Conviene, en este punto, hacer una breve incisión para aclarar que, el Estatuto de los Trabajadores no es no es normativa que se aplique de forma supletoria para esta figura jurídica, puesto que el Real Decreto de alta dirección le reserva ese papel a la normativa civil y mercantil, junto con sus principios generales, en exclusiva.

[19] Martínez Moreno, C.: "El trabajo de alta dirección: Evolución histórica y fuentes de regulación", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 36, 1995, p. 54.

[20] Ramos Moragues, F.: "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Peculiaridades extintivas", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14. 2021, p. 976.

[21] Martínez Moreno, C.: "El trabajo de alta dirección: Evolución histórica y fuentes de regulación", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 36, 1995, p. 71.

[22] VV.AA.: "Las relaciones especiales de trabajo", *Manual de Derecho del Trabajo*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. et Vila Tierno, F. (Dirs.), Granada, Comares, 2024, p. 677.

Expuesto el marco normativo que atañe a la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, se pasa a definir y esbozar algunas características principales de la misma.

2.2. Caracteres de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

2.2.1. Concepto de alto directivo

La premisa fundamental radica en que no todos los empleados que ejercen funciones directivas dentro de la empresa serán considerados altos directivos. A este respecto, puede plantearse la siguiente clasificación[23]:

— Personal de alta dirección propiamente dicho (figura regulada por el artículo 2.1.a del Estatuto de los Trabajadores y por el Real Decreto de alta dirección). Constituyen el objeto de análisis en el presente artículo. Es el caso del director general o gerente de una sociedad.

— Directivos de régimen laboral común (quedan incluidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Ejercen funciones directivas en la empresa y, en general, cuentan con una alta cualificación y una remuneración acorde a sus responsabilidades. Sin embargo, como se analizará a continuación, sus facultades no alcanzan la amplitud e intensidad características de la alta dirección, pues no abarcan la totalidad del negocio o de la empresa. Estas atribuciones suelen estar restringidas a un nivel funcional o geográfico, como en los casos de un director de departamento, un director de sucursal o un director regional.

— Consejeros o miembros de órganos de administración de sociedades (son los referidos en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores). Se trata de individuos que integran el órgano que representa la titularidad legal de la empresa (administrador, consejo de administración), es decir, el órgano supremo de gestión, gobierno y representación de la sociedad. Aunque se explicará con mayor detalle más adelante, estos, en ningún caso, forman parte del concepto jurídico de alto directivo.

El Real Decreto de alta dirección recoge la definición de alto directivo en su artículo 1.2: «*Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*».

De lo anterior se extraen diversas notas de análisis esenciales que en todo caso tienen que existir, sin faltar ninguna de ellas[24]:

— Ser un trabajador.

— Ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma.

[23] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[24] Para un análisis más detallado de la figura del personal de alta dirección, es recomendable consultar Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L.: "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

— Hacerlo con autonomía y plena responsabilidad.

— Sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración,

Así, en relación con el ejercicio de funciones propias de la titularidad de la empresa, se exige que tales directivos "ejerciten" poderes, es decir, que exista un auténtico ejercicio de gobierno. Esto supone la capacidad de llevar a cabo actos y celebrar negocios en nombre de la empresa, generando obligaciones jurídicas para la misma frente a terceros. De este modo, el alto directivo se caracteriza por su subordinación directa al empresario, sin la existencia de responsables o cargos intermedios entre ambos; de lo contrario, su condición se reduciría a la de un mando intermedio, sujeto al régimen laboral ordinario. No obstante, la coexistencia de varios altos directivos y la necesidad de coordinación entre ellos no implica subordinación y, por tanto, no afecta su condición de alto directivo[25].

Además, estos poderes deben ser generales y muy amplios; puesto que, a diferencia del apoderamiento específico que se otorga en relación con las funciones de un puesto concreto, la alta dirección se distingue por un apoderamiento integral que abarca todas las áreas del negocio[26]. Por tanto, el alcance de sus funciones abarca la mayoría de las facultades propias del empresario (aunque no necesariamente todas), sin estar limitado al lugar específico donde se desarrollan dichas funciones (empresa, centro, unidad, etc.), especialmente en consideración de la creciente complejidad de las estructuras empresariales[27].

La consecuencia jurídica de esta distinción es que otras figuras, como el director de marketing, el director comercial o el director de recursos humanos, entre otros, no califican como altos directivos, ya que sus poderes están limitados a un ámbito funcional específico y no tienen carácter general ni están vinculados a la titularidad jurídica de la empresa. Se trata, por tanto, de casos de "directivos altos".

La autonomía y responsabilidad del alto directivo se vinculan al criterio jerárquico. Este profesional ejerce sus funciones con plena autonomía, lo que implica independencia y libertad de criterio en su actuación, subordinándose únicamente a las instrucciones y directrices emitidas por el órgano de administración y gobierno de la empresa. La jurisprudencia destaca, sin embargo, que tales instrucciones deben provenir directamente del consejo de administración y ser otorgadas de forma directa, sin intermediarios ni personas interpuestas; esta es, por tanto, la única limitación que enfrenta en su desempeño[28].

La doctrina jurisprudencial ha configurado algunas notas fundamentales sobre la relación laboral del personal de alta dirección[29]:

[25] Costa Reyes, T.: "El tratamiento concursal del personal de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 80, 2005, p. 124.

[26] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[27] Costa Reyes, T.: "El tratamiento concursal del personal de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 80, 2005, p. 124.

[28] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[29] Ortega Lozano, P. G.: "Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: La recíproca confianza en el vínculo", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, pp. 233-234. Véase las STS de 4 de junio de 1999, STSJ Madrid de 27 de abril de 2015 y STSJ Santa Cruz de Tenerife de 4 de julio de 2014.

— Un indicio clave de la relación especial de alta dirección es que las facultades otorgadas deben incidir en áreas esenciales de la empresa y, en términos generales, abarcar toda su actividad o aspectos fundamentales de sus objetivos, cubriendo una amplia dimensión territorial o áreas estratégicas. Según el artículo 1.2 del Real Decreto de alta dirección, esta relación se define por la plena autonomía y responsabilidad del directivo, así como por su capacidad para tomar decisiones estratégicas que impactan a la empresa en su conjunto, sin quedar restringidas a unidades específicas, lo cual lo vincula directamente a la titularidad y a los objetivos generales de la organización.

— Para que una relación laboral sea considerada de alta dirección, conforme al artículo 1.2 del Real Decreto de alta dirección, es fundamental que el directivo asuma, con plena autonomía y responsabilidad, poderes propios de la titularidad de la empresa. Este cargo debe contar de independencia en el ejercicio de sus funciones, respondiendo únicamente a las instrucciones del titular de la empresa. Por ello, los mandos intermedios aunque desempeñen funciones directivas no cumplen con estos requisitos y, en consecuencia, están sujetos al régimen laboral común.

— No debe confundirse la delegación de ciertas funciones directivas a algunos empleados, común en organizaciones complejas, con la alta dirección definida en el artículo 1.2 del Real Decreto de alta dirección y el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

— La relación laboral de alta dirección se caracteriza por la participación en decisiones clave para la gestión empresarial. Para considerarse personal directivo, deben cumplirse tres condiciones: ejercer poderes vinculados a la titularidad de la empresa, que dichos poderes tengan alcance general sobre toda la actividad, y que el directivo actúe con autonomía, subordinado únicamente al órgano rector. Dado su carácter especial, esta noción de alto cargo debe interpretarse de manera restrictiva, centrada en funciones de liderazgo superior en la empresa. Además, la calificación jurídica de la relación laboral no depende del título que las partes le otorguen, sino de las obligaciones reales contenidas en el contrato y los actos ejecutados. La naturaleza del contrato se define por su contenido efectivo, que prevalece sobre la denominación formal (criterio *nomen iuris*) asignada por las partes, lo que evita confusiones comunes en cargos como director/a de RRHH, director/a Financiero/a, o director/a de Operaciones.

2.2.2. Características del contrato de alta dirección

En primer lugar, cabe citar el artículo 2 del Real Decreto de alta dirección: «*La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe*». Esto implica una exigencia de buena fe que va más allá de la que se espera en una relación laboral ordinaria. De hecho, esto se plasma en la posibilidad de extinción del contrato por desistimiento, precisamente por la importancia de una hipotética falta de confianza, como se reconoce en el artículo 11, facultad que no se contempla en otro tipo de contratos.

El artículo 4 del Real Decreto regula la duración del contrato de alta dirección, que se presume indefinida salvo acuerdo en contrario. La ausencia de formalización escrita no excluye la aplicación del régimen especial si se cumplen los requisitos legales[30]. Este deberá recoger al menos:

[30] Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004, pp. 1000-1008.

— La identificación de las partes.

— El objeto del contrato.

— La retribución convenida, con especificación de los conceptos salariales y en especie.

— La duración del contrato. En última instancia, la duración del contrato de alta dirección es la que las partes acuerden de mutuo acuerdo; sin embargo, en ausencia de un acuerdo escrito sobre su duración, el contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido[31].

— Resto de cláusulas que se quieran especificar. Estas podrían incluir un pacto de no competencia postcontractual, la compensación por incumplimiento de un acuerdo de permanencia, un pacto de no exclusividad, cláusulas de blindaje, entre otras.

El periodo de prueba se regula en el artículo 6 y se establece que: "*Uno. En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida. Dos. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa*". En comparación con los periodos de prueba habituales recogidos en el Estatuto de los Trabajadores, que suelen ser de tres a seis meses, se comprueba como se amplía el plazo. Así, si las partes estipularan un período de prueba que exceda el máximo permitido, ya sea en un contrato temporal o indefinido, se considerará nulo el exceso que supere el límite legal de nueve meses[32]. A pesar de esta previsión, se puede pensar que la mayor parte de los contratos de alta dirección no van a contar con un periodo de prueba, sino que precisamente, será la figura del blindaje la más común.

El artículo 7 regula el tiempo de trabajo, al decir que: «*El tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas y permisos, así como para vacaciones, será el fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente*». De esta forma se comprueba como no se exigen los requisitos protectores del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se deja a la voluntad de las partes, siempre y cuando no sean condiciones notoriamente abusivas.

La exclusividad, aunque no venga referida expresamente, aparece en el artículo 8.1 del Real Decreto de alta dirección. El alto directivo debe prestar servicios en exclusiva para su empleador, salvo que cuente con autorización de este (se presume dicha autorización si la relación con otra entidad es de carácter público y no ha sido expresamente excluida en el contrato) o exista un pacto escrito en sentido contrario. De esta forma, la persona trabajadora de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas[33].

Referente a la permanencia en la empresa, el artículo 8.2 refleja que tan sólo si el alto directivo ha recibido una especialización profesional a cargo de la empresa por un período específico, se puede acordar que, si abandona el trabajo antes del plazo establecido, el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

---

[31] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[32] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[33] Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004, pp. 1000-1008.

El pacto de no concurrencia postcontractual en el contrato especial de trabajo, recoge el apartado tercero del artículo 8, que este tiene un límite de dos años y solo es válido si: existe un interés industrial o comercial real por parte del empresario; o se otorga al alto directivo una compensación económica adecuada.

El artículo 9 del Real Decreto de alta dirección aborda la promoción interna, entendida como la promoción del personal interno de la empresa, pasando de una relación laboral ordinaria a una de alta dirección, debido a un cambio en sus funciones y responsabilidades. El apartado segundo de dicho artículo establece que debe especificarse por escrito si la nueva relación especial sustituye a la relación laboral común anterior o si esta última queda suspendida, entendiéndose que, en caso de no establecerse nada al respecto, la relación común queda suspendida con el fin de proteger a la persona trabajadora (salvo caso de despido procedente)[34].

Los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto de alta dirección se encargan de abordar la extinción del contrato. En la alta dirección, a diferencia de los trabajadores de régimen común, no opera la necesidad de llevar a cabo un despido con causa[35]. Se postulan dos alternativas:

— La extinción por voluntad del alto directivo (art. 10). El alto directivo puede extinguir el contrato con un preaviso de tres a seis meses, salvo en casos de incumplimiento grave del empresario. Si no respeta el preaviso, el empresario puede reclamar indemnización equivalente a los salarios del periodo no cumplido. Es recomendable que haga el preaviso por escrito y de forma expresa[36]. El alto directivo también puede finalizar el contrato con indemnización si hay:

  • Modificaciones perjudiciales en sus condiciones laborales.

  • Retraso o impago de salarios.

  • Incumplimientos graves del empresario (excepto por fuerza mayor).

  • Cambios significativos en la titularidad o estructura de la empresa, siempre que se actúe en tres meses.

— La extinción del contrato por voluntad del empresario (art. 11). Esta es una de las notas propias de la relación laboral especial de alta dirección, y es que el empresario puede poner fin a la relación laboral sin presentar causa alguna[37]. En primer lugar, el contrato puede extinguirse por desistimiento del empresario con preaviso y una indemnización de siete días por año de servicio (máximo seis meses) si no hay acuerdo previo. Si no se

[34] Ortega Lozano, P. G.: *La subrogación de los trabajadores en la transmisión de empresas*, Madrid, Dykinson (Colecciones: Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros), 2023. Para una mayor profundización en la figura de la transmisión de empresa y el personal de alta dirección, se debe consultar Monereo Pérez, J.L.: "Transmisión de empresa y personal de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A. L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

[35] Para el estudio de la figura clásica del despido, véase: Ortega Lozano, P. G.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.; Ortega Lozano, P. G.: *Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Granada, Comares, 2022; y, Ortega Lozano, P. G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: Causali e costi*, Milano, CEDAM, 2021.

[36] Del Val Tena, A. L.: "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del alto directivo", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A. L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010, p. 368.

[37] Rodríguez Copé, M. L.: "Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59, 1998, p. 85.

cumple el preaviso, se indemnizarán los salarios correspondientes. En segundo lugar, el empresario puede despedir por incumplimiento grave. Si es improcedente, se pagará la indemnización pactada o, si no hay pacto, veinte días por año de servicio (máximo doce meses). En tercer lugar, en despidos improcedentes o nulos, se acuerda entre readmisión o indemnización; si no hay acuerdo, se opta por la indemnización.

— Otras causas de extinción (art. 12). Se abre la puerta a recoger situaciones incluidas en el Estatuto de los Trabajadores, puesto que es una cláusula general de remisión al mismo[38].

En relación con las faltas y sanciones del personal de alta dirección, el artículo 13 del Real Decreto de alta dirección establece que el personal directivo puede ser sancionado según los términos pactados en el contrato. Además, las faltas y sus sanciones correspondientes podrán ser revisadas en el ámbito de la jurisdicción social. Dichas faltas, independientemente de su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión o desde el momento en que el empresario tenga conocimiento de ellas. En cuanto a las infracciones laborales de los empresarios, se aplicará lo dispuesto en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores[39].

3. LA TEORÍA DEL VÍNCULO

3.1. Situación de los miembros del órgano de administración de la sociedad: referencia al artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores, como se ha explicado al principio relación laboral de carácter especial en su artículo 2.1.a) a «*la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)*». Hasta ahora se ha abordado la primera parte de la oración, pero si se toma la frase entera se observa que hay un personal de alta dirección «*no incluido en el artículo 1.3.c)*». Para ello se consulta el artículo al que se hace remisión.

El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere al ámbito de aplicación de la presente norma. En el apartado tercero menciona las exclusiones de la ley, siendo una de ellas, ubicada en el apartado c), la de «*la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*».

De la lectura del precepto se puede entender que sólo se refiere a los consejeros que «*se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración*». De esta forma se podría concluir con que hay algunos consejeros incluidos y otros no. Para ello se menciona cuáles son todos los tipos de consejeros existentes.

En el artículo 529 duodecies del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital[40] (en adelante, Ley de Sociedades de Capital), establece los tipos de consejeros. Estos son los siguientes[41]:

[38] Martínez Moreno, C.: "El trabajo de alta dirección: Evolución histórica y fuentes de regulación", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 36, 1995, p. 70.

[39] Ortega Lozano, P. G.: "Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: La recíproca confianza en el vínculo", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, p. 239.

[40] BOE 03.07.2010.

[41] Bautista Sagüés, M.: "Categorías de consejeros". *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. VV.AA.: Arias Varona, F. J. et Recalde Castells, A J. (Coords.), CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Dykinson, 2015, pp. 181-188.

— Consejeros ejecutivos. Son aquellos que ejercen funciones directivas en la sociedad o en su grupo y ostentan la condición de consejeros ejecutivos, incluso si, además, son accionistas significativos o representan a uno en el consejo. Lo son si desempeñan estas funciones de dirección, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella.

— Consejeros no ejecutivos. Están conformados por los restantes consejeros de la sociedad. Se pueden clasificar en:

  • Consejeros dominicales. Estos representan a los accionistas significativos de la sociedad. Aunque defienden los intereses de quienes les nombran, deben respetar el interés social de la empresa. Tienen limitaciones en operaciones vinculadas con los accionistas que representan para evitar conflictos de interés y asegurar la lealtad a la sociedad.

  • Consejeros independientes. Son designados por su capacidad profesional y autonomía respecto a la sociedad y sus accionistas. No deben tener vínculos significativos con la empresa, lo que les permite tomar decisiones imparciales. Juegan un rol crucial en la supervisión y en comisiones clave como la de auditoría, garantizando una vigilancia adecuada de la gestión.

  • Otros consejeros externos. Esta categoría incluye a consejeros que, aunque no cumplen con los requisitos para ser independientes ni representan accionistas, tienen la capacidad y experiencia para supervisar. Se informa a los accionistas sobre las razones por las cuales no califican como independientes, asegurando transparencia en su designación.

No se considera personal de alta dirección a quien limita su actividad en la sociedad a la función de consejero o miembro del órgano de administración, es decir, un consejero o administrador puro, ya sea único o solidario, que no mantiene una relación laboral con la empresa social[42].

En la actualidad, como se explicará a continuación, el Tribunal Supremo ha tomado una postura clara y ha establecido que cualquier persona que forme parte del consejo de administración no mantiene una relación laboral de alta dirección. De esta forma, a pesar de haber una gran variedad de posibles consejeros, no se hace distinción entre ellos.

3.2. Los orígenes jurisprudenciales de la teoría del vínculo

En el Derecho del Trabajo, la combinación de los roles de consejero y alto directivo ha surgido como un problema relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico. Antes del Real Decreto de alta dirección, estos roles no se consideraban laborales. Sin una categorización clara, el consejero delegado, quien combina funciones de asesoría y dirección, se ha convertido en el modelo típico de alta dirección, simbolizando el máximo nivel de responsabilidad y confianza en la empresa[43].

La denominada "teoría del vínculo" se originó en el ámbito de la jurisdicción social. Esta jurisdicción comenzó a recibir reclamaciones de despido por parte de aquellos vinculados a la sociedad

[42] Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004, pp. 1000-1008.

[43] López Álvarez, M.J.: "La exclusión del ámbito laboral de consejero y administradores ejecutivos: Una revisión crítica de la teoría del vínculo", en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Llebaría Samper, S. (Dir.) et Ginés Castellet, N. (Coord.), Colección de Formación Continua, Facultad de Derecho ESADE, tomo 2, 2008, p. 379.

mediante un contrato de alta dirección que también formaban parte del órgano de administración o se incorporaban a él en un momento posterior, hasta ser eventualmente cesados. La cuestión a resolver era si, debido a la doble relación orgánica y laboral de los reclamantes, correspondía a la jurisdicción social resolver dichas reclamaciones. El elemento clave de la teoría del vínculo es si el rol del administrador con funciones ejecutivas es compatible con una relación laboral especial de alta dirección, o si esta última se considera absorbida por la primera. Conforme a esta doctrina, que se explicará a continuación, se sostiene que las tareas de dirección y gestión de la sociedad, por específicas o delimitadas que sean, forman parte intrínseca de las funciones habituales del administrador social, de modo que, cuando estas son desempeñadas por un administrador, no pueden ser objeto de una relación laboral especial de alta dirección[44].

3.2.1. Precedente inmediato: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de septiembre de 1988.

La construcción de la teoría del vínculo tiene sus inicios en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de septiembre de 1988 (caso Huarte I). En esta sentencia se establece que «*toda actividad de los Consejeros, en tanto que administradores de la Sociedad, queda fuera del ámbito de la legislación laboral (...) bajo un criterio jurídico, más allá de cualquier factor operativo o económico*». Así, se considera que las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación corresponden específicamente al órgano de administración de la sociedad, descartando que los miembros del consejo de administración desempeñen un rol meramente consultivo o de asesoría[45].

Se sostiene que todas estas actividades son inherentes a la condición de administrador de la sociedad y se integran plenamente en el desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en empresas constituidas como sociedades. Por ello, se encuadran en el ámbito del art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, se excluye el carácter laboral de dichas relaciones, negando incluso la presencia de la nota de ajenidad[46].

En definitiva, esta sentencia plantea que resulta imposible distinguir, desde un enfoque funcional, entre la actividad de un alto directivo y la de un consejero, dado que este último no solo asume labores de asesoramiento y consulta, sino que realiza todos los actos de administración de la empresa en un sentido amplio. No se trata, por tanto, de identificar un listado de tareas más o menos significativas, sino de determinar si dichas tareas son ‘‘inherentes’’ al cargo de consejero, lo cual se cumple cuando están relacionadas con la administración y gestión de la sociedad. De este modo, la exclusión del ámbito laboral depende no tanto de las funciones asignadas, sino de la naturaleza del vínculo bajo el cual se llevan a cabo. Así, las tareas ejecutivas y de dirección, aunque sean características de la alta dirección, no podrán ser objeto de un contrato laboral si quien las desempeña lo hace en calidad de consejero en el ejercicio de su cargo[47].

---

[44] Cohen Benchetrit, A.: “Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, en *Lefebvre Revista de Jurisprudencia*, núm.1 (julio), 2017.

[45] Cohen Benchetrit, A.: “Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, en *Lefebvre Revista de Jurisprudencia*, núm.1 (julio), 2017.

[46] Cohen Benchetrit, A.: “Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, en *Lefebvre Revista de Jurisprudencia*, núm.1 (julio), 2017.

[47] López Álvarez, M.J.: “La exclusión del ámbito laboral de consejero y administradores ejecutivos: Una revisión crítica de la teoría del vínculo”, en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Llebaría Samper, S. (Dir.) et Ginés Castellet, N. (Coord.), Colección de Formación Continua, Facultad de Derecho ESADE, tomo 2, 2008, p. 379.

3.2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 de enero de 1991

La teoría del vínculo toma fuerza con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 de enero de 1991. Esta aborda la competencia jurisdiccional en un caso de despido en el que se cuestiona si la relación entre el demandante, don Francisco, y la empresa «Conservas Baltar, S.A.», corresponde al ámbito laboral o mercantil. Francisco, quien desempeñaba funciones como consejero delegado y poseía un importante número de acciones, fue cesado de su puesto y presentó una demanda por despido ante el Juzgado de lo Social de Pontevedra, que desestimó su demanda al declarar que no tenía competencia para conocer del caso por su carácter mercantil.

En el recurso de casación, Francisco argumentó que su posición debería considerarse una relación laboral de alta dirección, lo cual implicaría competencia laboral. Sin embargo, el Tribunal Supremo sostuvo que su vínculo con la empresa no tenía naturaleza laboral. Según el Tribunal, la función de consejero delegado, con amplias facultades de administración y gestión, implica una relación orgánica propia del órgano de administración de la sociedad, y no una relación de alta dirección o laboral. El Tribunal diferenció entre la labor de un miembro del órgano de administración y la de un alto cargo de dirección: mientras el primero representa y gestiona en nombre de la empresa en virtud de un vínculo societario, el segundo ejecuta las directrices de la empresa bajo una relación de subordinación y dependencia propias del Derecho Laboral.

La Sala recordó que la inclusión o exclusión del ámbito laboral no depende del contenido concreto de las funciones, sino de la naturaleza jurídica del vínculo y de la posición en la estructura de la sociedad. En este caso, las facultades otorgadas a Francisco como consejero delegado, incluyendo la contratación y despido de empleados y la toma de decisiones financieras y administrativas, son típicas de los órganos sociales de una empresa y se encuentran excluidas de la legislación laboral en virtud del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el Tribunal Supremo concluyó que la relación de Francisco con «Conservas Baltar, S.A.» era de carácter mercantil, y no laboral, confirmando así la competencia de la jurisdicción civil para resolver este tipo de conflictos.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social de Pontevedra, declarando la incompetencia del orden laboral para conocer del despido y remitiendo a las partes a la vía civil.

3.2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 3 de junio de 1991.

La teoría del vínculo queda confirmada con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 3 de junio de 1991. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo resolvió un recurso de casación interpuesto en relación con una demanda de despido presentada por el señor Serafín contra la empresa «Elosúa, S.A». El caso se originó cuando Serafín, quien había ocupado un cargo de alta dirección en «Elosúa, S.A». y otras empresas del grupo desde hace décadas, fue cesado de sus funciones y recibió una notificación por parte de la empresa que ponía fin a su relación laboral. La empresa en dicha notificación aplicó los términos del ya analizado Real Decreto de alta dirección. Serafín decidió entonces presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, alegando que su cese constituía un despido y solicitando su nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del mismo.

Durante el proceso judicial inicial, el Juzgado de lo Social de Madrid desestimó la demanda de Serafín, absolviendo a la empresa demandada, «Elosúa, S.A», de todas las pretensiones formuladas por el actor. Posteriormente, Serafín interpuso un recurso de casación por quebrantamiento de forma, argumentando que en el proceso inicial se le había negado una diligencia probatoria, lo cual, en su opinión, le había causado indefensión. El Tribunal Supremo, al abordar el recurso, realizó un análisis

detallado de la relación jurídica que unía a Serafín con la empresa demandada y la naturaleza de sus funciones.

La cuestión fundamental que se planteó ante el Tribunal Supremo fue la de determinar si la relación de Serafín con «Elosúa, S.A» era de naturaleza laboral, dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, o si, por el contrario, se trataba de una relación mercantil, excluida del ámbito laboral y regida por la legislación mercantil aplicable a los órganos de administración de las sociedades anónimas. El Tribunal examinó los artículos 1.3.c) y 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, los cuales, como se ha expuesto, excluyen expresamente del ámbito de aplicación del Derecho Laboral a aquellos que desempeñen funciones de administración en una sociedad, siempre que dichas actividades sean inherentes al cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de la sociedad.

El Tribunal Supremo determinó que, en este caso, la relación de Serafín con «Elosúa, S.A» tenía un carácter orgánico y societario, ya que ocupaba cargos de administración y dirección en el consejo de administración de la empresa, y ejercía poderes de gestión y representación en nombre de la misma, además de ser accionista con un importante paquete de acciones. El Tribunal indicó que el hecho de que Serafín percibiera una remuneración fija mensual, que se le extendiera una hoja salarial y que estuviera dado de alta en la Seguridad Social no alteraba la naturaleza jurídica de su relación con «Elosúa, S.A». En este sentido, el Tribunal recordó que la calificación de una relación jurídica no depende de la denominación o concepto que le atribuyan las partes, sino de la verdadera esencia y contenido de la relación. Queda de manifiesto aquí, por tanto, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo consideró también que las actividades de gestión, administración y representación son propias y exclusivas del órgano de administración en una sociedad anónima, lo que significa que la relación de Serafín con «Elosúa, S.A» no podía considerarse una relación laboral, ni siquiera bajo la modalidad de alta dirección regulada en el Real Decreto de alta dirección. Entendió el Tribunal Supremo que, las funciones de dirección y administración de una sociedad anónima corresponden a su órgano de administración, que actúa en nombre de la empresa y expresa su voluntad. La exclusión del ámbito laboral de este tipo de relación no se establece en función de las actividades que realiza el administrador, sino en función de su vinculación con la sociedad, que en este caso era de tipo societario y orgánico.

La Sentencia también destacó que la competencia de los tribunales en materia laboral es improrrogable, y que los juzgados y tribunales deben apreciar de oficio la falta de jurisdicción cuando se trate de asuntos que no les correspondan. Dado que la relación de Serafín con «Elosúa, S.A» no era laboral, sino mercantil, el Tribunal concluyó que los juzgados de lo social carecen de competencia para conocer y resolver la demanda presentada. Además, la Sala señaló que la cuestión de la competencia de los tribunales es un asunto de orden público que debe ser examinado de oficio antes de entrar a resolver el fondo del asunto.

Finalmente, el Tribunal Supremo estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y declaró que los tribunales del orden social no tienen competencia para resolver las cuestiones planteadas en este proceso, anulando la sentencia previa dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid y remitiendo a las partes a la jurisdicción civil si deseaban continuar con el litigio. La sentencia dejaba claro que el vínculo entre Serafín y «Elosúa, S.A» es de naturaleza societaria, excluido del Derecho Laboral, y aclaró que todas las actuaciones desarrolladas por Serafín en su calidad de administrador de la empresa y de otras compañías del grupo se sitúan fuera del ámbito de la legislación laboral, siendo competencia exclusiva del orden jurisdiccional civil.

3.3. Aspectos doctrinales de la teoría del vínculo

Después de estas dos sentencias, queda conformada la teoría del vínculo. Esta plantea que, al tratarse de una cuestión de vínculo, La condición del demandante como miembro del consejo de administración prevalece sobre su vínculo laboral, que queda sin efecto. Así, no existe la posibilidad de compatibilizar un vínculo de alta dirección con el de consejero ya que el vínculo de miembro del consejo de administración absorbe y anula el laboral. En consecuencia, se excluye la jurisdicción social, debiendo el demandante recurrir a la jurisdicción civil para resolver su reclamación.

Se pueden señalar algunos caracteres como consecuencia de la aplicación maximalista posterior de la teoría del vínculo[48]:

— La exclusión automática de los consejeros ejecutivos del ámbito laboral ha dejado desprotegidos a muchos de ellos, sin tener en cuenta sus circunstancias específicas. La doctrina subraya que las tareas directivas no siempre implican la autonomía propia de un titular jurídico, ya que la influencia del consejero delegado puede variar según factores como su participación accionaria o vínculos con otros socios importantes. También influyen su trayectoria en la empresa y la estructura organizativa, que pueden limitar sus facultades efectivas. La jurisprudencia, al ignorar estas diferencias, ha privado a estos consejeros de la protección laboral, afectándoles en aspectos como Seguridad Social, indemnización por extinción de contrato y acceso a la jurisdicción social. Esto plantea la paradoja de que algunos trabajadores accedan al consejo de administración solo para evitar las obligaciones laborales.

— La teoría del vínculo niega la posibilidad de un contrato laboral de alta dirección junto a un vínculo mercantil como administrador, considerando que las funciones ejecutivas se derivan de la relación orgánica con la empresa y excluyen una relación contractual autónoma para estas tareas. Esta postura se basa en la normativa societaria que, con carácter anacrónico, presume el cargo de administrador como gratuito y requiere previsión expresa para retribuciones e indemnizaciones. Así, muchos expertos en Derecho Mercantil sostienen que la vinculación orgánica con la sociedad abarca todas las funciones del administrador, obviando el reconocimiento de contratos de servicios como en sistemas anglosajones. Sin embargo, esta teoría no reconoce que los consejeros ejecutivos, a diferencia de los consultivos, tienen una mayor carga de trabajo y requieren una dedicación profesional especializada, lo cual debería compensarse formalmente.

Si se excluye la jurisdicción social, el pleito se solventa en la jurisdicción civil. Con la legislación actual, no obstante, cabe mencionar que el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: «*El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración*». Por tanto, en caso de que no se hubiera fijado en los estatutos sociales ninguna remuneración, no tendría que percibir ninguna cantidad económica. La única excepción es para los casos de sociedades cotizadas, en los que se invierte la consigna, de acuerdo con el artículo 529 sexdecies: «*salvo disposición contraria de los estatutos, el cargo de consejero de sociedad cotizada será retribuido*».

[48] López Álvarez, M.J.: "La exclusión del ámbito laboral de consejero y administradores ejecutivos: Una revisión crítica de la teoría del vínculo", en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Llebaría Samper, S. (Dir.) et Ginés Castellet, N. (Coord.), Colección de Formación Continua, Facultad de Derecho ESADE, tomo 2, 2008, pp. 381-384.

Sin duda, puede afirmarse que esta teoría jurisprudencial, de manera indirecta, promueve una mayor transparencia, al requerir la publicación de la remuneración del cargo de administrador, lo cual refuerza la protección de los accionistas.

Esta teoría se aplica exclusivamente cuando se combina la figura de miembro del consejo de administración con la de alto directivo, y no con la de cualquier otro trabajador, aunque ostente una alta responsabilidad. Así, la jurisprudencia permite la coexistencia de cargos de administración en la sociedad con la figura de trabajador común, siempre que la prestación de servicios se lleve a cabo bajo un régimen de dependencia[49].

En definitiva, no es jurídicamente viable que coexistan dos títulos diferentes -uno de naturaleza societaria y otro laboral- para regir las mismas funciones de una persona en una empresa. Si ambos títulos existiesen, sería necesario suprimir uno de ellos o, alternativamente, que quedara absorbido por el otro, evitando así la duplicidad y la potencial contradicción en el régimen aplicable. Por lo tanto, se establece una primacía del vínculo orgánico sobre el vínculo laboral, reconociendo que, cuando una persona desempeña una función dentro del ámbito de administración social de la empresa, dicha función responde a una relación de integración orgánica.

La diferencia entre una relación mercantil y una laboral no depende tanto de las funciones o actividades que se realicen, sino de la naturaleza del vínculo que une a la persona con la empresa. Así, si la relación implica una integración en la administración de la sociedad, se considera parte del ámbito societario y no del laboral. En otras palabras, cuando este vínculo es de carácter orgánico, el régimen laboral no se aplica, ya que es la propia naturaleza de esta relación la que excluye su carácter laboral.

3.4. Doctrina y jurisprudencia recientes sobre la teoría del vínculo

3.4.1. Reforma del año 2014 relativa al artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital

El legislador reformó el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, referente a la delegación de facultades del consejo de administración. La nueva versión del artículo 249 establece que cuando un consejero sea nombrado consejero delegado o reciba funciones ejecutivas mediante otro título, es necesario -por tanto, obligatorio- formalizar un contrato entre el consejero y la sociedad, el cual debe ser aprobado previamente por el consejo con el voto favorable de dos tercios de sus miembros, sin la participación del consejero afectado en la deliberación y votación. Este contrato debe detallarse en el acta de la sesión y debe incluir todos los conceptos de retribución por el ejercicio de funciones ejecutivas, como la indemnización por cese anticipado y las aportaciones a seguros o sistemas de ahorro, sin que el consejero pueda recibir compensación alguna por conceptos no previstos en el contrato. Asimismo, el contrato debe ajustarse a la política de retribuciones aprobada, si esta ha sido establecida por la junta general.

Esta reforma podría interpretarse como una indicación de que el legislador distingue las funciones de los administradores en función de la estructura del órgano de administración de la sociedad. En las estructuras simples (un administrador único o dos administradores solidarios o mancomunados), todas las funciones, tanto deliberativas como ejecutivas, se concentran en la figura del administrador, lo cual dificulta establecer una relación laboral de alta dirección separada de la función administrativa. En cambio, en estructuras más complejas (como un consejo de administración), se diferencia entre los consejeros ordinarios o dominicales, cuya función es principalmente deliberativa,

[49] Ramos Moragues, F.: "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Peculiaridades extintivas", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14. 2021, p. 979.

consultiva e intermitente, y aquellos que, mediante delegación del consejo y un contrato formal, asumen funciones ejecutivas y llevan la gestión de la sociedad de manera continua. Esta estructura permite una convivencia coherente entre la Ley de Sociedades de Capital y el Estatuto de los Trabajadores, excluyendo de la relación laboral a quienes desempeñan el cargo de consejero cuando su actividad se limita a las responsabilidades inherentes a dicho puesto[50].

En definitiva, la Ley de Sociedades de Capital establece una regulación para un ámbito que no solo carecía de referencias legales, sino que también había originado prácticas no convencionales —como la formalización de contratos de alta dirección o de servicios adicionales al cargo de administrador— que la jurisprudencia, a través de la teoría del vínculo, rechazó y censuró[51].

A partir de esto, la doctrina se halla dividida entre los que abogan por mantener la interpretación tradicional de la teoría del vínculo y los que entienden que dicha modificación modularía a esta teoría. El interrogante de ese momento era dilucidar si esta reforma había acabado con la teoría del vínculo.

La nueva normativa de la Ley de Sociedades de Capital podría avivar nuevamente las críticas a la doctrina del vínculo, al establecer una clara separación entre el régimen jurídico y contractual aplicable a los consejeros ejecutivos y a los no ejecutivos. El argumento renovado se basaría en la identificación de la «*actividad limitada exclusivamente al ejercicio del cargo de consejero*», como menciona el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, con la expresión «*consejeros en su condición de tales*» que aparece repetidamente en la Ley de Sociedades de Capital, en contraste con los consejeros que asumen funciones ejecutivas. De esta forma, podría deducirse que solo la relación con los consejeros no ejecutivos quedaría fuera de la naturaleza laboral, y más concretamente, que las funciones ejecutivas adicionales a las labores de deliberación y consulta realizadas por algunos consejeros no estarían sujetas a dicha exclusión. Este razonamiento se vería reforzado por la exigencia legal, contenida en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, de formalizar la relación de los consejeros ejecutivos mediante un contrato, sin que la propia ley especifique una naturaleza mercantil para dicho contrato[52].

3.4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de febrero de 2018

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de febrero de 2018 resuelve un recurso de casación interpuesto por un registrador mercantil en un conflicto relacionado con la inscripción en el Registro Mercantil de una cláusula estatutaria sobre la retribución de los administradores en una sociedad. La sociedad «Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L.» había solicitado la inscripción de una cláusula que establecía que el cargo de administrador no sería retribuido, pero que el consejo de administración podría decidir la remuneración de los consejeros ejecutivos sin necesidad de acuerdo de la junta ni previsión estatutaria específica sobre los conceptos de retribución. El registrador rechazó esta cláusula por considerarla contraria a la normativa societaria vigente, dado que esta vulneraría el principio de reserva estatutaria en la retribución de los administradores.

En primera instancia, el Juzgado Mercantil desestimó la demanda de la sociedad, confirmando la calificación del registrador. Sin embargo, en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona

[50] Cohen Benchetrit, A.: "Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en *Lefebvre Revista de Jurisprudencia*, núm.1 (julio), 2017.

[51] Barros García, M.: "¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, p. 37.

[52] Barros García, M.: "¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, p. 40.

revocó esta decisión y admitió la inscripción de la cláusula en el Registro Mercantil. La Audiencia basó su decisión en la interpretación de la ya explicada reforma de la Ley de Sociedades de Capital, entendiendo que esta reforma había introducido una dualidad de regímenes de retribución. Según esta interpretación, los administradores en su «*condición de tales*» estarían sujetos a los estatutos y al acuerdo de la junta, mientras que los consejeros delegados o ejecutivos podrían ser retribuidos a través de un contrato específico con el consejo de administración, sin necesidad de figurar en los estatutos.

El Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación, discrepa de la interpretación de la Audiencia Provincial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quienes sostenían que los consejeros ejecutivos quedaban fuera de la reserva estatutaria. Para el Tribunal Supremo, tanto la normativa general del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital como los artículos 218 y 219 aplican a todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos. Argumenta que los consejeros ejecutivos no pueden quedar exentos de la previsión estatutaria ni del límite de remuneración fijado por la junta, dado que las funciones ejecutivas son inherentes al cargo de administrador.

El Tribunal Supremo resalta que la reforma operada en 2014 no establece un régimen separado para los consejeros ejecutivos, sino que refuerza la transparencia y control en la remuneración, especialmente en sociedades no cotizadas, donde los derechos del socio minoritario pueden verse afectados. La cláusula impugnada, al prever una retribución para los consejeros ejecutivos sin sujeción a los estatutos ni a la junta, compromete esta transparencia, lo que va en contra de los objetivos de la reforma legislativa.

Por este razonamiento, el Tribunal Supremo, en su fallo, estima el recurso de casación, revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, y confirma la decisión de la primera instancia, desestimando la demanda de «Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L.».

De esta sentencia, en este caso de la Sala de lo Civil, se desprende que no es viable una postura dualista en la tipología de consejeros, reafirmándose así la teoría del vínculo en su concepción monista. La sentencia defiende esta visión unitaria, la cual establece que un consejero no puede mantener simultáneamente un vínculo dual. En el caso de tener funciones ejecutivas, el vínculo de consejero absorbe el laboral, y, al existir un único vínculo, la retribución debe estar estipulada en los estatutos sociales.

Ha habido una parte de la doctrina muy crítica con esta postura tras la reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital. Es el caso de Cándido Paz-Ares[53], el cual observa que la referida sentencia resta valor a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, que pretendía desvincular las relaciones contractuales de los consejeros ejecutivos de la normativa laboral para abordar el tema desde una perspectiva mercantil. A su juicio, el Tribunal reincide en la doctrina del vínculo al exigir que la relación de los consejeros ejecutivos con la sociedad esté sujeta al ámbito laboral si existen funciones de alta dirección. Esta interpretación, razona Paz-Ares, genera confusión y ambigüedad sobre la naturaleza de las funciones ejecutivas y el régimen legal que debería aplicarse a las relaciones de alta dirección, limitando la seguridad jurídica que la reforma de 2014 buscaba ofrecer. Para él, la sentencia dificulta el cumplimiento de los contratos de prestación de servicios a consejeros ejecutivos dentro del marco mercantil, debilitando la autonomía en la gestión de sociedades. Concluye que este enfoque judicial podría llevar a una mayor litigiosidad y confusión entre los administradores de las sociedades y sus órganos, obstaculizando la transparencia y certeza que la reforma había tratado de consolidar en la práctica societaria.

[53] *Vid.* Paz-Ares Rodríguez, J.C.: "Perseverare diabolicum (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018.

3.4.3. Situación actual

Ante este panorama, se puede afirmar que la teoría del vínculo mantiene la vigencia más de treinta años después de su creación por el Tribunal Supremo. De este modo, una misma persona no puede mantener simultáneamente un vínculo mercantil como miembro del consejo de administración de la sociedad y un vínculo laboral especial de alta dirección[54].

De hecho, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 2022, continúa manteniendo este criterio. López Cumbre argumenta que, con esta doctrina como base, y sin mayor debate en favor de la "seguridad jurídica", la Sala de lo Social aplica la misma postura y recurre a la teoría del vínculo como si fuera una solución universal. La argumentación sostiene que la actividad realizada en esas condiciones de simultaneidad, en la que se asumen tanto las funciones propias del consejo de administración como las de gerencia de la empresa, debe calificarse como mercantil, ya que se trata de una relación de integración orgánica en el ámbito de la administración social, con ejercicio directo de sus facultades[55].

Existen algunas excepciones jurisprudenciales en casos especiales donde se considera compatible la relación laboral especial con la mercantil, por lo que no se aplica la teoría del vínculo:

— Casos de coexistencia de funciones de administración de la sociedad y la posesión de una participación minoritaria en el capital social junto con el desempeño de funciones de alta dirección, siempre que ambas actividades mantengan su propia autonomía y la participación en el capital no implique la prestación de servicios que constituiría el objeto específico del contrato laboral. Son ejemplos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de junio de 2005, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de marzo de 1991; y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 23 de marzo de 2017.

— Caso en el que el cargo de administrador era únicamente formal y carecía de efectividad real. La teoría del vínculo no se aplica, ya que, aunque el demandante formaba parte del consejo de administración y tenía una participación minoritaria en la empresa, no existían pruebas de que ejerciera control efectivo o independencia suficiente para absorber la naturaleza laboral de su relación con la compañía. La Sala argumentó que los elementos de dependencia y ajenidad característicos de una relación laboral prevalecen, ya que el demandante no realizaba funciones de dirección autónoma ni intervenía de manera decisiva en la gestión de la empresa. Es el caso de Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 24 de octubre de 2000.

— Separación estatutaria del cargo de director gerente como órgano independiente del consejo. Se presenta cuando en los estatutos sociales se establece explícitamente que el cargo de director gerente es un órgano separado e independiente del consejo de administración y está subordinado a este. En este caso, si una misma persona desempeñara los cargos de consejero delegado y de director gerente, su relación con la empresa podría calificarse como laboral, en lugar de mercantil, para el desempeño de las funciones propias del cargo de director gerente. Esta diferenciación permite que las funciones ejecutivas desarrolladas en calidad de director gerente se consideren autónomas y distintas de las

[54] VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

[55] López Cumbre, L.: "Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?", en *Análisis Laboral Gómez-Acebo & Pombo*, abril 2022, p.4.

responsabilidades inherentes al consejo de administración, configurando una relación laboral especial. Aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 27 de enero de 1992; en conexión con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 1991.

Una crítica a la postura casi invariable del Tribunal Supremo es que, en los últimos años, han surgido diversas perspectivas que promueven una interpretación más flexible. Estas opiniones sugieren tener en cuenta la variedad y complejidad de las situaciones en las que pueden encontrarse los consejeros ejecutivos dentro de la empresa[56]. Esta reflexión se vuelve aún más necesaria en un contexto de constante transformación, marcado por la Cuarta Revolución Industrial, que se caracteriza por la inteligencia artificial y el avance tecnológico en todos los ámbitos y disciplinas[57].

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS

En el ordenamiento jurídico español, se distinguen tres tipologías de personal directivo en una empresa: el personal de alta dirección (regulado en el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto de alta dirección), los consejeros o miembros de órganos de administración de sociedades (mencionados en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores) y los directivos de régimen laboral común (incluidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Este artículo ha centrado su análisis en la figura del alto directivo, es decir, en la primera de estas categorías.

El personal de alta dirección se define como aquellos trabajadores que ejercen poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relacionados con los objetivos generales de la misma. Estos directivos actúan con autonomía y plena responsabilidad, limitados únicamente por los criterios e instrucciones directas del titular o de los órganos superiores de gobierno y administración de la empresa. Para ser considerado un alto directivo, es esencial que la persona tenga capacidad para tomar decisiones estratégicas de amplio alcance, sin restringirse a funciones específicas o subordinadas características del régimen laboral común.

Se considera positiva la restricción de la categoría de alta dirección únicamente a los trabajadores que cumplan con los requisitos específicos del artículo 1.2 del Real Decreto de alta dirección. El Estatuto de los Trabajadores ofrece un marco de protección más amplio, con cerca de 100 artículos, en comparación con las disposiciones más limitadas (menos de 20 artículos) del Real Decreto de alta dirección. Por lo tanto, y en aplicación del principio de protección del trabajador, en caso de duda, se debe optar por considerar a la persona trabajadora bajo una relación laboral común. Es razonable, asimismo, que el alto directivo tenga una menor protección laboral en comparación con otros trabajadores, dado que por lo general no se encuentra en una situación de vulnerabilidad, y por esto: suele contar con representación legal, percibir compensaciones económicas elevadas y reincorporarse al mercado laboral con relativa facilidad.

Desde un punto de vista crítico, se puede argumentar que la intención del legislador al aprobar el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores no fue excluir a todos los consejeros de la relación laboral. De lo contrario, se habría dispuesto una exclusión general para todos los consejeros, en lugar de especificar que se excluye «*la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del*

[56] López Álvarez, M. J.: "La exclusión del ámbito laboral de consejero y administradores ejecutivos: Una revisión crítica de la teoría del vínculo", en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Llebaría Samper, S. (Dir.) et Ginés Castellet, N. (Coord.), Colección de Formación Continua, Facultad de Derecho ESADE, tomo 2, 2008, p. 385.

[57] Ortega Lozano, P. G.: "Transición digital y trabajadores en edad próxima a la jubilación: brecha y desigualdades tecnológicas", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 6, 2024 (Ejemplar dedicado a: Impacto de la sociedad digital en los sistemas de protección del Estado del Bienestar), p. 175.

cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas con forma jurídica de sociedad, y siempre que su actividad en la empresa se reduzca a la realización de cometidos inherentes a dicho cargo». Aunque no es posible conocer la intención exacta del legislador, ya que no se menciona en la exposición de motivos de la norma, esta parece ser la *ratio legis* de la ley, excluir sólo a una parte de los consejeros.

En este contexto, surge la teoría del vínculo, una de las doctrinas más debatidas y de mayor impacto en el ámbito laboral, debido a la complejidad del papel del alto directivo en la empresa. Esta teoría jurisprudencial, adoptada y mantenida por el Tribunal Supremo desde los años 80, establece que los altos directivos que también son miembros del órgano de administración no pueden mantener simultáneamente una relación laboral especial, ya que el vínculo societario o mercantil absorbe cualquier vínculo laboral. De este modo, la doctrina del vínculo jerarquiza las relaciones contractuales, prevaleciendo la relación mercantil en aquellos casos en que se ejerzan funciones propias de la titularidad jurídica y del gobierno de la empresa.

Con la reforma del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, se introdujo una diferenciación entre los consejeros con funciones ejecutivas y los que no las tienen. No obstante, como se ha examinado en este artículo, el Tribunal Supremo ha mantenido su interpretación monista de los consejeros del consejo de administración a través de la teoría del vínculo. Si la intención del legislador era modificar esta teoría, la reforma de la ley debería haber sido más clara y contundente.

Parte de la doctrina ha señalado que la teoría del vínculo, en su aplicación monista, establece una dicotomía excesiva entre el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil, lo cual no siempre refleja adecuadamente la complejidad de las relaciones empresariales contemporáneas. Por ello, se propone una actualización legislativa que contemple las realidades cambiantes de las empresas, permitiendo que la figura del alto directivo mantenga una relación dual o coexistente, según sus responsabilidades y nivel de autonomía. Este enfoque más flexible permitiría considerar la coexistencia de vínculos, teniendo en cuenta la posición concreta del directivo, sus funciones y su capacidad de control real.

El mantenimiento de esta línea jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo presenta aspectos positivos, ya que fomenta la transparencia al requerir que las retribuciones de los miembros del consejo de administración se regulen en los estatutos sociales. Sin embargo, el contexto actual de globalización y transformación organizativa exige una normativa que permita la coexistencia de vínculos y contemple excepciones basadas en factores como la autonomía, la participación accionarial y la naturaleza de las funciones del directivo. De este modo, se dotaría a las empresas de una mayor flexibilidad para ajustar sus estructuras a los cambios, garantizando al mismo tiempo la protección de los derechos de los altos directivos y la coherencia en la aplicación del Derecho.

En definitiva, la teoría del vínculo y su interpretación por parte de la jurisprudencia han jugado un papel clave en la delimitación de las relaciones laborales y mercantiles en la alta dirección. Sin embargo, la realidad empresarial actual, marcada por la complejidad y la evolución constante de las estructuras corporativas, demanda un enfoque más adaptable y matizado. Una reforma legislativa que permita un equilibrio entre el reconocimiento de la singularidad de la alta dirección y la necesidad de proteger adecuadamente sus derechos resulta imprescindible. Solo así se podrá garantizar un marco jurídico que respete tanto las exigencias de transparencia y coherencia del ordenamiento societario como la justicia y la equidad en la protección laboral de los directivos, adecuándose a las demandas y retos del entorno corporativo moderno.

5. BIBLIOGRAFÍA

Barros García, M.: "¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de Sociedades de Capital?", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015.

Bautista Sagüés, M.: "Categorías de consejeros". *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo: Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. VV.AA.: Arias Varona, F.J. et Recalde Castells, A.J. (Coords.), CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Dykinson, 2015.

Cohen Benchetrit, A.: "Vigencia de la teoría del vínculo en la jurisdicción social tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en *Lefebvre Revista de Jurisprudencia*, núm.1 (julio), 2017.

Costa Reyes, T.: "El tratamiento concursal del personal de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 80, 2005.

De Pablo Hermida, J.M.: *Vademécum de acceso a la abogacía y la procura*. A Coruña, Editorial Colex, 2022.

Del Val Tena, A.L.: "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del alto directivo", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

Guindo Morales, S.: "Efectos adversos para las personas trabajadoras de la irrupción de la cuarta revolución industrial", en *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Ortega Lozano, P.G. et Guindo Morales, S. (Dirs. y Eds.) Barcelona, Atelier, 2023.

Hernández García, C.: "El contrato laboral de alta dirección", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, núm. 2805, 2004.

López Álvarez, M.J.: "La exclusión del ámbito laboral de consejero y administradores ejecutivos: Una revisión crítica de la teoría del vínculo", en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007*, Llebaría Samper, S. (Dir.) et Ginés Castellet, N. (Coord.), Colección de Formación Continua, Facultad de Derecho ESADE, tomo 2, 2008.

López Cumbre, L.: "Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?", en *Análisis Laboral Gómez-Acebo & Pombo*, abril 2022.

López Sánchez, M. C.: "Fuentes reguladoras de la relación laboral especial de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

Martínez Moreno, C.: "El trabajo de alta dirección: Evolución histórica y fuentes de regulación", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 36, 1995.

Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*. Civitas, Madrid, 1995.

Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L.: "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

Monereo Pérez, J.L. et Fernández Bernat, J.L.: "Previsión privada del personal de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social a la gestión integral de riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica en la era de la digitalización", en *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S. et López Insua, B.M. (Dirs.), López Bedmar. et Velasco Fernández, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024.

Monereo Pérez, J.L.: "Transmisión de empresa y personal de alta dirección", en AA.VV.: *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social),* Monereo Pérez, J.L. et Del Val Tena, A.L. (Dirs.), Comares, Granada, 2010.

Ortega Lozano, P.G: *La subrogación de los trabajadores en la transmisión de empresas, Madrid, Dykinson (Colecciones: Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros)*, 2023.

Ortega Lozano, P.G.: "Criterios delimitadores del personal directivo como relación laboral de carácter especial: La recíproca confianza en el vínculo", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022.

Ortega Lozano, P.G.: "Desafío tecnológico e inteligencia artificial en las relaciones laborales", en *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Ortega Lozano, P.G. et Guindo Morales, S. (Dirs. y Eds.) Barcelona, Atelier, 2023.

Ortega Lozano, P.G.: "Personal directivo en la transmisión de la empresa", *Revista de derecho social*, núm. 96, 2021.

Ortega Lozano, P.G.: "Transición digital y trabajadores en edad próxima a la jubilación: brecha y desigualdades tecnológicas", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. Extra 6, 2024 (Ejemplar dedicado a: Impacto de la sociedad digital en los sistemas de protección del Estado del Bienestar).

Ortega Lozano, P.G.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.

Ortega Lozano, P.G.: *Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Granada, Comares, 2022.

Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: Causali e costi*, Milano, CEDAM, 2021.

Paz-Ares Rodríguez, J.C.: "*Perseverare diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018.

Ramos Moragues, F.: "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: Peculiaridades extintivas", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14. 2021.

Rodríguez Copé, M. L.: "Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección", en *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59, 1998.

VV. AA.: *Memento práctico. Contrato de Trabajo 2023-2024*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022. [Recurso de acceso digital].

VV.AA.: "Las relaciones especiales de trabajo", *Manual de Derecho del Trabajo*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. et Vila Tierno, F. (Dirs.), Granada, Comares, 2024.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo
Laborum

Estudios Doctrinales
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 193-216

La desconexión digital en la negociación colectiva estatal del primer semestre de 2024: estado de la cuestión

Digital disconnection in statewide collective bargaining in the first half of 2024: state of play

Cristina Rincón Sánchez
Abogada
Doctoranda URJC
Profesor asociado CEF/UDIMA
https://orcid.org/0009-0001-5338-3063

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. PRESUPUESTOS DE PARTIDA
   2.1. El Estatuto de los Trabajadores
   2.2. La Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales
   2.2.1. Remisión general
   2.2.2. Remisión específica
   2.3. La Ley del trabajo a distancia
   2.3.1. Remisión general
   2.3.2. Remisión específica
   2.4. El V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva
3. ANÁLISIS CONVENCIONAL
   3.1. A propósito de la muestra de referencia
   3.2. La desconexión digital en la negociación colectiva: estado de la cuestión
   3.2.1. Convenios colectivos que no contemplan la desconexión digital
   3.2.2. Convenios colectivos que se limitan a copiar la regulación legal, o cuya redacción no aporta contenido alguno
   3.2.3. Convenios colectivos que aclaran, amplían o completan la regulación legal
4. SOBRE ESTRUCTURA MÍNIMA QUE DEBE CONTENER UN PROTOCOLO O REGLAMENTO DE DESCONEXIÓN DIGITAL
5. CONCLUSIONES
6. REFLEXIONES FINALES
7. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 08/11/2024
Fecha Revisión: 22/11/2024
Fecha Aceptación: 09/12/2024

Cita Sugerida: RINCÓN SÁNCHEZ, C.: «La desconexión digital en la negociación colectiva estatal del primer semestre de 2024: estado de la cuestión». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 193-216.

Resumen

El derecho a la desconexión digital no está debidamente implementado en España a través de la negociación colectiva. Resulta paradójica esta afirmación cuando es un derecho que está reconocido legalmente, si bien, las propias sombras de una legislación a todas luces deficiente, evidencian que, los que están llamados a implementar, desarrollar el derecho, no se lo hayan tomado enserio. Este artículo pretende evidenciar las carencias actuales del derecho de desconexión digital a través de una negociación colectiva casi inexiste, y de unos sujetos pasivos que no han terminado de entender la relevancia de este derecho. Se pretende dar una visión constructiva, con la finalidad de dar mayor visibilidad a un derecho que afecta directamente a bienes jurídicos que deben protegerse, tales como la salud, el descanso, la conciliación familiar, entre otros, y que actualmente no están siendo debidamente protegidos, habida cuenta de la escasa o nula aplicación práctica de este derecho en los convenios colectivos.

Palabras clave

Desconexión digital; cláusulas; Convenios colectivos.

Abstract

The right to digital disconnection is not properly implemented in Spain through collective bargaining. This statement is paradoxical when it is a right that is legally recognized, although the very shadows of a legislation that is clearly deficient show that those who are called upon to implement and develop the right have not taken it seriously. This article aims to highlight the current shortcomings of the right to digital disconnection through an almost non-existent collective bargaining, and passive subjects who have not fully understood the relevance of this right. The aim is to provide a constructive vision, with the aim of giving greater visibility to a right that directly affects legal assets that should be protected, such as health, rest, family reconciliation, among others, and which are not currently being duly protected, given the little or no practical application of this right in collective bargaining agreements.

Keywords

Digital disconnection; clauses; Collective bargaining agreements.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha asistido a una profunda transformación digital. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han venido para quedarse en nuestras vidas, y por supuesto, en las empresas. Son innegables las ventajas que esto conlleva, sin embargo, no se pueden perder de vista los riesgos a los que nos enfrentamos, como son, una excesiva conectividad, stress laboral, síndrome del burnout, riesgos que tienen impacto directo sobre la salud, la conciliación familiar, entre otros. El uso generalizado de dispositivos y herramientas digitales en el ámbito laboral dio lugar, como por todos es sabido, a la aprobación la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de derechos digitales, en adelante LOPD[1], donde por primera vez en España se reconoció el derecho a la desconexión digital. Ahora bien, es una Ley que se limitó a un mero reconocimiento simplista del derecho a la desconexión digital, dejando en manos de la negociación colectiva y de las políticas internas de las empresas, las modalidades de ejercicio, así como las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas informáticas. Han pasado casi seis años desde que fuera reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la desconexión digital, y a día de hoy, sigue siendo un derecho sin el debido arraigo, ni a nivel interno, ni comunitario, y, sobre todo, sin el debido reconocimiento en los convenios colectivos, herramientas en las que pensó el legislador del 2018 para dotar de contenido este derecho. Este trabajo tiene como principal objetivo corroborar si, el mandato legal realizado a la negociación colectiva está dando sus frutos, de ahí que se hayan consultado y analizado las cláusulas convencionales de los convenios colectivos estatales publicados en el Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, del primer semestre de año 2024, y relativas al derecho a la desconexión digital. Así, era de esperar que los primeros convenios colectivos publicados en el año 2018, y tras la aprobación de la LOPD, no contuvieran remisión alguna a este derecho, o lo hicieran de manera tímida, ahora bien, que en el año 2024 la radiografía convencional en materia de desconexión sea en términos muy similares a la del 2018, es preocupante. Así, este estudio se ha estructurado de manera sencilla, y en tres bloques. El primero de ellos el relativo a las normas jurídicas de aplicación, esenciales a la hora de posicionar el derecho de manera interna. Un segundo bloque que pretende, a través del análisis de los convenios colectivos estatales publicados, evidenciar las carencias actuales de nuestras unidades de negociación en materia de desconexión digital, de ahí que se incorpore un prototipo de estructura mínima de protocolo de desconexión digital como herramienta de ayuda para las partes,, y por otro, ensalzar aquellas que tienen claro su papel en el desarrollo de este derecho. En último término, el apartado relativo a las conclusiones alcanzadas y reflexiones finales, que tiene como objetivo reflejar el estado actual del derecho a la desconexión digital a través de la negociación colectiva.

2. PRESUPUESTOS DE PARTIDA

2.1. El Estatuto de los Trabajadores

Como es sabido la Disposición Final 13 de la LOPD, introdujo un nuevo artículo en el Estatuto de los Trabajadores, concretamente el 20 bis, que dispuso: "*los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*"[2].

Así de la lectura de este artículo podemos deducir que las personas trabajadoras tienen derecho:

[1] BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2024.

[2] Barrios Baudor, G. L.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 1, 2019.

a) A la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización.

b) A la desconexión digital.

c) Al reconocimiento de tales derechos conforme a la legislación vigente[3].

Puede observarse que este artículo no establece contenido alguno, ni se refiere en ningún momento al papel que ha de jugar la negociación colectiva o las partes en materia de desconexión digital, limitándose a un mero reconocimiento simplista del derecho, y a una remisión a la *legislación vigente en materia de protección de datos y garantía de los derechos digitales,* por lo que irremediablemente este artículo 20 bis no puede aplicarse de manera aislada y ha de ponerse en relación con otros artículos de la LOPD que a continuación se analizarán, para dotar de mayor efectividad al derecho de desconexión digital.

2.2. La Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales

2.2.1. Remisión general

Señala el artículo 91 de la LOPD, con carácter general, que: "los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral"[4].

Nuestro legislador ha querido reconocer a la autonomía colectiva un rol fundamental al objeto de que a través de la misma se intente dotar de contenido al derecho, configurando así las distintas *modalidades de ejercicio* y *las garantías adicionales y salvaguarda de los derechos digitales*. Algunos autores ponen de manifiesto este papel protagonista, ahora bien, aunque el legislador ha atribuido a la negociación colectiva la potestad de determinar las modalidades de ejercicio de este derecho, las previsiones legales no obligan a incluir en los textos convencionales esta materia, por lo que en su aplicación práctica puede fácilmente comprobarse que, los convenios, sobre materia de desconexión digital, está teniendo el mínimo impacto, siendo verdaderamente complicado encontrar cláusulas que delimiten el alcance y practicidad del derecho a la desconexión digital[5][6].

Es evidente que la negociación colectiva es un mecanismo fundamental para regular las condiciones de trabajo, y que en los programas de negociación figuran contenidos relativos al salario, tiempo de trabajo, entre otros muchos, luego no se logra entender las razones por las que este derecho sigue estando en muchas ocasiones silenciado.

Es cierto que el derecho a la desconexión digital no se encuentra entre las condiciones de trabajo respecto de las que el art. 84.2 ET otorgue prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el sectorial, luego en la mayoría de los convenios analizados, las partes negociadoras, a la hora de incorporar el derecho a la desconexión digital en los convenios colectivos se limitan, salvo

[3] Quìlez Moreno, J. Mª.: «La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores», en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 217, 2019.

[4] Sierra Hernáiz, E.: «El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores», *Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm.152, 2020.

[5] Barrios Baudor, G.L: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», en *Revista Aranzadi Doctrinal, 2019,* núm. 1, 2019.

[6] Barrios Baudor, G.L: «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: Un análisis práctico»., en *Revista Galega de Dereito Social.*

excepciones, a realizar una simple y sencilla remisión a los textos legales, sin ninguna otra finalidad más plausible[7].

A mayores diremos que, tal y como se encuentra redactado el artículo 91 de la LOPD "los convenios colectivos podrán", no tenemos muy claro que verdaderamente el legislador quisiera dar todo el protagonismo a la negociación colectiva. Bastaba haber redactado el artículo en el siguiente sentido, "los convenios colectivos deberán". En todo caso, fruto de esa redacción potestativa y de futuro, el papel encomendado por el legislador a la negociación colectiva no está dando el fruto deseado, salvo limitadas excepciones[8].

Ahora, tras haber transcurridos casi seis años desde la aprobación de la LOPD, siguen siendo muy pocos, como se ha indicado, los convenios colectivos que delimitan claramente el contenido del derecho a la desconexión digital, que cuidan la redacción de las cláusulas sobre este particular, y que hacen un verdadero seguimiento sobre la efectiva implantación del mismo. En definitiva, una cosa es la intención del legislador, y otra bien distinta es, que a través de la negociación colectiva se esté desarrollando debidamente el contenido de este derecho, como se analizará. Es evidente que es más complicado acceder al análisis de las políticas internas de las empresas para comprobar si realmente existen protocolos de desconexión digital, de ahí que este análisis se limite únicamente a los convenios colectivos estatales publicados en el semestre del 2024.

2.2.2. Remisión específica

La transposición del Reglamento General Europeo de Protección de Datos, de 27 de abril de 2016 se formalizó a través de la LOPD que, entre otras medidas garantiza el derecho a la desconexión digital tanto para los trabajadores asalariados como empleados públicos. Concretamente es el artículo 88.1, rubricado "derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral", el que establece "*Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.",* y en este sentido hemos de indicar que el derecho a la desconexión digital no requiere de reconocimiento convencional alguno, limitándose este apartado a su mero reconocimiento.

Ahora bien, una vez realizado el reconocimiento del derecho, es el apartado dos del referido artículo el que dispone: "*Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores"*[9].

Algunos autores manifiestan que *hay un reconocimiento general del valor y el papel que está llamada a desempeñar la negociación colectiva en las relaciones de trabajo del futuro, pero también presentes*[10].Es evidente que el mandato del legislador realizado en este sentido a la negociación

[7] Baylos Grau, A.: «El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España», en *Revista digital LaBour & Law,* volumen 5, núm.1, 2019.

[8] Martín Muñoz, Mª. R.: «El derecho a la desconexión digital y su tratamiento en la negociación colectiva*»*, en *Congreso Internacional «Retos Interdisciplinares en el Entorno de la Industria 4.0»* Cartagena: Universidad Politécnica de Cartagena, 2021.

[9] Megino Fernández, D. y Lanzadera Arencibia, E.: «El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración pública*», en Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 18, 2020.

[10] Gil Plana, J.: «Autonomía colectiva y políticas de empresa en la desconexión digital*»*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 258, 2022.

colectiva se refiere a las *modalidades de ejercicio,* y en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, si bien, no podemos dejar de poner ese mandato en relación con el artículo 91 de la LOPD anteriormente analizado, donde, con un papel reforzado, *las garantías adicionales y la salvaguarda de estos derechos,* se encomiendan, también, a la negociación colectiva. La remisión tan general que se realiza por el legislador a la negociación colectiva en relación a las *modalidades de ejercicio y garantías adicionales* entendemos que puede ser peligrosa, desde el mismo momento en que se corre el riesgo de que la debida implementación del derecho a la desconexión digital se quede en saco roto, limitándose las unidades de negociación, en la mayoría de los casos analizados, a un mero reconocimiento del derecho, cuando es evidente que para ese mero reconocimiento no han sido llamadas por el legislador. No es un problema de reconocimiento del derecho, es un problema de dotarlo de efectividad[11].Adviértase de la diferente dicción que realiza el legislador en cuanto a la finalidad pretendida en los dos artículos referidos. Así, recordamos que el artículo 91 de la LOPD establece: *los convenios colectivos podrán,* mientras que el artículo 88.2 de la LOPD es una redacción imperativa en la medida que indica que *las modalidades de ejercicio de este derecho se sujetarán.* En definitiva, lo que ha pretendido el legislador es que el desarrollo, contenido, límites de este derecho se efectué a través de la negociación colectiva, o en su defecto por acuerdo con la empresa[12].

De igual manera no podemos olvidar que, también se otorga un rol o papel relevante a las empresas toda vez que la delimitación, las concretas modalidades de ejercicio de este derecho, así como las acciones de formación y sensibilización recae en manos de las políticas de empresa, previa audiencia con los representantes legales, circunstancia que entendemos tiene toda la lógica habida cuenta que es el empresario el que de primera mano conoce el concreto sector, las necesidades de su empresa y en definitiva, es quien ha de velar por la debida implementación de este derecho.

Y en este sentido, el artículo 88.3 de la LOPD establece que:

> *"El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como, en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas."*

2.3. La Ley del trabajo a distancia

2.3.1. Remisión general

Llegados a este punto hemos de analizar qué papel juega la negociación colectiva, en materia de desconexión digital, en la Ley 10/2021 de 9 de julio de trabajo a distancia, en adelante LTD[13].

Así, hemos de indicar que en España nuestro legislador ha reconocido el papel de la negociación colectiva, de forma general, como se ha indicado anteriormente, a través del artículo 91 de la LOPD, y de forma indirecta también a través de la Disposición Adicional 1ª de la LTD, que si bien esta disposición hace referencia expresamente al *trabajo a distancia en la negociación*

[11] Sánchez Trigueros, C y Folgoso Olmo, A.: «En torno a la "desconexión digital"», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* 2021.

[12] Trujillo Pons, F.: *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, 2021.

[13] Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. (BOE de 10 de julio de 2021).

colectiva, y no concretamente al derecho de desconexión digital, habilita, en el inciso final del apartado segundo, a que a través de los convenios o acuerdos colectivos se pueda regular las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión. De nuevo el legislador utiliza la conjunción verbal, *los convenios o acuerdos colectivos podrán*, en idéntica dicción de la utilizada en la redacción del comentado artículo 91 de la LOPD.

Y a este respecto debemos preguntarnos, ¿a qué se refiere el legislador con circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión digital?

Se desconocen las razones por las que el legislador pierde de nuevo la oportunidad de regular un contenido mínimo de este derecho que garantice la plena implementación del mismo., es por ello, por lo que el derecho a la desconexión digital en el teletrabajo sigue sin estar definido, ni delimitado por la ley[14].

2.3.2. Remisión específica

El trabajo a distancia lo regula la LTD. Dicha Ley, como se indica en su Exposición de Motivos, entronca con el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo suscrito el 16 de julio de 2002 por UNICE/UEAPME, CEEP y CES que fue asumido plenamente por el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003[15].

A este respecto el legislador de la LTD reconoce el derecho a la desconexión digital en términos muy similares a los del artículo 88 de la LOPD. Siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley, en ella se indica; *esta virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos, lo que sin duda trae consigo notables ventajas, entre otras, mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; mayores posibilidades, en algunos casos, de una autoorganización, con consecuencias positivas, en estos supuestos, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; reducción de costes en las oficinas y ahorro de costes en los desplazamientos; productividad y racionalización de horarios; fijación de población en el territorio, especialmente en las áreas rurales; compromiso y experiencia de la persona empleada; atracción y retención de talento o reducción del absentismo.*

Ahora bien, el teletrabajo como nueva forma de trabajo está directamente conectado con el derecho a la desconexión digital, toda vez que la prestación de servicios se realiza fuera del centro de trabajo habitual, ya sea en el domicilio de la persona trabajadora o en cualquier otro lugar que se elija por esta, lo que puede suponer una excesiva conectividad, entre otros muchos riesgos a los que se pueden ver expuestos los teletrabajadores, de ahí que deban establecerse claramente los límites de interacción con la empresa fuera de la jornada laboral.

El artículo 18 de la LTD, regula el derecho a la desconexión digital, y las similitudes con el artículo 88 de la LOPD son fácilmente apreciables y pueden resumirse:

1) Que, las personas que trabajan a distancia tienen derecho a la desconexión digital. Ya el apartado tres del artículo 88 prevé que, si *en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia.*

[14] Pérez Campos, A.I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 9, núm. 1, 2021.

[15] Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003). (BOE de 24 de febrero de 2003).

2) Que, las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Dicción literal a la establecida en el artículo 88.2 de la LOPD.

3) Obligación empresarial de elaborar una política interna, previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, política interna dirigida a los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que se deben definir las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. Dicción literal a la establecida en el artículo 88.3 de la LOPD.

Ahora bien, también se encuentran matices en la redacción del artículo 18 de la LTD, respecto del artículo 88 de la LOPD, en el siguiente sentido: *El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.* Esta previsión no la encontramos en el tenor literal del artículo 88 de la LOPD, si bien, de nuevo, el legislador de la LTD pierde la oportunidad de dotar de mayor contenido a este artículo, y no limitarse a copiar los preceptos del artículo 88 de la LOPD.

Igualmente, no podemos pasar por alto el artículo 16 de la LTD relativo a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

Así, el mencionado artículo se ubica en la sección 4ª, Derecho a la prevención de riesgos laborales, del Capítulo III, y relativo a los *Derechos de las personas trabajadoras a distancia,* que establece, en lo que a este respecto nos interesa, que: *En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.*

Puede observarse, que es un artículo que no se refiere expresamente al derecho de desconexión digital, si bien encontramos referencias a la necesidad que, en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, se aborde de manera especial, entre otras, los tiempos de disponibilidad y desconexiones durante la jornada, aunque, nada se indica de la necesidad que se planifique, dentro de esa evaluación de riesgos, las desconexiones una vez que hayan finalizado las jornadas laborales. Es evidente que el legislador es consciente de los riesgos que conlleva el trabajo a distancia, pero de nuevo, se insiste, en que el legislador no concreta de manera clara el contenido del derecho, ni las responsabilidades en caso de incumplimiento del empresario. No basta regular artículos que reconozcan obligaciones, derechos, si no se acompaña de una buena política de seguimiento y control del cumplimiento de cada una de las responsabilidades a las que cada sujeto pasivo de este derecho está llamado a jugar[16].

[16] Redondo Torres, D.: «Factores de riesgos laboral y teletrabajo. Digitalización, recuperación y reformas laborales», en *Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones RET: 22-2.401.

2.4. El V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva

Los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva desde sus inicios, hasta el actualmente vigente, el V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2023- 2025), en adelante VAENC, han tenido un denominador común cuál es entender que, a través de la negociación colectiva se pueden mejorar las condiciones laborales. Así, llamamos la atención sobre el preámbulo del V AENC que establece: "cada uno de los AENC que le han precedido ha contado con contenidos diversos que han obedecido a las situaciones de cada momento, nunca sencillas pero muy diferentes entre sí. Pero todos ellos tienen un hilo conductor común, que es buscar, desde la negociación colectiva, la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras"[17].

En relación al tema que nos ocupa, partiendo de la llamada que realiza el artículo 88.2 de la LOPD a los convenios colectivos, se agradece que entre los contenidos del V AENC se incluya específicamente el capítulo XI dedicado a la *desconexión digital,* ahora bien, en la medida que no tiene carácter imperativo, su contenido se queda en meras recomendaciones. Así, se recoge en este acuerdo el compromiso de la regulación de este derecho en la negociación colectiva, enunciándose los criterios que deben ser tenidos en cuenta, si bien, como se analizará, son muchos los convenios colectivos analizados que siguen la mayoría de estos criterios, por lo que no se comparte la opinión expresada a este respecto por algunos autores de que los convenios colectivos estén incluyendo los criterios indicados en el acuerdo[18].

Del análisis del capítulo XI se puede deducir que, se establecen criterios generales y ad hoc para la negociación colectiva, para las empresas, y para los trabajadores.

Así, en relación a los generales podemos indicar:

1) El acuerdo define el derecho a la desconexión digital *como la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada.*

2) La finalidad de este derecho es garantizar los tiempos de descanso y disfrute de las personas trabajadoras.

3) Se pretende velar por la salud laboral.

Ahora bien, en relación a los criterios específicos dirigidos a la negociación colectiva, se pueden resumir en que:

1) Aunque con una redacción en condicional, los convenios colectivos deberían garantizar el derecho a la desconexión digital tanto para trabajadores presenciales como para otras formas de organización del trabajo.

[17] Preámbulo de la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. (BOE de 31 de mayo de 2023).

[18] Jover Ramírez, C.: «La digitalización de la prestación de servicios: ¿un reto para la potestad sancionadora de la Administración en el orden social? Una mirada al Texto Refundido de la LISOS» en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 275, 2024.

2) Establecimiento criterios orientativos en cuanto a los protocolos/ acciones a establecer para garantizar la plena efectividad del derecho.

Analizados los criterios generales y específicos, ¿qué espera el acuerdo de las personas trabajadoras y de las empresas?

Pues bien, respecto de las personas trabajadoras únicamente se establece el derecho a no responder, salvo circunstancias excepcionales de fuerza mayor, y, por último, respecto de las empresas, que se garantice que no haya represalias para las personas trabajadoras que hagan uso de este derecho.

En definitiva, nos encontramos con un acuerdo que pretende establecer unos criterios o pautas mínimas a los efectos de la regulación de este derecho en la negociación colectiva. Es evidente que el derecho a la desconexión digital no requiere ni de convenios, ni de políticas de empresa para desplegar plenos efectos, ahora bien, en la medida en que la negociación colectiva está llamada a complementar lo que el legislador no ha desarrollado ni establecido, es necesario que los convenios colectivos no se limiten a meros reconocimientos de un derecho, que ya está reconocido.

Llamamos la atención que, al tiempo de la elaboración de este artículo, se ha formulado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, la consulta pública previa a la tramitación del proyecto de ley de reducción de la duración máxima de la jornada de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión digital.

Así, respecto a la materia que nos ocupa, y los problemas que pretende paliar la norma, se indica expresamente en la consulta que*: , se pretende garantizar, de manera más efectiva el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras. Ello significa que puedan exigirse el desarrollo de la prestación fuera de los horarios pactados, respetando así el derecho al descanso y a la propia intimidad de la persona trabajadora y que la persona trabajadora no pueda ser objeto de tratamiento peyorativo por el ejercicio de este derecho.*

Y en cuanto a los objetivos de la norma, se establece que:*, por lo que se refiere al derecho a la desconexión, se pretende unificar en un solo precepto la dispersa regulación sobre la materia, incorporando algunos aspectos del Acuerdo de desconexión negociado en la Unión Europea y también del VI AENC.*

Se pretende definir el derecho irrenunciable de la persona trabajadora a la desconexión fuera de su jornada, así como el deber empresarial de garantizar tal derecho remitiendo a la negociación colectivas las modalidades de ejercicio. Se garantiza que rechazo o la no atención de comunicación por parte de la persona trabajadora fuera de su jornada, no podrá dar lugar a consecuencias negativas o represalias o trato menos favorable.

A la vista de la incorporación del derecho a la desconexión digital a la mesa de negociación del futuro proyecto de ley de reducción de la duración máxima, es aún más claro y evidente el fracaso de este derecho, ahora bien, aunque esta parte no tiene especial confianza en el legislador, es de esperar que, si sale adelante la propuesta planteada, se refuerce el papel de la negociación colectiva en esa futura unificación normativa de la que se habla, a pesar de que la negociación colectiva en materia de desconexión digital ha estado ausente durante todos estos años de convivencia con el derecho.

Llegados a este punto, es el momento de comprobar si por las partes negociadoras se están cumpliendo con esas pautas y/ o criterios orientativos establecidos en el actual VAENC, o, si, por

el contrario, se continúa en la línea de no regular el derecho, como si nos remontáramos a tiempos anteriores al reconocimiento del derecho.

3. ANÁLISIS CONVENCIONAL

3.1. A propósito de la muestra de referencia

No existe actualmente estadística alguna que nos permita analizar si los convenios colectivos que se publican contienen remisión o cláusula alguna respecto del derecho de desconexión digital. Y en un país donde se realizan estadísticas prácticamente de todo, cabe preguntarse, cuál es la razón de que sobre este particular no haya ninguna estadística publicada.

Pues bien, partimos de la base, como se ha indicado, que el derecho a la desconexión digital no se encuentra entre las materias que tienen prioridad aplicativa en el convenio, de ahí, que en cierta manera no se encuentre entre las materias que, a la hora de inscribir un convenio, sea necesario indicar.

Y a este respecto diremos que, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, regula el registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo[19].

Así, al objeto de poder inscribir un convenio colectivo, conforme a lo establecido en el artículo 6.2 del Real Decreto referenciado se establece que, *en la solicitud de inscripción del convenio colectivo o en su caso, de los acuerdos señalados en el artículo 2.1 de este real decreto, se deberán facilitar todos aquellos datos relativos a las partes firmantes del acuerdo o acto para el que se solicita la inscripción y la fecha de la firma, así como, en su caso, los relativos a su ámbito personal, funcional, territorial y temporal y la actividad o actividades económicas cubiertas por los mismos, conforme se establece en el anexo 1 de este real decreto.*

Y en el apartado tres se dispone: *asimismo, se deberán cumplimentar los datos estadísticos recogidos en los modelos oficiales que figuran en el anexo 2 de este real decreto, a efectos de elaboración de la estadística de convenios colectivos. Anexo 2. I Hoja estadística de convenios colectivos de empresa Anexo 2. II Hoja estadística de convenios colectivos de sector Anexo 2.III Revisión por cláusula de «garantía salarial» Anexo 2.IV Revisión salarial anual de los convenios plurianuales o de las prórrogas de convenios para los sucesivos años de vigencia. Los anexos 2. I y 2.II deben ser cumplimentados obligatoriamente por las comisiones negociadoras a la firma del convenio.*

Como se ha indicado, a efectos estadísticos no existe estudio alguno relativo a la materia que nos ocupa, ni a qué porcentaje de convenios regulan o no el derecho a la desconexión digital, toda vez que la actual hoja de ruta estadística basadas en los parámetros establecidos el Real Decreto 713/2010, y realizada por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, no contiene ninguna pregunta sobre el derecho a la desconexión digital, de ahí que sea necesario el análisis pormenorizado de cada convenio publicado, al objeto de comprobar si se están cumpliendo los criterios orientativos anteriormente analizados y el mandato del legislador. En todo caso diremos que, no estaría de más, que si queremos comprobar qué se está haciendo por la negociación colectiva en materia de desconexión, se obligara, en el momento de la inscripción del convenio colectivo, a informar sobre si el convenio contiene o no este derecho, sin perjuicio que no sea una materia con prioridad aplicativa.

[19] Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE de 12 de junio de 20120).

A propósito de los convenios estatales analizados, durante el primer semestre del ejercicio 2024 se han publicado alrededor de setenta y ocho convenios, de los cuales más de la mitad, concretamente cuarenta y tres convenios, no establecen cláusula alguna relativa al derecho que nos ocupa. Veintidós de aquellos, realizan una regulación muy deficiente, y únicamente trece de los publicados desarrollan debidamente el derecho a la desconexión. Así, como es menos frecuente encontrar convenios colectivos con verdaderas políticas, protocolos o buenas prácticas, es de agradecer, aquellos convenios que incorporan cláusulas que no se limitan al mero reconocimiento simplista del derecho, y que aportan un verdadero valor a la efectividad del mismo, como a continuación se analizarán.

3.2. La desconexión digital en la negociación colectiva: estado de la cuestión

3.2.1. Convenios colectivos que no contemplan la desconexión digital

Como se ha indicado, más de la mitad de los convenios colectivos publicados en el primer semestre del 2024 no contienen cláusula alguna en materia de desconexión digital ni de teletrabajo[20]. Así, llama poderosamente la atención sectores y empresas tan relevantes en nuestro país como puedan ser, Mercadona, Mahou, donde en ninguna parte de su articulado se prevé cláusula alguna en relación al derecho de desconexión digital, lo que denota claramente la falta de interés en este derecho. En

[20] Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Deportiva, SL.(BOE de 8 de enero de 2024), Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Deportiva, SL, (BOE de 8 de enero de 2024) II Convenio colectivo de Aparca & Go, SL, (BOE de 9 de enero de 2024), Convenio colectivo de Ilunion Accesibilidad, SAU, (BOE de 17 de enero de 2024), Babé y Cía, SL, (BOE de 24 de enero de 2024), II Convenio colectivo de la Compañía Operadora de Corto y Medio Radio Iberia Express, SAU, para tripulantes de cabina de pasajeros, (BOE de 26 de enero de 2024), Convenio colectivo de Unidad Editorial Formación, SL, (BOE de 31 de enero de 2024), I Convenio colectivo de Air Nostrum Engineering and Maintenance Operations, SLU, y su plantilla de técnicos de mantenimiento, (BOE de 31 enero de 2024), Convenio colectivo de Ediservicios Madrid 2000, SL, (BOE de 2 de febrero de 2024), VII Convenio colectivo de industrias de ferralla,(BOE de 16 de febrero de 2024), VIII Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA, (BOE de22 de febrero de 2024), III Convenio colectivo de Otis Mobility, SA, (BOE de 16 de febrero de 2024), Convenio colectivo de Mercadona, SA, (BOE de 28 de febrero de 2024), Convenio colectivo de Swissport Handling, SA, (BOE de 28 de febrero de 2024), VIII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, (BOE de 28 de febrero de 2024), III Convenio colectivo de Eltec It Services, SLU, (BOE de 7 de marzo de 2024), Convenio colectivo de Frit Ravich, SL, (BOE de 14 de marzo de 2024), II Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga, (BOE de 14 de marzo de 2024), Convenio colectivo de Globalia Handling, SAU (BOE de 14 de marzo de 2024) Convenio colectivo de Hertz de España, SL, (BOE de 14 de marzo de 2024), Convenio colectivo de Frit Ravich, SL, (BOE de 14 de marzo de 2024),), Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga, (BOE de 27 de marzo de 2024), Convenio colectivo de Hertz de España, SL.,(BOE de 14 de marzo de 2024), VI Convenio colectivo de Avaya Comunicación España, SLU, (BOE de 23 de marzo de 2024),Convenio colectivo de Unidad Editorial Información General, SLU, (BOE de 27 de marzo de 2024), Convenio colectivo de Avis Alquile un Coche, SAU, (BOE de 4 de abril de 2024), Convenio colectivo de Mahou, SA, (BOE de 18 de abril de 2024), VIII Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios, (BOE de 18 de abril de 2024), Convenio colectivo de Iman Temporing ETT, SL, (BOE de 23 de abril de 2024), I Convenio colectivo franja para el colectivo de tracción de Captrain España, SAU, (BOE de 23 de abril de 2024), II Convenio colectivo de la Compañía Operadora de Corto y Medio Radio Iberia Express, SAU, y sus trabajadores pilotos, (BOE de 3 de mayo de 2024), Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional en la tercera categoría del fútbol nacional, primera federación, (BOE de 3 de mayo de 2024), VI Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública, (BOE de 14 de mayo de 2024), VII Convenio colectivo general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes, (BOE de 17 de mayo de 2024), Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al Cliente, Zona 5 para los centros de trabajo de Alicante, Castellón, Valencia y Murcia, (BOE de27 de mayo de 2024), XIV Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, (BOE de 27 de mayo de 2024), Convenio colectivo de Ediservicios Madrid 2000, SL. (BOE de 1 de junio de 2024), Convenio colectivo de Exolum Aviation, SA, (BOE de 3 de julio de 2024), III Convenio colectivo estatal de notarios/notarias y personal empleado, (BOE de 3 de julio de 2024), XIX Convenio colectivo de Europcar IB, (BOE de 3 de julio de 2024), V Convenio colectivo del balonmano profesional, (BOE de 9 de julio de 2024).

idéntico sentido, sectores como el del Notariado, tampoco establecen regulación alguna sobre esta materia. No es entendible que, en estos sectores y empresas, la negociación colectiva no alce la voz sobre la necesidad de regular y establecer este derecho a través del instrumento que regula las condiciones laborales.

3.2.2. Convenios colectivos que se limitan a copiar la regulación legal, o cuya redacción no aporta contenido alguno

De los setenta y ocho convenios colectivos analizados, veintidós regulan el derecho de desconexión digital. Ahora bien, el esfuerzo realizado en la redacción de las cláusulas relativas a desconexión digital es, en la mayoría de los casos tan mínimo, que no aportan ningún valor a la plena efectividad del derecho. Así, encontramos cláusulas de todo tipo. Por un lado, las que se limitan a la mera remisión al texto legal, reproduciéndolo sin rigor alguno, y otras, como se ha indicado, que no realizan esfuerzo alguno en dotar de contenido al derecho, lo que denota que las partes negociadoras no acaban de posicionar ni tener claro la relevancia de este derecho.

A este respecto llamamos a atención de las siguientes cláusulas:

— *Disposición adicional cuarta. Desconexión digital. A los efectos de analizar la posible regulación del derecho a la desconexión digital teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la actividad desarrollada por las empresas bajo el amparo del presente convenio, se acuerda constituir una comisión de desconexión digital que permita, en su caso, alcanzar acuerdos sobre esta materia*[21].

— *Las personas trabajadoras tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar, según lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. Se preservará la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral: no responder al teléfono, a los correos electrónicos o mensajes profesionales de cualquier otro tipo, etc. fuera de su horario de trabajo. Se impulsarán las medidas de concienciación en esta materia en el seno de la entidad conjuntamente con la RLPT*[22].

— *Protocolo de desconexión digital. Las partes firmantes de este convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Petronor reconoce el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a no responder a cualquier tipo de comunicación profesional por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo*[23].

— *Desconexión digital. Con el objeto de impulsar y desarrollar el derecho a la desconexión digital recogido en el artículo 20 bis del ET se constituirá una Comisión de Desconexión*

[21] Disposición final cuarta del V Convenio colectivo del Grupo de Empresas Groundforce. (BOE de 9 de enero de 2024). En idéntico sentido y referido a la constitución de comisiones, artículo 26 del III Convenio colectivo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU y Bureau Veritas Solutions Iberia, SLU. (BOE de 25 de marzo de 2024); Disposición adicional segunda del I Convenio colectivo del Grupo WFS Ground Handling, (BOE de 25 de abril de 2024).

[22] Artículo 30 del Convenio colectivo de la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos de España y su personal laboral. (BOE de 26 de enero de 2024).

[23] Disposición adicional décima del XVIII Convenio colectivo de Petróleos del Norte, SA. (BOE de 6 de abril de 2024).

Digital que estará formada por 3 miembros de la parte social a la firma de este convenio y tres de la parte empresarial. Entre los objetivos de esta comisión se señalan la implementación de buenas prácticas, y no solo las obligaciones y derechos de las personas trabajadoras y empresa, así como una serie de reglas de buena conducta y propuestas pedagógicas para dar a conocer la relevancia de este tema[24].

— *Igualmente, se reconoce el derecho y obligación a la desconexión digital de las personas trabajadoras que presten sus servicios a distancia, tanto en los términos establecidos legalmente, como en las políticas existentes en cada de una de las empresas*[25].

— *Sin perjuicio de que exista un pacto que mejore el derecho a la desconexión digital, el presente convenio estará a lo establecido en el artículo 88 de la LO 3/2018 referido al Derecho a la Desconexión Digital en el ámbito laboral*[26].

Es evidente, como se ha indicado, que redacciones de este tipo evidencian que la negociación colectiva debe trabajar y esforzarse más en no caer en redacciones como las analizadas, redacciones que no aportan nada a la efectividad de este derecho, pero, sobre todo, deben trabajar en dotar de contenido y desarrollo eficaz a este derecho. Los llamados por el legislador a complementar lo que la norma no regula, no están cumpliendo con aquella finalidad. Ahora bien, en la medida que el legislador ciertamente no obliga a negociar el derecho a la desconexión digital, se corre el riesgo de redacciones de este tipo, y cláusulas que se limiten a un mero reconocimiento o remisión a la norma legal. Es muy complejo realizar un seguimiento real sobre este derecho, de ahí que sea necesario que todas las partes, dígase, legislador, unidades de negociación, personas trabajadoras, empresas y sociedad en general, tomen conciencia de la importancia de este derecho, importancia, que, hasta la fecha, no se le ha dado.

Prueba evidente de esa debilidad en la ley, y que se traduce en la negociación colectiva, la encontramos también en que, a pesar de contener cláusulas con una mayor o menor estructura y contenido, cada convenio colectivo regula el derecho de diferente manera. Así, desde el mismo momento que el reconocimiento del derecho a la desconexión digital se ubica en una LOPD, artículo 88, *derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral,* del Título X relativo a la *garantía de los derechos digitales,* y en el ET, artículo 20 bis, *derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión,* del Título I, Capítulo II, sección 2ª, *de los derechos y deberes del contrato*, es normal que encontremos fórmulas de ubicación absolutamente dispares. La autonomía de los interlocutores a este respecto deja vía libre a su imaginación, y, en consecuencia, nos encontramos con múltiples y variopintas ubicaciones, lo que evidencia que no se tiene nada claro los bienes jurídicos que se pretenden tutelar.

Así se han encontrado al menos las siguientes ubicaciones:

— Jornada de descanso, permiso y vacaciones[27].

— Condiciones laborales y sociales[28].

[24] Artículo 26 del III Convenio colectivo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU y Bureau Veritas Solutions Iberia, SLU. (BOE de 25 de marzo de 2024).

[25] Artículo 41 del Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito. (BOE de 24 de julio de 2024).

[26] Artículo 30 del Convenio colectivo de Air Nostrum Engineering and Maintenance Operations, SLU. (BOE de 14 de mayo de 2024).

[27] V Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 26 de enero de 2024).

[28] Convenio colectivo de la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos de España y su personal laboral. (BOE de 26 de enero de 2024).

— Jornada, vacaciones, permisos, excedencias y horas extraordinarias[29].

— Trabajo a distancia, teletrabajo y desconexión digital[30].

— Jornada, horarios y registro de jornada[31].

— Conciliación de la vida personal, familiar y laboral e igualdad y nuevas tecnologías[32].

— Sobre las retribuciones. Prestaciones sociales[33].

— Licencias y excedencias[34].

— Igualdad de trato y de oportunidades y desconexión digital[35].

— Tiempo de trabajo y desconexión digital[36].

— Derechos y deberes laborales[37].

— Ordenación del tiempo de trabajo[38].

3.2.3. Convenios colectivos que aclaran, amplían o completan la regulación legal

A pesar de que predominan las cláusulas convencionales de mero carácter programático, o de mero reconocimiento del derecho, también se encuentran, aunque sean más escasos, convenios colectivos que contemplan concretas fórmulas o modalidades de ejercicio de este derecho, lo que hace poner en valor el papel de las partes negociadoras y de la negociación colectiva. Y a este respecto se hace necesario, por la excepcionalidad que ello supone, ensalzar la sensibilidad de estos convenios colectivos que, apartándose de una generalidad abrumadora que se limita a copiar y pegar el texto legal, asumen el papel para el que han sido llamados, haciéndonos ver, o al menos plantearse, la importancia de que este derecho se desarrolle a través del instrumento más poderoso y de eficacia general, como es el Convenio colectivo.

[29] Convenio colectivo de TK Elevadores España, SLU, para los centros de trabajo de Madrid y Valencia. (BOE de 13 de febrero de 2024), Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, ((BOE de 24 de julio de 2024).

[30] Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025, (BOE de 3 de mayo de 2024), VII Convenio colectivo estatal para la acuicultura, (BOE de 3 de mayo de 2024), III Convenio colectivo de ámbito estatal de la industria de producción audiovisual (técnicos), (BOE de 6 de abril de 2024), IX Convenio colectivo de Decathlon España, SA, (BOE de 9 de julio de 2024).

[31] Convenio colectivo de Siemens Energy, SA, (BOE de 27 de mayo de 2024).

[32] III Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía. (BOE de 21 de mayo de 2024); Convenio colectivo Interprovincial para GTS Transportation Spain, SAU, 2024-2025. (BOE de 27 de mayo de 2025); Convenio colectivo de Avatel Telecom, SA. (BOE de 6 de abril de 2024); Convenio colectivo de Carburos Vía Augusta Logistics, SL, (BOE de 3 de mayo de 2024).

[33] II Convenio colectivo de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, (BOE de 30 de marzo de 2024).

[34] II Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU, (BOE de 30 de marzo de 2024).

[35] VI Convenio colectivo de Logifruit Iberia, SLU. (BOE de 3 de mayo de 2024).

[36] VIII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia, (BOE de 1 de junio de 2024).

[37] Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026. (BOE de 6 de junio de 2024).

[38] Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU. (BOE de 22 de junio de 2024).

Ahora bien, aunque estos convenios tienen absolutamente claro la importancia de este derecho, a resultas de un famélico marco normativo relativo al derecho de desconexión digital, y a la ausencia de pautas legales concretas, claras y obligatorias, los instrumentos que están llamados a desarrollar este derecho, lo han configurado, y siguen a día de hoy configurándolo, con bases, en la mayoría de los casos, muy poco sólidas.

Se analizan a continuación aquellas cláusulas que, aún necesitadas de mejora, establecen cláusulas o protocolos al objeto de garantizar debidamente este complejo derecho.

3.2.3.1. En materia de recomendaciones y de buenas prácticas

La regulación legal no contempla previsión alguna sobre buenas prácticas o recomendaciones concretas. El V acuerdo para el empleo y la negociación colectiva no tiene naturaleza obligacional, si bien, como se indicó, sus directrices u orientaciones sirven de guía para los sujetos que negocian los convenios colectivos. En él si se contempla la orientación relativa a buenas prácticas.

Diremos que la muestra de convenios colectivos analizada es escasa en relación a la previsión expresa sobre este particular. A continuación, se reproducen algunas las cláusulas convencionales que contienen expresamente buenas prácticas:

1) *Asimismo, para una mejor gestión del tiempo de trabajo se considerarán buenas prácticas: –Con carácter general las comunicaciones sobre asuntos profesionales se realizarán dentro de la jornada de trabajo. En consecuencia, la buena práctica será, salvo que se den las situaciones de urgencia estipuladas en el punto 3, la no realización de llamadas telefónicas, envíos de correos electrónicos o de mensajería de cualquier tipo fuera de la jornada laboral, excepto correos automáticos y/o informativos que no contengan mandatos.–Programar respuestas automáticas, durante los períodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando el correo o los datos de contacto de la persona a quien se hayan asignado las tareas durante la ausencia. – Procurar que las comunicaciones se envíen exclusivamente a las personas implicadas y con el contenido imprescindible, simplificando la información*[39].

2) *Asimismo, se consideran buenas prácticas programar respuestas automáticas durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible y designando el correo o los datos de contacto de las personas a quienes se hayan asignado las tareas durante su ausencia y utilizar el «envío retardado» para que las comunicaciones se realicen dentro del horario laboral de la persona destinataria*[40].

3) *Es aconsejable que las personas trabajadoras que estén disfrutando de sus periodos de vacaciones deberán dejar un mail que avise de que están fuera proponiendo un contacto alternativo. Se recomendará intentar no convocar reuniones que finalicen más allá del horario establecido por calendario laboral (exceptuando a las personas de trabajos a turnos*[41].

En ocasiones se traslada a los superiores jerárquicos mayores obligaciones en orden a dar cumplimiento a estas prácticas. A este respecto:

[39] Artículo 54 IX Convenio colectivo de Decathlon España, SA, (BOE de 9 de julio de 2024).
[40] Artículo 68 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa. (BOE de 28 de febrero de 2024).
[41] Cláusula 47 del Convenio colectivo Interprovincial para GTS Transportation Spain, SAU, 2024-2025. (BOE de 27 de mayo de 2024).

Los superiores jerárquicos no podrán requerir respuestas a comunicaciones fuera de horario laboral, o cuando la finalización de la jornada esté próxima y la respuesta a la comunicación pueda suponer una extensión del horario, todo ello salvo las excepciones que se determinan en el punto 3 que se expone a continuación[42].

3.2.3.2. En materia de prohibición de sanciones

Resulta sorprendente que el legislador no haya previsto sanción concreta derivada del incumplimiento de las empresas de este derecho. Así, la mayoría de los convenios colectivos analizados reconocen la desconexión digital como un derecho de las personas trabajadoras y no como una obligación, de ahí que se agradezcan cláusulas donde se garantice que el ejercicio del este derecho no puede conllevar represalia o sanción alguna. Ahora bien, ha de entenderse, que aún en el supuesto que los convenios no prevean nada sobre esta cuestión, la ausencia de tal previsión no debería conllevar consecuencia alguna para la persona trabajadora que decide ejercitar su derecho a la desconexión.

A este respecto la mayoría de las previsiones analizadas siguen el mismo patrón, a saber:

1) *Con el fin de que el derecho a la desconexión digital y laboral en los términos del presente artículo sea efectivo, la Empresa garantizará que el ejercicio de este derecho por parte de las personas trabajadoras no conllevará medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en sus evaluaciones de desempeño, ni en sus posibilidades de promoción*[43].

2) *No se podrá sancionar disciplinariamente a las personas trabajadoras con ocasión del ejercicio por parte de estas últimas de su derecho a desconexión digital no repercutirá negativamente en el desarrollo profesional de las personas trabajadoras*[44].

3) *Las empresas garantizarán que las personas trabajadoras que hagan uso de este derecho no se verán afectadas por ningún trato diferenciado o sanción, ni perjudicadas en sus evaluaciones de desempeño ni en su promoción*[45].

Llamamos la atención que, únicamente en uno de los trece convenios analizados que contienen mejor redacción o previsión de este derecho, prevé expresamente que l*a exigencia de respuesta a correos electrónicos fuera del horario de trabajo podrá ser considerada falta laboral muy grave*[46].

3.2.3.3. En materia de limitación del derecho

Aunque como ha quedado dicho, el derecho a la desconexión digital constituye un derecho de las personas trabajadoras y, por ende, una obligación para las empresas, a través de la negociación colectiva se pueden establecer limitaciones al efectivo ejercicio de este derecho.

Estas limitaciones se pueden establecer de diferente modo y contenido.

---

[42] Artículo 54 del IX Convenio colectivo de Decathlon España, SA, (BOE de 9 de julio de 2024).
[43] Artículo 54 IX Convenio colectivo de Decathlon España, SA, (BOE de 9 de julio de 2024).
[44] Convenio colectivo de TK Elevadores España, SLU, para los centros de trabajo de Madrid y Valencia, (BOE de 13 de mayo de 2024).
[45] Artículo 68 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa. (BOE de 28 de febrero de 2024).
[46] Artículo 28 bis del VIII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia. (BOE de 1 de junio de 2024).

Así, de un lado tenemos las relativas a causa objetiva o de fuerza mayor, como las que se indican a continuación:

1) *Las personas trabajadoras tienen derecho a no responder a ninguna comunicación, con independencia del medio utilizado, una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurran excepciones justificadas que supongan un grave o evidente perjuicio empresarial, cuya urgencia temporal necesite de una respuesta inmediata. En estos supuestos, se contactará previamente con la persona trabajadora para comunicarle la causa de urgencia que motiva dicha situación. Estos supuestos son los siguientes: –Necesidad urgente de cubrir algún puesto de trabajo por enfermedad o accidente de la persona que habitualmente lo cubre o de alguna persona a su cargo que necesite de su asistencia o cualesquiera imprevistos que no se hayan podido prever con anterioridad. Incidencias importantes de mantenimiento o estado de los centros de trabajo que deban ser atendidas o puestas en conocimiento de la plantilla por suponer cambios en el transcurso diario de la actividad. –Cierre del centro de trabajo por cualesquiera causas*[47].

2) *En cualquier caso, con carácter general, no se realizarán, salvo que se dé alguna situación de urgencia, llamadas telefónicas, envío de correos electrónicos o de mensajería de cualquier tipo mediante las herramientas de trabajo puestas a disposición por parte de las Empresas más allá del horario de trabajo de la persona trabajadora*[48].

3) *Se considerará que concurren circunstancias excepcionales justificadas cuando se trate de supuestos que puedan suponer un potencial perjuicio para la empresa cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas*[49].

4) *Solo se exceptuarán de este derecho los supuestos en que resulte imperativa e imprescindible la intervención, de forma inmediata, de la persona trabajadora y que tenga la finalidad de prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias*[50].

El principal problema con el que nos encontramos en estas redacciones relativas a supuestos de urgencia o de fuerza mayor es, que en la mayoría de los casos no se concretan qué situaciones han de considerarse extraordinarias, o de quién depende la determinación de estas especiales situaciones. De las cláusulas indicadas puede observarse que la primera realiza el esfuerzo de concretar qué situaciones son de urgencia, y cuál debe ser el protocolo a seguir. Es evidente que se puede mejorar, pero al menos regula las razones por las que puede quedar limitado el derecho. Las otras redacciones se limitan a indicar *situación de urgencia o potencial peligro,* sin especificar nada más a este respecto.

Ahora bien, en otras ocasiones las limitaciones se establecen de manera subjetiva, tal y como se regula en las siguientes cláusulas, a saber:

1) *Se excluye la aplicación del derecho a desconexión digital a aquellas personas trabajadoras que permanezcan a disposición de la compañía y perciban por ello un complemento de disponibilidad*[51].

[47] Artículo 29 del V Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 26 de enero de 2024).

[48] Artículo 52 II Convenio colectivo de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, (BOE de 30 de marzo de 2024).

[49] Artículo 59 del Convenio colectivo de Carburos Vía Augusta Logistics, SL, (BOE de 3 de mayo de 2024).

[50] Artículo 42 del III Convenio colectivo de ámbito estatal de la industria de producción audiovisual (técnicos), (BOE de 6 de abril de 2024).

[51] Artículo 40 Convenio colectivo de Avatel Telecom, SA, (BOE de 6 de abril de 2024).

2) *Dado el perfil profesional, especialización y responsabilidad de las funciones recogidas y desarrolladas por las personas trabajadoras incluidas en las categorías profesionales del Grupo I, se modula la aplicación del derecho a la desconexión digital de estas personas ante cuestiones puntuales que requieran una atención, salvo impedimento personal justificado razonablemente*[52].

3) *No obstante, no será de aplicación esta medida en los casos en que se retribuya la disponibilidad*[53].

4) *Se excluye la aplicación del derecho a desconexión digital a aquellas personas trabajadoras que permanezcan a disposición de la Compañía y perciban, por ello, un complemento de «disponibilidad» u otro de similar naturaleza, en el entendimiento de que, durante el tiempo de atención continuada en régimen de localización, la persona trabajadora tendrá la obligación de atender las comunicaciones de Telefónica, de conformidad a las normas que regulen el correspondiente régimen de disponibilidad en cada una de las empresas*[54].

3.2.3.4. En materia de acciones formativas

Como es sabido, tanto el artículo 88.3 de la LOPD, como el artículo 18.2 de la LTD aluden de forma expresa a las *acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.*, si bien, las mismas no van referidas a los convenios colectivos, sino a las políticas de empresa. Es evidente que es necesario reforzar el derecho de desconexión digital a través de acciones formativas o de sensibilización de las empresas, y de las personas trabajadoras. A este respecto llamamos la atención del derecho XVII de la Carta de derechos digitales que estable: *El sistema educativo debe tender a la plena inserción de la comunidad educativa en la sociedad digital y un aprendizaje del uso de los medios digitales dirigido a una transformación digital de la sociedad centrada en el ser humano. Esta misión se inspirará en los valores de respeto de la dignidad humana con garantía de los derechos fundamentales y los valores constitucionales. Estos principios informarán cualesquiera otras actividades formativas promovidas por los poderes públicos. 2. Se potenciará que el profesorado reciba formación para adquirir competencias digitales y para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el número anterior*[55].

De manera más concreta, el derecho XIX, apartado 7, manifiesta: *Se informará y formará debidamente a las personas trabajadoras respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y la resiliencia de los sistemas*[56].

A tal efecto encontramos cláusulas convencionales como las que a continuación se citan:

1) *Las Entidades realizarán acciones de formación y sensibilización sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y laboral y sobre un uso razonable y*

[52] Artículo 59 del Convenio colectivo de Carburos Vía Augusta Logistics, SL, (BOE de 3 de mayo de 2024).
[53] Artículo 55 del VII Convenio colectivo estatal para la acuicultura, (BOE de 3 de mayo de 2024).
[54] Artículo 27, anexo 4 de Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SA, (BOE de 22 de junio de 2024).
[55] GOBIERNO DE ESPAÑA, Carta de derechos digitales 2021, p 18
[56] GOBIERNO DE ESPAÑA, Carta de derechos digitales 2021, p 23.

adecuado de las TIC, dirigidas a todos los niveles de la organización, y para ello pondrá a disposición de todas las personas trabajadoras, la información y/o formación necesaria[57].

2) *Telefónica implementará las medidas de sensibilización sobre las que se ampara el derecho a la desconexión digital. Para lo cual se informará y/o formará a las personas trabajadoras sobre la necesaria protección de este derecho, teniendo en cuenta las circunstancias, tanto laborales como personales de todas las personas trabajadoras, y para ello se pondrá a disposición de las mismas, toda la información y/o formación que precisen para la comprensión y posterior aplicación de las mencionadas medidas protectoras del derecho a la desconexión digital*[58].

En ocasiones las acciones de sensibilización y/o formación de las personas trabajadoras, al igual que ocurre con las buenas prácticas o recomendaciones anteriormente analizadas, se traslada a los superiores jerárquicos, así encontramos cláusulas que disponen, *corresponde a quienes tengan la responsabilidad sobre un equipo y/o superiores jerárquicos de las personas trabajadoras, fomentar y educar mediante la práctica responsable de las tecnologías y con el propósito de dar cumplimiento al derecho a la desconexión digital*[59].

4. SOBRE ESTRUCTURA MÍNIMA QUE DEBE CONTENER UN PROTOCOLO O REGLAMENTO DE DESCONEXIÓN DIGITAL

De los Convenios colectivos analizados se evidencia la ausencia de protocolos concretos que permitan a todas las partes de la relación laboral tener claro su posición respecto al derecho de desconexión digital.

Se muestra a continuación un borrador relativo a la estructura mínima que entendemos debería contener un protocolo o reglamento en materia de desconexión digital, siendo conscientes que cada sector empresarial lleva sus propios procesos productivos, sus tiempos, de ahí la importancia de que todas las partes trabajen con una finalidad común, que debe ser el respeto al derecho de desconexión digital, sin olvidar que el mismo debe conjugarse con las obligaciones propias que se derivan de la prestación de servicios a las que se deben las empresas.

Protocolo de desconexión digital: estructura mínima a considerar

Exposición de motivos

Artículo 1: Desconexión digital
- 1.1 Concepto y normativa de aplicación
- 1.2 Ámbito de aplicación
- 1.3 Ámbito subjetivo
- 1.4 Ámbito objetivo

Artículo 2: Control y supervisión
- 2.1 Departamento encargado y responsable en materia de desconexión digital
- 2.2 Herramientas concretas de supervisión

[57] Artículo 15 del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026, (BOE de 6 de junio de 2024).

[58] Anexo 4 del Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, (BOE de 22 de junio de 2024).

[59] Anexo 4 del Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU, (BOE de 22 de junio de 2024). En idéntico sentido el artículo 52 del II Convenio colectivo de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, (BOE de 30 de marzo de 2024).

2.3 Designación de persona de contacto
2.4 Elaboración de informes
2.5 Acciones formativas y de sensibilización

Artículo 3 Sobre la obligación de cumplimiento
3.1 Obligación de las personas trabajadoras de hacer efectivo el derecho de desconexión digital
3.2 Sobre las medidas disciplinarias por el incumplimiento del protocolo de desconexión
3.3 Sobre las situaciones de fuerza mayor que limitan el derecho
3.4 Sobre los canales de denuncia

5. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y dadas las carencias de la legislación vigente, cabe preguntarse si la negociación colectiva en España, en materia de desconexión digital, está cumpliendo con las expectativas que, tanto el legislador, como la doctrina más autorizada, pusieron en ella. Estos casi seis años de convivencia con el derecho de desconexión digital y del análisis realizado, no han hecho más que aflorar la necesidad de establecer políticas mucho más duras y contundentes que obliguen a las empresas, a la negociación colectiva, y a las propias personas trabajadoras, a emplearse más afondo sobre los beneficios de este derecho. Si la negociación colectiva se presenta finalmente como la mejor herramienta para configurar debidamente este derecho, se hace necesario mayor implicación de los sujetos negociadores.

A día de hoy queda mucho camino por recorrer. Siguen siendo muy escasos los convenios colectivos que establecen verdaderas cláusulas de desconexión digital, muy escasos los que realizan una política de seguimiento real y efectiva, y muy escasos los que prevén un régimen sancionador ante incumplimientos de este derecho.

Así, del estudio realizado se pueden obtener al menos las siguientes conclusiones:

1ª. Más de la mitad de los convenios colectivos publicados en el BOE en el primer semestre del 2024 no establecen previsión alguna en relación al derecho de desconexión digital. En la medida que la normativa que regula la inscripción de los convenios colectivos no prevé obligación concreta de información sobre este derecho al realizar la inscripción del convenio, las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social nada contemplan sobre el derecho de desconexión digital. Es cierto que este derecho no tiene prioridad aplicativa en los convenios, pero si queremos conocer el alcance del mismo en los convenios publicados, sería interesante modificar el contenido de los anexos a la hora de inscribir los convenios colectivos.

2ª. Una buena parte de los convenios colectivos analizados se limitan a copiar la norma.

3ª. Dada la diferente ubicación sistemática encontrada de este derecho en los convenios analizados, sigue sin quedar claro cuál es el bien jurídico protegido, si es la salud laboral, la conciliación de la vida laboral o familiar, el tiempo de trabajo, o el derecho digital.

4ª. Los convenios colectivos analizados reconocen la necesidad de establecer acciones formativas y de sensibilización, pero en la mayoría de los casos no se concreta protocolo alguno para alcanzar este objetivo.

5ª. En prácticamente la totalidad de los convenios analizados no se prevé régimen sancionador por incumplimientos de este derecho.

6ª. Son escasos los convenios colectivos que regulan buenas prácticas y recomendaciones, y los convenios que las regulan se copian unos a otros con redacciones tipo y generalistas.

7ª. No hay ningún convenio de los analizados que regule la figura, dentro de la empresa, de un *responsable en materia de desconexión digital.*

8ª. La negociación colectiva no está cumpliendo con los objetivos que le han sido encomendados en materia de desconexión digital.

9ª. Se hace necesario un cambio legislativo que incorpore obligaciones concretas, a través de la negociación colectiva o una figura en la empresa creada ad hoc, para garantizar la plena efectividad de este derecho.

10ª. Se hace necesario mayores políticas de difusión de este derecho y de los beneficios de una adecuada cultura sobre desconexión digital.

6. REFLEXIONES FINALES

Han pasado seis años desde que fuera reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la desconexión digital, y a día de hoy sigue siendo un derecho sin el debido arraigo ni a nivel interno, ni comunitario, sin la debida implementación en los convenios colectivos, ni en el día a día de las empresas. Desde el INSST[60] se nos informa que una de las *líneas prioritarias del actual Marco estratégico de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo (2021-2027), así como de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2023 - 2027), es la digitalización, y dentro de ésta, la atención al derecho a la desconexión digital,* si bien, ni siquiera la Covid 19 ha hecho reaccionar debidamente a los responsables políticos.[61][62].

Las campañas de sensibilización que se llevan realizando desde el año 2000 a través de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el trabajo, actualmente a través de *trabajos seguros y saludables en la era digital 2023-2025,* no están dando el fruto deseado.

Y a este respecto cabe preguntarse, ¿de quién es la culpa de la escasa implementación del derecho a la desconexión digital?

Sinceramente, creo que no, que muy pocos son conscientes de los beneficios de este derecho, y que, de una legislación española débil y poco valiente, no se puede esperar una respuesta distinta a la habida en todos estos años de convivencia con un derecho de grandes pretensiones, pero desgraciadamente, de escasa practicidad.

Desde el punto de vista de la UE los diferentes proyectos[63], recomendaciones que tienen como finalidad proporcionar a los responsables políticos de la UE, a los gobiernos de los Estados miembros,

[60] Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

[61] Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación. Bruselas 28 de junio de 2021.

[62] Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.BOE de 28 de abril de 2023.

[63] Estrategia digital europea https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies.

a los sindicatos y a los empresarios, la información que necesitan sobre los cambios en las tecnologías digitales, su impacto sobre la naturaleza y la organización del trabajo, y los nuevos desafíos para la salud y la seguridad en el trabajo que puedan conllevar, son muy loables si van acompañados de respuestas legislativas rápidas y eficaces. No podemos olvidar la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, donde se *pedía un marco legislativo con vistas a establecer requisitos mínimos para el trabajo a distancia en toda la Unión que garantice que el teletrabajo no afecte a las condiciones de empleo de los teletrabajadores; hace hincapié en que dicho marco debe aclarar las condiciones de trabajo, incluido el suministro, el uso y la responsabilidad de los equipos, como las herramientas digitales existentes y nuevas, y debe garantizar que dicho trabajo se lleve a cabo de forma voluntaria y que los derechos, la carga de trabajo y las normas de rendimiento de los teletrabajadores sean equivalentes a los de los trabajadores equiparables".*

Así, desde el año 2021, no ha sido hasta el pasado 30 de abril de 2024 cuando la Comisión ha puesto en marcha la primera fase de consulta a los interlocutores sociales europeos para recabar sus opiniones sobre la posible orientación de la acción de la UE para garantizar el teletrabajo justo y el derecho a la desconexión, escudándose en que *si bien actualmente no existe legislación a escala de la UE que regule específicamente el teletrabajo o el derecho a la desconexión, sí existe legislación de la UE que es también aplicable al contexto del trabajo a distancia, y aborda determinados aspectos relacionados con el derecho a la desconexión. La* Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo *establece normas sobre los períodos de descanso diario y semanal, las vacaciones anuales y los límites del tiempo de trabajo semanal*[64]*, la* Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles *otorga a los trabajadores sin un patrón de trabajo previsible*[65] *) el derecho a saber con antelación cuándo y dónde tendrá lugar el trabajo. Por último, la* Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional *ayuda a los progenitores y cuidadores a conciliar la vida familiar y la vida profesional, al proporcionar derechos relacionados con permisos adecuados y fórmulas de trabajo flexible*[66].

Es hora de priorizar, de establecer verdaderas políticas que garanticen este derecho, de invertir en campañas de sensibilización que ahonden en los beneficios y ventajas de la desconexión digital, ahora bien, es un trabajo de todos, y no es un trabajo fácil, ya que vivimos en una sociedad hiperconectada. Es necesario pulsar OFF para estar ON. Es hora de acometer modificaciones legislativas que realmente calen en la sociedad, en las empresas y en las personas trabajadoras, y sobre todo, que garanticen la aplicación real de este derecho. Es hora de una mejor y mayor implicación de todos los sujetos responsables de garantizar, proteger y defender este derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA

Barrios Baudor, G. L.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 1, 2019.

Barrios Baudor, G.L: «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: Un análisis práctico», en *Revista Galega de Dereito Social.*

[64] DIRECTIVA 2003/88/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE de 18 de noviembre de 2003.

[65] DIRECTIVA (UE) 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. DOUE de 11 de julio de 2019.

[66] DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. DOUE de 12 de julio de 2019

Baylos Grau, A.: «El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España», en *Revista digital LaBour & Law,* volumen 5, núm.1, 2019.

Gil Plana, J.: «Autonomía colectiva y políticas de empresa en la desconexión digital», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 258, 2022.

Martin Muñoz, Mª. R.: «El derecho a la desconexión digital y su tratamiento en la negociación colectiva», en *Congreso Internacional «Retos Interdisciplinares en el Entorno de la Industria 4.0»* Cartagena: Universidad Politécnica de Cartagena, 2021.

Megino Fernández, D. y Lanzadera Arencibia, E.: «El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración pública*», en Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 18, 2020.

Moreno Díaz, J.M.: «La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* núm.1, 2018.

Pérez Campos, A.I.: «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital*»,* en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 9, núm. 1, 2021.

Quílez Moreno, J. Mª.: «La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores», en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 217, 2019.

Redondo Torres, D.: «Factores de riesgos laboral y teletrabajo. Digitalización, recuperación y reformas laborales*»,* en *Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones RET: 22-2.401.

Sánchez Trigueros, C y Folgoso Olmo, A.: «En torno a la "desconexión digital"*»,* en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* 2021.

Sierra Hernáiz, E.: «El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores». *Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm.152, 2020.

Trujillo Pons, F.: *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, 2021.

Jover Ramírez, C.: «La digitalización de la prestación de servicios: ¿un reto para la potestad sancionadora de la Administración en el orden social? Una mirada al Texto Refundido de la LISOS*»* en Revista *Española de Derecho del Trabajo,* núm. 275, 2024.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 219-238

¿Islamofobia en las relaciones laborales? Reciente jurisprudencia acerca de la simbología musulmana en la empresa privada

Islamophobia in labour relations? Recent jurisprudence on Muslim symbology in private business

J. L. Llaquet de Entrambasaguas — *Universidad Loyola Andalucía*
https://orcid.org/0000-0003-3660-8643

José Manuel Roales Fernández — *Graduado Social y Abogado*
Doctorando en la Universidad Pública de Navarra
https://orcid.org/0009-0000-4948-4489

Sumario

1. LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS
   1.1. Clases de símbolos
   1.2. Normativa y límites relativos a la simbología religiosa
   1.3. Símbolos religiosos en las relaciones laborales
   1.4. El símbolo del velo islámico en Occidente
2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA
   2.1. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
   2.2. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
   2.3. Del Tribunal Constitucional español
   2.4. Del Tribunal Supremo
   2.5. De los Tribunales Superiores de Justicia
   2.6. De los Juzgados de lo Social
3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA
6. DOCTRINA JUDICIAL CONSULTADA

Fecha Recepción: 30/10/2024
Fecha Revisión: 03/12/2024
Fecha Aceptación: 14/12/2024

Cita Sugerida: LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J.L. y ROALES FERNÁNDEZ, J.M.: «¿Islamofobia en las relaciones laborales? Reciente jurisprudencia acerca de la simbología musulmana en la empresa privada». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 219-238.

Resumen

La oferta religiosa, cada vez mayor y más diversificada en nuestra sociedad, está teniendo un impacto notable en el mundo laboral. Estas nuevas interpelaciones religiosas y sociales no siempre reciben respuestas claras y consistentes, ni por parte de los empresarios ni de los trabajadores.

Junto a la mediación cultural que busca solucionar las demandas y los intereses vecinales en juego, muchas macroempresas están incorporando mediadores religiosos que entiendan los motivos alegados por trabajadores con fuertes convicciones religiosas para hacerlos compatibles, en la medida de lo posible, con los intereses de las empresas y de los empresarios.

El Islam está creciendo exponencialmente en Europa occidental, tanto por las oleadas migratorias del siglo XXI como por las conversiones de segmentos poblacionales autóctonos. La hipersensibilidad de una Europa que por sus raíces cristianas y laicas mira con recelo este nuevo escenario religioso, tiende a acentuar sus signos identitarios con políticas populistas, a la par que rechaza el Islam como si se tratase de un fenómeno foráneo.

Este panorama acontece en los foros públicos y privados y tiene su reflejo en el mundo de la empresa, donde los derechos y deberes de empresarios y trabajadores pueden verse mediatizados por reclamos religiosos, que casi siempre están vinculados a la vestimenta, al rezo, a los horarios y al descanso, introduciendo así pretensiones que excepcionen el régimen laboral común.

Entre la aséptica aceptación y el sistemático rechazo de tales excepcionalidades, los sistemas jurídicos continental y anglosajón, en base a criterios jurisprudenciales consolidados, han arbitrado mecanismos que señalan pautas y vías para armonizar los intereses de todas las partes, en un complejo equilibrio de valores y derechos.

En definitiva, el crecimiento del Islam en Occidente interpela con nuevos interrogantes a la legislación laboral y al mundo concreto de las empresas y ambos -Derecho y empresas-, deben explorar nuevos caminos para responder a los novedosos retos religiosos.

Palabras clave

Islamofobia; empresa; símbolo religioso; Islam; relaciones laborales.

Abstract

The growing and increasingly diversified religious offerings in our society are having a noticeable impact on the labour market. These new religious and social callings do not always receive clear and consistent responses, neither from employers nor from workers.

Alongside cultural mediation that seeks to resolve the demands and neighbourhood interests at stake, many large companies are incorporating religious mediators who understand the reasons put forward by workers with strong religious convictions in order to make them compatible, as far as possible, with the interests of companies and employers.

Islam is growing exponentially in Western Europe, both because of the waves of migration in the 21st century and because of the conversions of segments of the domestic population. The hypersensitivity of a Europe that, due to its Christian and secular roots, looks distrustfully at this new religious scenario, tends to accentuate its identity signs with populist policies, while rejecting Islam as if it were a foreign phenomenon.

This scenario takes place in public and private forums and is reflected in the business world, where the rights and duties of employers and workers can be influenced by religious demands, which are almost always linked to clothing, prayer, working hours and rest, thus introducing claims that are an exception to the common labour regime.

Between the aseptic acceptance and the systematic rejection of such exceptionalities, the continental and Anglo-Saxon legal systems, based on consolidated case law criteria, have arbitrated mechanisms that point out guidelines and ways to harmonise the interests of all parties, in a complex balance of values and rights.

In short, the growth of Islam in the West raises new questions for labour legislation and the specific world of companies, and both -the law and companies- must explore new ways to respond to the new religious challenges.

Keywords

Islamophobia; company; religious symbol; Islam; labor relations.

1. LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS

Los símbolos mantienen una íntima interrelación con la cultura en la que se incardinan, adaptándose a las circunstancias de cada momento, por lo que están en continua evolución, siendo muchas veces ambivalentes.

Tillich[1] considera que los símbolos se caracterizan por su carácter figurativo, por su perceptibilidad, por su fuerza intrínseca y por su aceptación. Notas éstas que también tendrían los símbolos religiosos, incluso en sociedades secularizadas como las que describe Rafael Palomino[2].

Aunque las religiones se insertan en las culturas que las sustentan, sin embargo, también es cierto que las religiones no están al margen del proceso globalizador que origina, en ocasiones, una descontextualización cultural, con la subsiguiente "deslocalización", universalización y transmutación de su significado originario.

A modo de ejemplo, el *niqab* o el *burka* son prendas femeninas que pueden servir tanto para protegerse de tormentas de arena, como denotar el linaje noble de su portadora, pueden servir de rechazo ante la sexualidad occidental, como ser una forma de reivindicación política frente al colonialismo europeo o incluso ser un instrumento patriarcal de hipotético desprecio hacia las mujeres o, a la inversa, un respeto hacia la feminidad musulmana.

De otra parte, la afirmación de la libertad, del derecho a la privacidad, a la intimidad y a la autodeterminación personal obligan a respetar las diferencias en tanto no conlleven un principio de daño. Así, la identidad occidental no puede ser otra que la misma libertad, siendo una identidad simbólicamente neutra cuyo contenido lo aportaría cada individuo.

Frente a estas dos formas opuestas de entender los símbolos -los absolutismos identitarios o los meramente evolucionistas-, en una sociedad democrática constitucional bien organizada, los ciudadanos persiguen el consenso sobre cuestiones fundamentales, en un contexto en el cual se entrecruzan doctrinas morales, religiosas y filosóficas en permanente conflicto y colaboración, las cuales trasladan su eco al mundo de la empresa, con independencia de que se trate de mayorías o de minorías sociales, religiosas, sexuales o raciales.

La mera razón pública en una política global de derechos humanos no resuelve pacíficamente la cuestión. Los miembros de las minorías han trasladado esas aportaciones al día a día de la agenda política de las democracias en forma de discusión de medidas que tienden a buscar una justicia en aspectos culturales o identitarios, encaminados a proteger la llamada *especificidad cultural.*

Los diferentes países han respondido con un abanico de opciones diversas que tienen en cuenta la idiosincrasia y la historia de cada país. Así, algunos, como Italia o Gran Bretaña -y en general, toda la Commonwealth-, han desarrollado políticas públicas multiculturales o interculturales; mientras que otros, como Francia, han eliminado de la esfera pública toda referencia a los símbolos religiosos estáticos y dinámicos para evitar denuncias de discriminación por razón de la religión, logrando así homogeneizar la vida pública desde la laicidad y la neutralidad estatales, y han reducido la religión principalmente al ámbito privado y a la autonomía de los particulares.

[1] Tillich, P., *Dinámica de la Fe*, New York, Harper Torchbooks, 2000.

[2] Palomino Lozano, R., *El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases*, 2016. https://docta.ucm.es/entities/publication/99c26fc6-3f2f-4a77-994e-f3496e307f30

La UE es un ejemplo claro de permanente construcción. Su lema *"Diversity in Unity"* predica la cohesión dinámica de distintas identidades que interactúan sin recurrir a raíces unificadoras. Los valores de las tradiciones europeas no se conciernen a una historia ya cerrada, sino a una historia que está viva y actual, tanto en lo que se refiere a la fe como a las costumbres de sus pueblos[3].

1.1. Clases de símbolos

La doctrina y la jurisprudencia del TEDH, del TC Federal Alemán y del TC español, entre otros, se refieren a los símbolos activos y pasivos, en base a la influencia que el símbolo religioso ejerce en la voluntad del sujeto, empujándolo a realizar una determinada conducta de significación religiosa o laica. El símbolo activo -a diferencia del pasivo-, sería "agresivo" pues promueve una actividad religiosa en el receptor, constituyendo una forma de adoctrinamiento. Según Yarza la pasividad del símbolo está íntimamente relacionada con su inaptitud para lesionar un interés subjetivo subsumible en la libertad religiosa[4].

Otra distinción se basa en que el símbolo lo porten personas (el símbolo dinámico) o se contenga en un elemento inerte (el símbolo estático), teniendo éste último menor capacidad de influencia sobre las personas para infringir la libertad religiosa.

El TEDH, a raíz de los casos *Dahlab* y *Lautsi I*[5]*,* ha fijado una nueva tipología en los símbolos religiosos, distinguiendo entre los fuertes -fácilmente distinguibles por terceros-, y los débiles. En el caso *Dahlab,* en referencia al velo islámico*,* el TEDH ha enjuiciado el caso de una profesora de un colegio de Suiza -de origen católico, pero conversa al Islam-, quien se cubría la cabeza con un pañuelo. En base a la Ley que preservaba la laicidad en las escuelas se le prohibió que vistiera dicha prenda. El Alto Tribunal consideró que tal medida implicaba una restricción de su libertad religiosa, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo de observar dicha restricción apelando a la laicidad estatal.

En Francia el concepto de "símbolo religioso fuerte" está relacionado con los símbolos prohibidos en las escuelas francesas, tal y como dispone en el art. L 141-5-1 de la Ley de Educación de Francia: "en las escuelas públicas, colegios y escuelas secundarias está prohibido el uso de carteles o vestimentas mediante las cuales los estudiantes demuestren ostensiblemente su afiliación religiosa"[6].

En una última división -desconocida por la jurisprudencia y con poca aceptación doctrinal-, los dos elementos jurídicos sobre los que bascula la simbología religiosa son la neutralidad ideológica del Estado -con su símbolo "de poder"-, y la libertad religiosa -con su símbolo "de conciencia"-.

El primero, el símbolo de poder o institucional, es el identificativo de una institución o es el elemento material o moral que se incorpora al Estado o a entidades u organismos dependientes de él, como medios de expresión de diversas cualidades (identidad, origen, cultura, objetivos, etc.). El símbolo de la conciencia, por el contrario, sería un símbolo personal y es aquél que tiene que ver con el vestuario, el atuendo o el adorno de las personas[7].

---

[3] Cfr. González Moreno, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003.

[4] Cfr. Simón Yarza, F., *Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

[5] Se distinguen las Sentencias de Lautsi I y Lautsi II (Sentencia definitiva, de 2011, pronunciada por la Gran Sala) v. Italia.

[6] *Case of* Leyla Sahin v. Turkey (2005).

[7] Amérigo Cuervo-Arango, F.-Pelayo, D., *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado Laico español*, Madrid, Fundación Alternativas, 2013.

1.2. Normativa y límites relativos a la simbología religiosa

El derecho al uso de símbolos religiosos no es un derecho autónomo, sino que es una manifestación del derecho a la libertad ideológica y religiosa, que sí goza de protección constitucional al haber sido reconocido en el art. 16,1 de la CE, en el contexto de aconfesionalidad del Estado mencionado en el art. 16,3 de la CE.

Este derecho fundamental está limitado, *ex* art. 16, 3, al reconocer como límite el orden público. En su Ley de desarrollo -la LO 7/1980 de 5 de julio, de Libertad religiosa-, se limita externamente este derecho constitucional, previendo:

"Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Este apartado determina los elementos que conforman el orden público como linde de este derecho: la seguridad, la salud y la moral públicas y, especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas.

Al no ser un derecho autónomo, sino insertado en el derecho a la libertad religiosa, también se relaciona -bien como parte o bien como frontera-, con otros derechos fundamentales: la libertad de expresión, el derecho al honor o a la propia imagen, por ejemplo. Esto supone que las leyes o normas que desarrollan esos derechos también afectados influirán en la regulación del uso de símbolos religiosos.

Algunos autores opinan que el problema radica en la necesidad de tener una mayor inclusión en Occidente con las distintas creencias religiosas que perviven en la sociedad. Otros, en cambio, ven peligrar las estructuras sociales y religiosas heredadas del pasado con una apertura indiscriminada a las nuevas realidades religiosas, asépticamente aceptadas, sin que sean previamente acrisoladas por el tamiz de la convivencia cultural que resulta común a cualquier sociedad.

1.3. Símbolos religiosos en las relaciones laborales

La empresa, ciertamente, no está al margen de la vida humana y social y muchas veces se sitúa en los límites de los experimentos humanos y sociales, como han puesto de manifiesto las revoluciones más importantes de la historia, que se han iniciado en el entorno de la empresa -la revolución industrial-, o han tenido a los trabajadores como a sus principales protagonistas -la revolución rusa-, o como el elemento central y aglutinador de la soberanía nacional -la II República española[8]-.

No es de extrañar, por tanto, que gran parte de la problemática de los símbolos religiosos tenga lugar en el ámbito de las empresas y, por tanto, entre particulares. En el sector privado gran parte de los conflictos pueden aparecer de forma directa en las propias ofertas de trabajo/entrevistas de trabajo donde el ejercicio del derecho a la libertad religiosa es incompatible con la ejecución de prestaciones inicialmente pactadas en el contrato de trabajo.

[8] El art. 1 de la Constitución española de 1931 definía España como "una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia".

En este sentido, debemos recordar que el empleador debe respetar las creencias religiosas de los candidatos y de los trabajadores, tanto en la fase selectiva, como en el desempeño de la prestación laboral, como, finalmente, en la fase extintiva de la vinculación laboral, suponiendo que las hayan comunicado libremente, porque también pueden optar libremente por no hacerlas públicas.

Pero, en todo caso, "pese a no estar obligados con carácter general a revelar sus creencias, [los trabajadores deben] actuar con buena fe. Si asume obligaciones laborales incompatibles con sus convicciones, ello podría dar lugar a un despido legítimo por parte de la empresa"[9].

El resultado de estas negociaciones previas, en las que ambas partes -dirección de RRHH y candidatos a las vacantes laborales-, manifiestan sus necesidades y líneas rojas, pueden materializarse en cláusulas contractuales que serán de obligado cumplimiento para ambas partes.

El problema se suscita cuando los trabajadores, con posterioridad al inicio de sus vidas laborales en la empresa, solicitan excepciones no previstas contractualmente que, en lo que atañe a las cuestiones religiosas, estarían motivadas por conversiones religiosas a religiones que les exigen el cumplimiento de unos preceptos o costumbres que difieren de las que habían tenido con anterioridad o, incluso, cuando aflora una religiosidad que ya tenían anteriormente, pero que ocultaron con prácticas simulatorias para gozar de mayores posibilidades de ser contratados. Entonces es cuando el empresario puede llegar a pensar que se pretende una novación fáctica contractual en la que la empresa no obtiene beneficio alguno, sino que, por el contrario, puede reportarle maleficios inasumibles.

La jurisprudencia internacional, comunitaria y nacional ha ido creando un *corpus* vastísimo de resoluciones con principios, valores y criterios de aplicación a los futuros conflictos entre los empleadores y los trabajadores en las empresas. También las legislaciones en materia de igualdad y no discriminación han contribuido a garantizar el respeto a los derechos de los trabajadores en materia religiosa, como sucede, en España, con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Rodríguez Blanco y Cano Ruiz consideran que la prohibición de la discriminación directa e indirecta por razón de religión es un principio rector del ordenamiento jurídico en el marco laboral[10].

1.4. El símbolo del velo islámico en Occidente

El velo islámico tiene un impacto visual que resulta extraño en los países europeos. Para unos autores -como Martínez-Torrón-, existiría una identificación implícita entre el fundamentalismo religioso y el velo islámico femenino[11], mientras que para otros autores su uso tendría un tratamiento ciertamente religioso pero también cultural, con raíces étnicas, que las mujeres llevarían en base a su legítima libertad religiosa.

Atendiendo a las respuestas que se dan desde las Administraciones públicas, se originan sociedades más multiculturales, interculturales o monoculturales, siendo los países anglosajones los defensores de las dos primeras opciones; mientras que Francia y los países defensores de una identidad -laica o religiosa-, tienden a primar una legislación unitaria que, de alguna forma, uniformiza las

[9] Rodríguez Blanco, M.-Cano Ruiz, I., *La libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Madrid, Informes del Observatorio del pluralismo religioso en España, 2021, p. 42.

[10] Cfr. *ibid*., pp. 41-43.

[11] Cfr. Martínez-Torrón, J., "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Derecho y Religión,* 14, 2009, pp. 87-112.

manifestaciones externas y públicas, aunque la realidad social y privada sea igualmente diversa, fruto de la globalización a la que hemos hecho referencia anteriormente.

Al hilo de la Sentencia de 24 de septiembre de 2003 -que admite el velo islámico como atuendo de una profesora en la escuela pública alemana-, en el conocido como *caso Ludin* del TC federal alemán, Gerard Robbers considera que la protección de la libertad religiosa de quien porta el símbolo no puede abandonarse totalmente a la percepción de un público que pudiera ver en el velo un signo agresivo de carácter político[12].

Comentando esta misma Sentencia, Valero Estarellas concluye que:

> "el velo islámico, al contrario que el crucifijo cristiano, no es propiamente un símbolo religioso, si bien se le puede llegar a atribuir un efecto equiparable. En efecto, el velo sólo es una prenda de vestir, el medio del que se sirve quien lo porta para cumplir con un precepto religioso. Sin embargo, aun cuando la mujer que lo vista no le atribuya ningún contenido simbólico, sí será generalmente consciente de que socialmente el uso de un pañuelo que cubre cuello y cabello es ampliamente percibido como indicio de afiliación religiosa al Islam"[13].

El velo islámico, atendiendo a la forma y al fin empleados en distintos países según sus tradiciones, se denomina *chador, niqab* y *burka* -que son prendas de vestir-, *hiyab, al-amira, shayla, khimar* -que son pañuelos que cubren la cabeza-, además de otras indumentarias, como el bañador (*burkini*).

La cuestión del *foulard islamique* ha generado -y sigue generando-, una ingente legislación en Francia y en Turquía, con las subsiguientes controversias sociales.

En el primer caso, en Francia, se explica porque 7 de sus 67 millones de habitantes son musulmanes, y el número de mujeres que portan velo ha crecido un 55% en los últimos años, llevándolo en la actualidad un 26% de las mujeres de entre 18 y 45 años. Para consolidar la laicidad, la neutralidad y la secularización -iniciadas en la Ilustración y en la Revolución Francesa y consolidadas en la legislación republicana de inicios del siglo XX-, a partir de 1989 los gobernantes han protegido las escuelas públicas con entornos seguros en los que no cabe el proselitismo religioso.

Respecto a Turquía, su actual presidente, Erdogan, desde el año 2014 está legislando para revertir la laicidad que impuso Atatürk a principios del siglo XX, volviendo así a un islamismo tradicional. El TEDH se pronunció en el caso *Leyla Sahin v. Turquía*, siendo Leyla una estudiante de medicina de Estambul que presentó para su inscripción una fotografía en la que portaba velo y que la Universidad no aceptó. Los jueces europeos dieron la razón a Turquía, ya que se trataba de una Universidad republicana y laica que prohibía el uso del velo a las mujeres, como resultaba notorio y público.

Martínez-Torrón advierte que los efectos de la Sentencia *Leyla Sahin* han constituido el comienzo de una serie de decisiones del TEDH encaminadas a justificar políticas nacionales que restringen el uso de simbología religiosa en lugares públicos y que están frecuentemente motivadas, en la práctica, por el interés en limitar la visibilidad del Islam[14].

---

[12] Robbers, G., *Religion and law in Germany*, Philadelphia, Wolters Kluwers, 2013.

[13] Valero Estarellas, M. J., "Neutralidad ideológico-religiosa del Estado y derecho de libertad religiosa en la escuela pública alemana: reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de enero de 2015", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 38, 2015, 14.

[14] Martínez-Torrón, J., *op.cit*., 103.

2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, es el marco general que permite delimitar qué entiende el Consejo de la UE acerca del principio de igualdad de trato en la empresa y, consecuentemente, qué supuestos serían discriminatorios, en este caso, por motivos religiosos.

Aunque no define el concepto de religión, se remite al TEDH, cuyos jueces se han pronunciado con una extensa batería de Sentencias delimitadoras de dicho concepto, en su dimensión individual y colectiva, en sus elementos estructurales y con la inclusión tanto de las convicciones religiosas en cuanto tales, como de la libertad de manifestarlas públicamente mediante prácticas de culto.

El núm. 23 de la referida Directiva, establece que

> "En muy contadas circunstancias una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión".

Aunque exista una jurisprudencia antigua y consolidada, podemos decir que estamos en los inicios del estudio de la materia, por la permanente evolución jurisprudencial, por los nuevos supuestos planteados y por la aparición de nuevas religiones que resultan ser muy diversas entre sí, por lo que es necesaria la actualización y formación de los jueces en su afán por entender las realidades sociales y los conflictos que se generan en ellas.

La jurisprudencia internacional, comunitaria y nacional ha resuelto supuestos de empresas con objetos sociales muy distintos entre sí. En tiempos recientes la mayor parte de las resoluciones judiciales tienen que ver con peticiones relativas a la vestimenta que afectan, principalmente, a las especificidades musulmana -con el uso del velo islámico entre las mujeres-, y judía -con el uso del *kipá* entre los varones hebreos-.

Asimismo, estas Sentencias reconocen la evolución de las costumbres religiosas -muchas veces importadas por vía de la inmigración- y, por ende, el uso de sus correspondientes símbolos, ponderando la posibilidad de su uso con el respeto a las normas internas de las empresas, advirtiéndose cada vez una mayor sensibilidad hacia estos símbolos religiosos.

En definitiva, el estudio jurisprudencial pone de manifiesto la diatriba existente entre la laicidad y las manifestaciones externas de la religiosidad, el respeto a la libertad religiosa y la colisión de ésta con la libertad empresarial, trasluciendo una evidente evolución hacia la integración de los símbolos religiosos en el entorno laboral, marcando el camino hacia la aplicación de un criterio válido para la previa resolución de estos conflictos.

2.1. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH debe resolver los conflictos intentando encontrar un punto de equilibrio entre el respeto al pluralismo religioso e ideológico y el respeto a la conciencia del individuo y de un pueblo que reclama su identidad[15].

A este respecto, para la defensa de los derechos del hombre, el TEDH apuesta, en muchas de sus resoluciones, por la laicidad, en contraposición a los cimientos religiosos de la civilización europea, imponiéndose al ciudadano y haciendo descansar su justificación en la búsqueda del equilibrio y de la paz[16].

Muchas Sentencias tratan cuestiones laborales y alguna de ellas tienen que ver con el empleo de símbolos religiosos en empresas o en las Administraciones públicas. Algunas -como las dos Sentencias del caso *Lautsi et alii v. Italia*, relativas a la presencia de un crucifijo en un instituto italiano y a su papel adoctrinador-, tuvieron en su momento una gran repercusión mediática, seguida de un debate social y académico acerca del papel que desempeñan los símbolos como objetos de proselitismo pasivo[17].

2.2. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Sentencia C-344/20, de 13 de octubre de 2022, dictada por la Sala Segunda en base a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, analiza la resolución de un Tribunal del trabajo francófono de Bruselas respecto a una trabajadora musulmana y una sociedad cooperativa de responsabilidad limitada cuya actividad principal consiste en el arrendamiento y la explotación de viviendas sociales.

El Reglamento interno de la empresa establecía que los trabajadores "velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean".

Por su parte, la candidata al empleo explicitó su deseo de seguir vistiendo el velo, siendo contratada, aunque no participó de ningún curso de formación y de prácticas, a pesar de haberlo solicitado la trabajadora en varias ocasiones, hasta que, finalmente, denunció a la empresa ante el organismo público para la lucha contra la discriminación.

La Sentencia establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones y analiza la normativa interna de la empresa privada que rechaza cualquier manifestación -incluyendo las verbales y la vestimenta que tenga connotaciones religiosas-, de las convicciones religiosas, filosóficas o políticas en el lugar de trabajo[18].

Como cuestión prejudicial, el Tribunal interpreta el art. 2.2.a) de la mencionada Directiva, acerca de si una empresa discriminaría directamente "por motivos de religión o convicciones" -en el

[15] Mückl, S., "Crucifijos en las aulas: ¿Lesión a los Derechos fundamentales?", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 23, 2010, 1-15.

[16] Baubérot, J., "Los umbrales de la laicización en la Europa Latina y la recomposición de lo religioso en la modernidad tardía", en Bastian, J.-P. (coord.), *La Modernidad religiosa: Europa Latina y América Latina en perspectiva comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 94-110.

[17] Sentencias del TEDH (Sección Segunda) Lautsi I *et alii* v. Italia, de 3 de noviembre de 2009; y Lautsi II *et alii* v. Italia, de la Gran Sala, de 18 de marzo de 2011.

[18] Sentencia del TJUE C-344/20, de 13 de octubre de 2022.

sentido de dicha Directiva-, cuando su Reglamento interno prohibiese a los trabajadores manifestar sus convicciones religiosas -verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma-, aun cuando algunos pretendiesen ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante un signo visible o una prenda de vestir con connotaciones religiosas.

El Tribunal de Luxemburgo resolvió que dicha disposición del Reglamento laboral interno de una empresa no constituiría una discriminación directa "por motivos de religión o convicciones", en el sentido del Derecho de la Unión. Esto será así siempre que se aplicase esa disposición de forma general e indiferenciada y no establezca una diferencia de trato basado en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones.

Sin embargo, el TJUE precisa que una norma interna puede constituir una diferencia de trato basada en la religión o en las convicciones si llegase a demostrarse (extremo que debe comprobar el Tribunal nacional), que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o que tienen unas convicciones determinadas.

En este sentido, la Gran Sala ya se había pronunciado anteriormente en una Sentencia que acumulaba los asuntos C-804/18 y C-341/19, la cual examinó si la Reglamentación interna de una empresa privada que vetaba en el lugar de trabajo la utilización de cualquier símbolo religioso podría incurrir en una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o ideológicos. Estos dos asuntos acumulados respondían a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal de lo laboral de Hamburgo y por el TS de lo laboral, ambos en Alemania, en el marco de la misma Directiva 2000/78/CE[19] y en ellos las empleadas -en el primero, una trabajadora en una guardería y la segunda, en una droguería-, fueron conminadas a quitarse el velo islámico que portaban.

El Tribunal remitente consideró, en ambos casos, que existía discriminación. Sin embargo, el TJUE recordó que había discriminación por razón de religión cuando concurre un trato distinto entre los practicantes de diferentes religiones, consideró que la norma interna de una empresa que no permite llevar símbolos religiosos no resulta discriminatoria siempre y cuando se aplique de forma general e indiferenciada.

En el asunto C-804/18, se interpretó la Directiva 2000/78/CE en el sentido de que la norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar, en el lugar de trabajo, cualquier signo visible de sus convicciones religiosas, no constituye una discriminación directa por motivos de religión o de convicciones, con respecto a los trabajadores que siguen determinadas reglas en cuanto a la vestimenta relativas a preceptos religiosos, siempre que -como ya hemos indicado anteriormente-, esta norma se aplique de forma general e indiferenciada.

Respecto a la segunda cuestión planteada en el asunto C-804/18 y C-341/19, el Tribunal consideró que las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa puedan tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del art. 8.1 de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basado indirectamente en la religión o en las convicciones.

Así, la norma interna de una empresa que, por mantener un régimen de neutralidad religiosa, prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de sus convicciones religiosas en el lugar de trabajo, en base a la voluntad del empresario, será legítima cuando responda a una verdadera necesidad del mismo, a que dicho régimen se siga de forma congruente y sistemática y, por último, a que la

[19] Sentencia del TJUE C-804/18, de 15 julio 2021, y C-341/19, de 15 de julio de 2021.

limitación de la prohibición sea estrictamente necesaria, es decir, proporcional a las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición[20].

En cuanto a la utilización del velo o pañuelo islámico en el trabajo, el TJUE establece, en su Sentencia C-157/15, de 14 de marzo de 2017, que "la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa, por motivos de religión", encargando a los jueces nacionales certificar que la norma interna de la empresa se aplica a todos los supuestos, correspondiendo a la justicia belga -en este caso-, concretar un régimen general o indiferenciado "en relación con la prohibición del uso visible de cualquier signo religioso".

En definitiva, la prohibición que puede hacer un Estado de llevar velo u otras prendas o símbolos religiosos en el trabajo no es discriminatoria si se aplica de igual forma para todos desde la neutralidad y si no afecta desproporcionadamente a un grupo religioso específico[21].

Este asunto, planteado ante el TJUE por la justicia belga, se refiere a la extinción de la relación laboral de una recepcionista de una empresa privada que se había opuesto a quitarse el velo en horario laboral.

En dicha empresa no existía un Reglamento interno, pero regía la costumbre de que los empleados no utilizasen signos visibles de sus convicciones políticas, religiosas o filosóficas en sus puestos de trabajo. El Tribunal de Luxemburgo ha señalado que "el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, tanto del sector público como del sector privado, tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes".

Toledo Oms interpreta la voluntad del Tribunal, en el sentido de que

> "parece apuntar a que, a pesar de existir un código de indumentaria que prohíbe a la trabajadora llevar el velo, si dicha trabajadora se niega a dejarlo de vestir como consecuencia de sus convicciones religiosas, la empresa debe intentar recolocarla en un puesto en el que se pueda compatibilizar el interés empresarial (derecho a la libertad de empresa) con las convicciones religiosas de la trabajadora. En otras palabras, el tribunal parece indicar que debe analizarse la posibilidad de ejecutar un ajuste razonable (no cita expresamente dicho concepto), a menos de que ello suponga una carga irrazonable para la empresa o sea materialmente imposible"[22].

Otra Sentencia, la C-188/15 de igual fecha que la anterior, 14 de marzo de 2017, también analiza el empleo de símbolos religiosos en la empresa francesa, considerando si es o no discriminatoria la prohibición de su uso. En este supuesto, antes de la contratación se le informó a la candidata que llevar el velo podría constituir un problema cuando estuviese en contacto con los clientes. Fue contratada como ingeniera y siguió portando el velo, hasta que un cliente presentó una queja por la indumentaria que portaba y que fue el detonante del despido de la trabajadora.

En su impugnación ante las resoluciones de los Tribunales franceses, la Corte de casación interpuso cuestión prejudicial preguntando si la voluntad de un cliente era o no un requisito profesional esencial y determinante, tal como establece la Directiva 2000/78/CE.

---

[20] Cfr. García Hernández, J., "La velada discriminación indirecta. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017", *Anales de Derecho* 35, 2017, 15.

[21] Sentencia TJUE, C-157/15, de 14 de marzo de 2017.

[22] Toledo Oms, A., "Indumentaria y símbolos religiosos en el puesto de trabajo: breve comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022 (Asunto C-344/20)", *AEDTSS*, 2-3.

El Tribunal europeo no apreció, en el caso, discriminación directa -porque se trataba por igual a todos los trabajadores-, y no se pronunció sobre la posible discriminación indirecta, al corresponder al órgano jurisdiccional nacional determinar lo que proceda al respecto, comprobando, igualmente, si dicha empresa había establecido, antes del despido, un régimen general e indiferenciado para todos, y si la prohibición, en su caso, atañía exclusivamente a los trabajadores que mantenían un contacto directo con los clientes.

El TJUE consideró que una discriminación indirecta podría justificarse objetivamente cuando existiese una finalidad legítima. Así, en este caso, sería legítimo que el empleador quisiese ofrecer a los clientes la imagen de una empresa neutral, objetivo que estaba vinculado a la libertad de empresa, por ser un derecho reconocido igualmente en la Carta de los derechos fundamentales de la UE. Considera la Sentencia que es correcto aplicar el régimen de neutralidad en la empresa cuando dicho fin se persigue de forma congruente y de forma sistemática.

Finalmente, los jueces del asunto C-188/15 concluyeron que sólo en muy contadas ocasiones una característica propia de una religión concreta puede constituir un requisito profesional esencial y determinante, atendiendo a la actividad profesional o al contexto concretos en que ésta se lleve a cabo y, en ningún caso, abarcaría consideraciones subjetivas, como podrían ser la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente. En definitiva, los meros deseos de un cliente no se sustentan como un requisito profesional esencial que permita determinar la suerte laboral de un trabajador.

En reciente Sentencia de la Gran Sala, de 28 de noviembre de 2023, resuelve el caso de una empleada musulmana del Ayuntamiento belga de Ans que deseaba trabajar con velo. El asunto C 148/2022 reitera lo expuesto en resoluciones anteriores, en el sentido de que las Administraciones públicas pueden decidir prohibir el uso de símbolos religiosos a sus empleados.

2.3. Del Tribunal Constitucional español

La evolución jurisprudencial acerca del tratamiento de los símbolos religiosos no se centra exclusivamente en la materia laboral, sino que abarca otras dimensiones de la realidad. De hecho, la mayor parte de las resoluciones del TC en estas cuestiones tienen que ver con simbología cristiana y con reivindicaciones de trabajadores cristianos, principalmente evangélicos.

La Sentencia 79/2023, de 3 de julio de 2023, dictada por la Sala Segunda, tiene que ver con la libertad ideológica y religiosa de un trabajador marroquí, Jaouad Ballasah, en conexión con las libertades de expresión y de reunión.

La *litis* consistió en el despido disciplinario del director de una Sucursal de un Banco marroquí en Madrid, por haber acudido a una manifestación en defensa de los ciudadanos de la Cordillera del Rif, publicando posteriormente fotos y comentarios políticos en su cuenta de Facebook desde su puesto de trabajo, en las que aparecía el eslogan del Banco[23].

El TC estimó por unanimidad el recurso de amparo de dicho director considerando, por una parte, que la Sentencia de la Sala del TSJ de Madrid no había cumplido las exigencias dimanantes de la doctrina constitucional respecto a la carga de la prueba, y constatando, por otra, la existencia de indicios de lesión de derechos fundamentales del trabajador en la actuación empresarial, lesionando el derecho del recurrente a la libertad ideológica, a la libertad de expresión y a la de reunión.

[23] Sentencia 79/2023, de 3 de julio de 2023.

Tras repasar ampliamente su doctrina constitucional al respecto, el TC concluyó que

> "aunque las afirmaciones del empleado despedido, de haber sido ofensivas, podrían haber afectado a la consideración pública de la empresa que no, en modo alguno, menoscabar su dignidad, sin embargo, hemos de insistir en que el conflicto traído ante esta sede constitucional no es el eventualmente producido entre dos derechos fundamentales, a saber, la libertad de expresión del trabajador y la pretendida reputación de la empresa, como pretende ésta, sino que queda circunscrito exclusivamente al materializado entre la libertad ideológica de aquél (en un entorno ajeno al trabajo) y el poder disciplinario empresarial. Nuestra función ha de limitarse a examinar, entonces, si la sanción de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual ha vulnerado aquel derecho fundamental y también la sentencia dictada en suplicación, en la medida en que no reparó la lesión, o si, por el contrario, su participación en la manifestación controvertida, por las connotaciones políticas asociadas a la misma, excedió de los límites constitucionalmente admisibles, siendo proporcionada y adecuada la medida disciplinaria adoptada por la empresa".

2.4. Del Tribunal Supremo

Muy conocida es la Sentencia de 2 de noviembre de 2010, relativa a una abogada que asistió a la vista oral de un juicio penal en la Audiencia Nacional -en el que se ventilaba un asunto de terrorismo islámico-, con su toga reglamentaria y, además, con un *hiyab*, siendo conminada por el Presidente de la Sala a quitarse el velo y, al no acceder a ello, le ordenó que abandonase el estrado destinado a los letrados, pudiendo seguir el juicio desde la zona reservada al público.

La abogada presentó denuncia ante el Servicio de Inspección del CGPJ alegando abuso de autoridad por parte del magistrado, haciendo saber que vestía toga y un pañuelo en la cabeza, tal y como ya había hecho anteriormente en otros juicios de distintos órganos judiciales, sin problema alguno. Su recurso se desestimó sin entrar en las cuestiones de fondo que planteaba.

Por su parte, la Sentencia de 14 de febrero de 2013 resolvió el recurso de casación contra la STSJ de Cataluña, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Lleida que prohibía el uso del velo integral en los espacios municipales y abrió el debate social acerca de la necesidad o no de regularlo.

El TS, en Autos de 20 de marzo y de 29 de mayo de 2018, se pronunció sobre el uso del velo islámico en el ámbito laboral, en una empresa dedicada a la comercialización de alimentos. Las denunciantes alegaron que estaban en pleno derecho de portar cualquier símbolo religioso, al estar amparadas por su derecho de libertad de religión y por ser éste -decían-, un derecho absoluto. En este caso nos encontramos con derechos que están en contraposición: el de la empresa -a la defensa de sus propios intereses-, y el de los trabajadores -a su libertad religiosa-[24].

Según el TSJ de la Rioja -antecedente judicial previo al TS-, los despidos de dichas empleadas no se deben calificar como improcedentes porque no hubo vulneración de ningún derecho fundamental ni, por tanto, en este caso particular, del de libertad religiosa. La empresa justificó el despido alegando el incumplimiento de las normas de la empresa para vigilar y cumplir la certificación de calidad.

El TS inadmitió los recursos de casación interpuestos por las trabajadoras y defendió la existencia de límites tales como el orden público y la salud de los consumidores y trabajadores, así como la higiene de los alimentos y, finalmente, la imagen corporativa de la propia empresa. Además,

[24] Autos 3140/2017, de 20 de marzo 2018, y 2965/2017, de 29 de mayo de 2018.

el TS consideró que no se producía discriminación indirecta porque en dicha empresa había otras trabajadoras que profesaban la misma religión, que sí aceptaron las normas, las cuales se cubrían todo el velo por debajo del gorro del trabajo. El cambio se produjo a raíz de la llamada de atención del Certificado de calidad. En definitiva, el TS determinó que la empresa nunca quiso perjudicar a las empleadas ni discriminarlas[25].

Cabe concluir, por tanto, que los códigos de la indumentaria de los trabajadores deben ser razonables, neutrales y no ser discriminatorios, lo cual significa que no afecten desproporcionadamente a uno o a varios grupos religiosos concretos.

2.5. De los Tribunales Superiores de Justicia

La Sentencia del TSJ de Madrid, de 27 de octubre de 1997, versó sobre el caso de una trabajadora musulmana de una empresa de distribución de productos cárnicos, que reclamó sus derechos en el uso de la vestimenta, del horario y del rezo. En concreto pidió usar un uniforme que no atentase contra sus creencias religiosas ya que la falda del uniforme de la empresa no le cubría las rodillas; un horario adecuado que fuese compatible con el día de rezo colectivo solemne de los musulmanes, los viernes; un horario específico durante el mes de Ramadán y, por último, no trabajar en establecimientos donde tuviese que manipular productos derivados del cerdo ni del alcohol.

La empresa denegó todas estas peticiones sobre la base de aplicar a todos sus empleados las mismas normas en cuanto a horarios y a uniformes. La trabajadora acudió a la jurisdicción social para recurrir la negativa empresarial, siendo desestimadas en esta instancia, por lo que recurrió al TSJ, que desestimó el recurso de suplicación sobre la base de que la trabajadora, cuando firmó su contrato de trabajo, conocía las condiciones y si éstas le afectaban por razón de sus creencias en cuanto a horarios y uniforme, al firmar el contrato no actuó de buena fe, ya que no advirtió previamente de sus creencias, privando así a la empresa de poder estudiar el encaje de las condiciones de la aspirante con las de la empresa.

Otro asunto más reciente es la Sentencia 132/2017 del STSJ de La Rioja, de fecha 22 de junio, sobre el despido disciplinario de una trabajadora musulmana al hacer uso del velo por la parte exterior de su uniforme de trabajo en una empresa champiñonera, cuyo trabajo exigía el uso de bata y de gorro, por disposiciones sanitarias. La empresa la despidió haciendo constar en su Carta de despido que la trabajadora recibió, antes de su incorporación a su puesto de trabajo, formación en prevención de riesgos laborales y el Manual de acogida de la empresa en el que se establecía que el uniforme debe llevarse completo y limpio, no pudiendo llevar otras prendas encima de la bata -aunque sí debajo de la misma-, y se les indicó que la redecilla o el gorro debían cubrir totalmente el pelo y que debían ser los mismos para todo el personal, entregándoles bata y gorros a cada empleado en ese acto[26].

La empresa adujo que la obligatoriedad de la bata y el gorro como únicas prendas externas del uniforme venían establecidas por la Certificación del sistema de calidad, al trabajar con alimentos, en *pro* de la seguridad alimentaria y en evitación de cualquier tipo de contaminación alimentaria, de forma que la inobservancia de esta norma podía conllevar la contaminación de gran cantidad de champiñón -con la subsiguiente pérdida si se detectaba en los controles de la empresa-, o incluso una alerta sanitaria si el champiñón contaminado saliese de la fábrica. La empresa también hizo constar que la trabajadora había sido requerida en múltiples ocasiones por sus superiores para que vistiera el uniforme en forma correcta, haciendo caso omiso y llevando el velo por fuera del uniforme obligatorio.

[25] Sentencia 79/2023, de 3 de julio de 2023.

[26] Sentencia del TSJ de La Rioja 131/2017, de 22 de junio de 2017.

La trabajadora impugnó el despido disciplinario solicitando su nulidad por vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa y, subsidiariamente, su improcedencia, siendo sus pretensiones desestimadas por el Juzgado de lo Social, procediendo a recurrir en suplicación. El TSJ, ante el recurso interpuesto por la trabajadora, desestimó todos los motivos alegados por ésta, tanto de índole estrictamente jurídico-laboral como desde la perspectiva del Derecho Constitucional, al no considerar violación alguna del derecho fundamental a la libertad religiosa, considerando que éste no es absoluto sino que, en el ámbito de las relaciones laborales, es susceptible de verse afectado por restricciones o limitaciones, siempre que superen el test de proporcionalidad, citando a tal efecto las STC números 99/94, 6/95, 207/96, 204/97, 37/98, 98/00 y 186/00, así como las números 178 y 181/17 del propio TSJ.

2.6. De los Juzgados de lo Social

Cabe reseñar en este apartado la Sentencia del JS número 1 de Palma de Mallorca, de fecha 6 de febrero de 2017, que versa sobre el uso del *hiyab* por una empleada del Departamento de atención al pasajero aeroportuario del grupo Acciona[27]. 8 años y medio después de haber sido contratada, comunicó el 21 de diciembre de 2015 a su empresa su intención de hacer uso del velo durante su jornada de trabajo, autorizándosele provisionalmente el uso hasta que los responsables de las Oficinas centrales de la entidad, sitas en Madrid, resolviesen formalmente su solicitud.

Tres días después recibió un Comunicado de la empresa en el que se le denegaba el uso del *hiyab* por no estar incluido en el catálogo de uniformidad del personal femenino del Departamento de Pasajeros de la Compañía. La trabajadora aceptó tal denegación, aunque posteriormente, con ocasión de su matrimonio y tras el disfrute de 15 días de licencia por tal causa, a los que siguieron la baja durante otros 15 días por padecer una enfermedad común y de disponer de otros 2 días más por ingreso hospitalario de un familiar, se reincorporó a su puesto de trabajo el 27 de abril de 2016 portando de nuevo el *hiyab* y 2 días después volvió a hacerlo.

La empresa le entregó 2 escritos. En el primero la requería para que no hiciese uso de prenda alguna que no formase parte del catálogo de uniformidad de la empresa y, en el segundo, se la relevaba del trabajo de ese día aunque se le abonaba el salario correspondiente, insistiéndole en que respetase la uniformidad en lo sucesivo, advirtiéndole que la desobediencia a las órdenes podían ocasionarle sanciones.

Al reincidir, fue suspendida de empleo y sueldo durante 1 y 2 días, por la comisión de faltas leves; a las que siguieron sucesivas sanciones de suspensión de empleo y sueldo por 6, 8 y 10 días por faltas graves y, finalmente, ante la reiteración en el uso del velo en cada reincorporación a su puesto de trabajo, fue sancionada por faltas muy graves con 30 y 60 días de suspensión de empleo y sueldo. En total se le impusieron 7 sanciones de suspensión de empleo y sueldo que privaron a la trabajadora de percibir emolumentos cuantificados en algo menos de 4.500 euros.

Tras la oportuna demanda interpuesta por la trabajadora contra la empresa con causa en las sanciones que le habían sido impuestas, sin conseguir avenencia en los actos de conciliación, se pronunció el Juzgado estimando producida la discriminación alegada por la trabajadora con la subsiguiente lesión de su derecho a la libertad religiosa. El Informe del Ministerio Fiscal fue en el mismo sentido.

Por tanto, quedaron sin efecto las sanciones impuestas por la empresa, reconociéndosele a la trabajadora su derecho a percibir los salarios dejados de percibir por razón de las sanciones, más

[27] Sentencia del JS de Palma de Mallorca 2/2017, de 6 de febrero de 2017.

una indemnización por perjuicio personal básico, por razón de los periodos de incapacidad temporal padecidos.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La jurisprudencia comunitaria y española ha desarrollado los conceptos del principio de razonabilidad y los juicios, tanto de proporcionalidad como de necesidad, a la hora de resolver los conflictos, lo que nos permite determinar si la medida restrictiva de un derecho fundamental es adecuada o está fuera de lugar.

El primero, el principio de razonabilidad, hunde sus raíces en el de igualdad (art. 14 CE) y en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), aunque, tratándose de la hipotética vulneración, de su limitación o del rechazo de un derecho constitucional sustantivo, el órgano judicial deba motivar su resolución con un canon reforzado de razonabilidad que le lleve a ser más explícito en su juicio de motivación y de adecuación de los Fundamentos de Derecho.

Así, Encarna Roca Trías sostiene que

> "el punto de partida del juicio de razonabilidad -que en sus distintas aplicaciones se puede leer como un juicio de adecuación o como un juicio de motivación suficiente- hay una potente presunción de constitucionalidad que sitúa sobre quien combate la constitucionalidad de la norma, medida o actuación impugnada, la carga de probar su 'irrazonabilidad'. La carga de la prueba se invierte, en cambio, cuando se aplica un canon reforzado de razonabilidad o, en los supuestos en los que se denuncia discriminación, cuando el juicio de adecuación se acompaña de un examen de 'necesidad'"[28].

El segundo, el principio de proporcionalidad, es el criterio principal del TC para resolver controversias en las que se ventilan posibles vulneraciones de derechos protegidos constitucionalmente. Al no ser un principio autónomo, siempre va asociado al concreto precepto constitucional que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada.

Los requisitos o condiciones exigidos en dicho juicio de proporcionalidad, a tenor del FJ 5 de la STC 55/1996, relativa al derecho de reunión, consisten en la constatación del cumplimiento conjunto de los mismos. De esta forma, el FJ 5 sostiene que

> "si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto".

El ajuste concertado consiste en que, mediante negociaciones amistosas, se procure alcanzar una solución que satisfaga a las partes implicadas en el conflicto, sin necesidad de acudir a un Tribunal para que resuelva judicialmente.

En los países anglosajones se ha impuesto la doctrina del acomodo razonable, que no ha tenido una especial aceptación en el Derecho continental ni, por tanto, en España. Dicha doctrina consiste en la obligación de acomodar o ajustar que, por ley, incumbe a las distintas instituciones y

[28] Roca Trías, E., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de Tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, 2013, 35.

organizaciones, de índole privada y pública, para evitar cualquier discriminación empleando medidas de armonización, aplicando para ello ciertas leyes o reglamentos[29].

No existe un derecho general al acomodo razonable, sino una adaptación particular *ad casum* de la normativa a las necesidades de la persona concreta que solicita que se le acomode dicha norma en base a la firmeza de sus creencias, que son manifiestamente opuestas a lo dispuesto por la norma.

Puede buscarse el acomodo razonable judicial porque existe un previo acomodo social, en el que se han integrado con normalidad social las diferencias religiosas y, de esta forma, el pluralismo que la normalización de lo diverso genera socialmente no se vislumbra como una amenaza a la convivencia, sino como una riqueza cohesionadora que suma y aporta al conjunto.

La jurisprudencia norteamericana adoptó la técnica del acomodo razonable a través de una Enmienda de 1971 al título VII del *Civil Rights* de 1964. Canadá, por su parte, a partir de 1985, con la Sentencia del Tribunal Supremo *Ontario Human Rights Commissión and O´Malley c. Simpsons Sears Ltd*., de 17 de diciembre.

En esta última Sentencia se delimitan los requisitos necesarios: que una norma concreta tenga efectos discriminatorios; que la discriminación se produzca por uno de los motivos contemplados en la Carta de Quebec -es decir, que deba estar basada en la raza, color, sexo, embarazo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, las convicciones políticas, la lengua, el origen étnico o nacional, la condición social o en una minusvalía-, y, finalmente, que el cumplimiento de la norma provoque un perjuicio en el demandante.

El *Informe* Bouchard-Taylor (2008) definió esta doctrina como "el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación, tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos".

Por su parte, en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico el acomodo razonable se ha impuesto como una vía extrajudicial previa a la resolución judicial y contenciosa de los conflictos. En la legislación puertorriqueña se exige que la carga de la prueba acerca de la causa justa del despido de un empleado sin compensación económica recaiga en el empleador, invirtiendo así la carga de la prueba civil. Las causas justas están reguladas en la Ley núm. 80, que no define qué se considera justa causa para el despido, pero precisa que debe estar vinculada con el normal funcionamiento de la empresa. Por su parte, la conocida como "Ley Anti-represalia" (Ley núm. 115, de 20 de diciembre de 1991), defiende al empleado en situaciones de discriminación.

Por tanto, las solicitudes de acomodo razonable para ajustar las condiciones laborales en el ámbito empresarial anglosajón se producen de muchas formas y por variadas causas, siempre que su realización no conlleve una carga onerosa para la empresa. Entre estas causas, están las modificaciones en el horario de trabajo; la reestructuración de puestos distribuyendo funciones marginales; la modificación de exámenes, materiales de adiestramiento y políticas de la empresa; el uso de licencias acumuladas con sueldo y sin sueldo para tratamientos médicos; la adquisición o modificación de equipos o la accesibilidad de instalaciones físicas para personas discapacitadas o con impedimentos.

Acerca de la aplicación de esta técnica a los símbolos religiosos de las empresas, debemos considerar su dimensión subjetiva y objetiva. La parte subjetiva del sujeto que ejerce su derecho a la

[29] Cfr. Roales Fernández, J. M., "La técnica del acomodo razonable en el empleo de símbolos religiosos en el ámbito de la empresa", *Revista Justicia & Trabajo,* 3, 2023, 247-265.

libertad religiosa lleva implícita la demostración de que dicha práctica religiosa le resulta fundamental por ser parte esencial de su modo de entender la religión y la vida en general, así como la demostración de que el cumplimiento de dicha norma tendría para él un efecto perjudicial. Respecto al criterio objetivo, estaríamos ante la protección del derecho fundamental a partir de una concreta concepción objetiva realizada por la norma suprema.

Al tener que resolverse individualmente cada supuesto de acomodo, puede suceder que ante demandas similares de acomodo, en una empresa -de grandes dimensiones, por ejemplo-, se considere como proporcional y razonable una petición, mientras que en otra -en el comercio de una barriada-, no se considere pertinente el acomodo; o incluso que no se atienda la petición por considerar que atenta contra los derechos de otros empleados o porque el inconveniente generado a la empresa podría ser notable.

4. CONCLUSIONES

Cabe colegir en este artículo, a la luz de las resoluciones estudiadas en el mismo, que el entronque entre las costumbres y tradiciones de cada sociedad con las provenientes de otras con diferentes religiones, principalmente la musulmana, no es una cuestión pacífica ni su solución es unívoca en todos los países de nuestro entorno.

Si bien se percibe esta dificultad como notoria, no tiene por qué considerarse que bajo ella subyace una auténtica islamofobia, ya que se han producido pronunciamientos judiciales respecto a símbolos de todas las religiones -mayoritarias y minoritarias-, tratando de modular la respuesta que se debe dar a las distintas manifestaciones de la simbología religiosa, principalmente en cuanto a vestimenta, horarios, descansos, rezos y costumbres.

La mayor fuente de conflictos con causa en la simbología religiosa se ha generado tanto en el ámbito público como en el ámbito privado empresarial, en su vertiente laboral. Ello obedece, de un lado, al arraigo de las costumbres propias de una cultura con base judeo-cristiana y de otro, a cierto temor ante la posible colisión con otras formas de entender la religiosidad.

No cabe duda que el encuentro entre las distintas culturas y sus respectivas manifestaciones de religiosidad es fuente de conflictos con base en la desconfianza que genera lo desconocido, sin perjuicio de lo cual se puede constatar un esfuerzo importante por parte de la sociedad europea -y por ende de sus autoridades-, para minimizar las consecuencias derivadas de este nuevo escenario.

Un lugar prominente lo ocupa el ámbito judicial en el que han de dirimirse las diferencias y los conflictos, por cuanto sus Sentencias, Autos y demás resoluciones internacionales, comunitarias y españolas han permitido sentar las bases para una interpretación autorizada de la legislación laboral en materia de simbología religiosa en la empresa privada. Aun así, queda un largo camino por recorrer para ir limando las aristas a las que todavía la jurisprudencia no ha dado respuesta, ocupando un lugar prioritario la aceptación normalizada de la técnica del acomodo razonable.

El ámbito de las relaciones laborales es un caldo de cultivo idóneo para que se generen conflictos y, consecuentemente, es el *ubi* donde se deben encontrar sus soluciones. En este escenario, con respecto a la diversidad socio-cultural que hoy compartimos y con estricta observancia de las disposiciones constitucionales, se encuentran soluciones que, importadas o no, pueden ayudar a configurar un nuevo escenario laboral que, si bien no estará exento de conflictos, al menos ofrecerá respuestas que satisfagan las necesidades de las partes implicadas.

Por último, una reflexión referida a la pregunta inicial del título de este artículo. Del decurso de las distintas resoluciones judiciales estudiadas no cabe inferir una fobia específica hacia lo musulmán ni tampoco hacia todo lo que provenga de distintas culturas, pero sí, en cambio, una cierta desconfianza, e incluso una recriminación por entender que la pretensión de los/las musulmanes/as por hacer valer su cultura y costumbres en nuestro entorno denota -para algunos-, una limitada intención de adaptación a su nuevo entorno; aunque para otros pueda significar el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, de la que gozan por ser un derecho fundamental, como lo tienen y disfrutan los miembros de otras religiones o las personas ateas o agnósticas.

Por ello, sin que los empresarios y los trabajadores renuncien a sus respectivos derechos, sería deseable explorar nuevas vías que potencien la convivencia pacífica sin que se pierdan los valores religiosos que tradicionalmente sustentan vitalmente a los propios creyentes y que muchas veces han impregnado las estructuras culturales de los países, en el pasado y en el presente, y que hoy confluyen en un marco de neutralidad laica, en el que las sabidurías religiosas deben estar presentes, sin confrontaciones, en la construcción de una civilidad fuertemente ética, tanto en la empresa como en las demás realidades sociales.

Con palabras de Rodríguez Blanco y Cano Ruiz,

> "la diversidad es una característica de nuestra sociedad de hoy día y un elemento presente en el mundo laboral. Su puesta en valor por parte de las empresas no debería ser vista como una carga, sino como un activo que potencia su compromiso social, su apertura al entorno y su implicación en el pleno respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas… [debería permitirse] tener en cuenta las creencias religiosas en la configuración de las condiciones de trabajo e incorporar cláusulas específicas en los convenios colectivos que contemplen un acomodo razonable y equilibrado entre el derecho de libertad religiosa y la libertad de empresa"[30].

5. BIBLIOGRAFÍA

Amérigo Cuervo-Arango, F.-Pelayo, D., *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado Laico español*, Madrid, Fundación Alternativas

Baubérot, J., "Los umbrales de la laicización en la Europa Latina y la recomposición de lo religioso en la modernidad tardía", en Bastian, J.-P. (coord.), *La Modernidad religiosa: Europa Latina y América Latina en perspectiva comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 94-110.

García Hernández, J., "La velada discriminación indirecta. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017", *Anales de Derecho,* 35, 2017, 15.

González Moreno, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003.

Martínez-Torrón, J., "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Derecho y Religión* 14, 2009, 87-112.

Mückl, S., "Crucifijos en las aulas: ¿Lesión a los Derechos fundamentales?", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 23, 2010, 1-15.

Palomino Lozano, R., *El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases*, 2016. https://docta.ucm.es/entities/publication/99c26fc6-3f2f-4a77-994e-f3496e307f30

[30] Rodríguez Blanco, M.-Cano Ruiz, I., *op. cit*., p. 43.

Roales Fernández, J. M., "La técnica del acomodo razonable en el empleo de símbolos religiosos en el ámbito de la empresa", *Revista Justicia & Trabajo,* 3, 2023, 247-265.

Roca Trías, E., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de Tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, 2013, 35.

Rodríguez Blanco, M.-Cano Ruiz, I., *La libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Madrid, Informes del Observatorio del pluralismo religioso en España, 2021, 42.

Simón Yarza, F., *Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Tillich, P., *Dinámica de la Fe*, New York, Harper Torchbooks, 2000.

Toledo Oms, A., "Indumentaria y símbolos religiosos en el puesto de trabajo: breve comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022 (Asunto C-344/20)", *AEDTSS*, 2-3.

Valero Estarellas, M. J.,"Neutralidad ideológico-religiosa del Estado y derecho de libertad religiosa en la escuela pública alemana: reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de enero de 2015", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 38, 2015, 14.

6. DOCTRINA JUDICIAL CONSULTADA

Sentencia del TEDH Leyla Sahin v. Turkey (2005)

Sentencias del TEDH (Sección Segunda) Lautsi I *et alii* v. Italia, de 3 de noviembre de 2009; y Lautsi II *et alii* v. Italia, de la Gran Sala, de 18 de marzo de 2011.

Sentencia del TJUE, C-157/15, de 14 de marzo de 2017.

Sentencia del TJUE C-344/20, de 13 de octubre de 2022.

Sentencia del TJUE C-804/18, de 15 julio 2021, y C-341/19, de 15 de julio de 2021.

Sentencia del TJUE C-188/15, del 14 de marzo de 2017.

Sentencia del TJUE C-148/22, de 28 de noviembre de 2023.

Sentencia del TC 79/2023, de 3 de julio de 2023.

Sentencia del TS de 2 de noviembre de 2010.

Sentencia del TS de 14 de febrero de 2013.

Auto del TS 3140/2017, de 20 de marzo 2018.

Auto del TS 2965/2017, de 29 de mayo de 2018.

Sentencia del TSJ de Madrid, de 27 de octubre de 1997.

Sentencia del TSJ de La Rioja 131/2017, de 22 de junio de 2017.

Sentencia del JS de Palma de Mallorca 2/2017, de 6 de febrero de 2017.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 239-250

La interpretación jurisprudencial de la normativa antidiscriminatoria en relación con la edad[1]

The interpretation of the anti-discrimination legislation in relation to age

Juan María Roldán Conesa
Profesor sustituto interino
Universidad de Cádiz
https://orcid.org/0000-0002-1582-5561

Sumario

1. LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA EDAD COMO MOTIVO DISCRIMINATORIO EN EL ÁMBITO LABORAL
2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA
3. REFERENCIAS NORMATIVAS
4. LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA, DE 28 DE ABRIL DE 2021, (REC. 1842/2020) OBJETO DEL RECURSO
5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

[1] Comentario a la STS 62/2023, de 24 de enero (Sala de lo Social, sección 1ª, Nº de recurso 2785/2021)

Fecha Recepción: 14/10/2024
Fecha Revisión:04/11/2024
Fecha Aceptación: 25/11/2024

Cita Sugerida: ROLDÁN CONESA, J.M.: «La interpretación jurisprudencial de la normativa antidiscriminatoria en relación con la edad». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 239-250.

Resumen

En estas breves líneas, se realiza un comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2023, de 24 de enero, con el objeto de analizar si la interpretación que efectúa dicho Tribunal de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como, a lo dictado en el artículo 14 de la Constitución Española, es pertinente cuando manifiesta que, indemnizar de forma diferenciada a distintos grupos de trabajadores por razón de su edad, es una medida objetiva y proporcionada.

Palabras clave

Edad; discriminación; diferenciación; razonabilidad; Objetividad.

Abstract

In these brief lines, we comment on Supreme Court Ruling 62/2023, of 24 January, in order to analyse whether the interpretation made by the Supreme Court of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, as well as the provisions of Article 14 of the Spanish Constitution, is relevant when it states that indemnify different groups of workers differently on the basis of their age is an objective and proportionate measure.

Keywords

Age; discrimination; differentiation; reasonableness; Objectivity.

1. LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA EDAD COMO MOTIVO DISCRIMINATORIO EN EL ÁMBITO LABORAL

La edad como motivo discriminatorio presenta unas características peculiares que no se dan en otros tipos de discriminación. De ahí que, la discriminación por edad se puede producir en cualquier momento de la relación laboral, incluso, antes de que esta se produzca de forma efectiva. Asimismo, actúa principalmente sobre dos grupos bien diferenciados de trabajadores, como son los jóvenes y los de edad madura, siendo estos últimos, los más damnificados por dicha causa, y aunque afecta tanto a mujeres, como a hombres, son las mujeres las que la sufren con mas vehemencia al adicionársele a la edad su condición de mujer.

Otra característica diferenciadora que presenta la discriminación por edad, es *a priori* su carácter no sospechoso de ser un motivo discriminatorio, lo cual, no se produce con otros tipos, pues, sería impensable justificar la discriminación de una persona por su raza aduciendo si es más o menos exacta con los cánones preestablecidos. En otras palabras, existen determinadas circunstancias personales que no albergan dudas sobre la posibilidad de que se esté produciendo discriminación por dicha condición, sin embargo, cuando nos referimos a la edad, surgen dudas sobre la probabilidad de que se esté produciendo un acto discriminatorio por dicho motivo, lo que en palabras del Profesor Álvarez del Cuvillo supone que "la edad parece una circunstancia legítima para la diferencia de trato"[2].

Estas dudas sobre la edad devienen fundamentalmente por dos aspectos, por una parte, por la propia normativa antidiscriminatoria por razón de edad, pues esta admite determinadas excepciones al principio de no discriminación, las cuales, no se prevén en otras normativas análogas, y por otra, por la interpretación no siempre estricta que se lleva a cabo de dicha normativa por los órganos judiciales, cuestión esta última que se podrá observar de forma detallada en este estudio.

De igual modo, está suficientemente documentado que la edad es el principal motivo discriminatorio que se produce en las relaciones laborales, incluso por encima de la discriminación por sexo, y por tanto, la cuestión que más litigios plantea ante los Tribunales de Justicia en materia discriminatoria.

No obstante, aun siendo cierto lo anterior, no es menos cierto que el reconocimiento de la discriminación por edad por el ordenamiento jurídico ha sido, y sigue siendo una materia compleja de regular por la propia idiosincrasia de la edad, por lo que la inclusión expresa de la edad como motivo discriminatorio en la colección legislativa, se puede considerar tardía si se compara con otras causas discriminatorias en el mundo laboral, y como prueba de ello, podemos citar la ausencia de su referencia en el vetusto Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo[3] por lo que, se debía presumir implícita a tenor de lo establecido en el apartado b) de su artículo primero[4]. Cuestión similar sucede en nuestra propia Carta Magna, donde se debe considerar incardinada de forma tácita en la redacción final del Art. 14[5].

---

[2] Álvarez del Cuvillo, A.: *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo: Las causas de discriminación*. Universidad de Cádiz. 2017.

[3] Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. «BOE» núm. 291, de 04 de diciembre de 1968.

[4] "Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".

[5] "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

En efecto, la edad presenta un rasgo distintivo irrefutable como es su condición voluble de todas las personas sin excepción, cuestión esta, que es inviable en otros factores discriminatorios como la raza[6]. Es por ello, que en atención a esta peculiaridad, la discriminación por edad presenta diferentes aristas interpretativas en el orden jurisdiccional, lo cual, conlleva a una disparidad de pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por ende, por los Tribunales de Justicia nacionales en su labor hermenéutica, lo cual, se viene produciendo de forma regular desde la entrada en vigor de las primeras disposiciones antidiscriminatorias, y en especial desde la publicación de la Directiva 2000/78/CE[7].

Con relación a la citada Directiva, la cual, podemos considerar como el eje vertebrador sobre la que se ha desarrollado un nutrido elenco normativo en materia discriminatoria, como la discapacidad, la religión, la orientación sexual o la edad, presenta unas características singulares en el tratamiento de esta última, al permitir dicha norma la justificación de diferencias de trato por dicho motivo, siempre y cuando el objetivo sea legitimo y el requisito proporcionado, lo cual, ha originado que algún autor representante de la doctrina más autorizada, califique la edad como una causa inferior dentro del catálogo de causas de discriminación prohibida[8].

2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

La controversia que origina el recurso de casación para la unificación de la doctrina resuelto en la STS 62/2023, de 24 de enero, tiene su origen en la supuesta vulneración de la normativa antidiscriminatoria en el ámbito laboral por razón de la edad, concretamente, el principio de igualdad o principio de no discriminación por razón de edad contenida en el artículo 14 de la Constitución Española, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Con el objeto de desarrollar y analizar el pronunciamiento del Tribunal Supremo es importante que nos remontemos a los siguiente hechos:

El día 15 de enero de 2016, la demandada inicia un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores motivando la existencia de causa económica para efectuar un despido colectivo que engloba a toda la plantilla de empresa.

Con fecha 9 de marzo de 2016, la empresa comunica a la actora la decisión de extinguir su contrato de trabajo amparándose en lo dispuesto en artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, poniendo a disposición de esta una indemnización consistente en 26 días de salario por año trabajado, adicionándole una mejora indemnizatoria de 16.701,09, lo cual, da como resultado un montante total de 83.505,43 euros.

Tras la impugnación del despido colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, y previo a la celebración del juicio se alcanzó un acuerdo conciliatorio con eficacia de cosa

[6] En este sentido, Serrano Argüello, N.: "La edad como factor de discriminación en el empleo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 12, 2011. Donde la autora indica que " *la edad como causa de discriminación introduce cierta complejidad, pues todos tenemos una edad y además esa edad va cambiando con el transcurrir del tiempo, es decir, está en permanente mutación, característica que la hace diferente de las otras causas de discriminación, de carácter fijo o invariable*".

[7] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

[8] En este sentido, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario", VV.AA.: *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memora de Ignacio Albiol*, Goerlich Peset, J.M y Blasco Pellice, A.A. (Coords.). Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

juzgada al no apreciarse tanto por la demandada, como por la parte demandante lesión alguna para ambas, ni para terceros, de igual modo, no se aprecia fraude de ley, abuso de derecho, ni dicho acuerdo atenta contra el orden público.

El referido acuerdo establece dos tipos de indemnizaciones en función de la edad de los trabajadores despedidos. A saber, para los trabajadores menores de 60 años una indemnización correspondiente al despido improcedente, más una cantidad adicional de 14.500 euros cuando el salario es inferior a 50.000 euros brutos anuales; de 10.500 euros si es superior a esa cifra e inferior a 100.000; de 6.500 euros si no supera los 150.000 euros; quedando sin indemnización adicional los que perciben salarios que excede de esta última cantidad.

En el caso de los trabajadores cuya edad sea igual o superior a 60 años, se consensua una indemnización equivalente al resultado de multiplicar el 75% de la retribución mensual neta percibida por los trabajadores en el mes de enero de 2016, de la cual hay que detraer la cantidad neta mensual que perciban los trabajadores proveniente de la prestación por desempleo, por el número de meses que resten desde el mes que se haya producido el despido de los trabajadores hasta el día anterior al que cumpla la edad legal de jubilación. A esta cantidad se le restará el importe de la indemnización ya percibida por el trabajador en el momento de su despido, siendo el resultado de esta resta la indemnización adicional a la que se compromete la empresa en virtud del acuerdo suscrito.

Esta diferenciación indemnizatoria entre ambos grupos de trabajadores, se motiva principalmente en que los trabajadores mayores de 60 años se encuentran más próximos a la edad de jubilación y disponen de mayor cobertura de protección social.

La actora, impugnó dicho acuerdo ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real, absolviendo este tanto a la demandada, como a las codemandadas de las pretensiones invocadas por la trabajadora, y por ende, declarando procedente el despido.

Con posterioridad, la actora presentó recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, el cual, se resolvió el día 28 de abril de 2021, rec. 1842/2020, confirmando la sentencia de instancia y desestimando el recurso de suplicación planteado[9].

Finalmente, la trabajadora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina denunciando infracción del principio de igualdad y no discriminación por razón de edad regulado en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como, del artículo 14 de la Constitución Española y de la doctrina jurisprudencial.

3. REFERENCIAS NORMATIVAS

Como primera línea argumental, se invoca en la demanda la vulneración del artículo 14 de la Constitución, el cual, dicta que "los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". En relación con dicho pronunciamiento, es importante resaltar que aunque la edad no se encuentra explícitamente detallada entre las razones enunciadas como discriminatorias, ésta se debe considerar implícita en el dictado final de este artículo cuando hace

[9] Rec. núm. 1842/2018.

referencia a otra "circunstancia personal", tal como viene manteniendo el Tribunal Constitucional en varios de sus pronunciamientos[10].

En este sentido, es nuclear la argumentación que hace este mismo tribunal en torno a la posible transgresión del art.14 de la Constitución, en lo que se refiere si el hecho de dispensar un tratamiento diferenciado a un mismo colectivo por razón de la edad, conculca o no, el principio de igualdad y no discriminación.

Pues bien, tal como ha reiterado en distintas ocasiones el Alto Tribunal, "el principio de igualdad no es una cláusula general de parificación, sino que simplemente impone que las diferencias de trato llevadas a cabo por los poderes públicos no sean arbitrarias, mientras que la prohibición de discriminación impone la parificación "como fin y generalmente como medio"[11], lo que impide llevar a cabo diferencias de trato fundadas en las causas de discriminación reconocidas en la Constitución o en otras que resulten equiparables"[12].

De igual modo, si hacemos referencia a la interpretación que se hace de otro de los preceptos invocados, como es el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual, constituye el parámetro de referencia sobre cuya base se cimenta la interpretación del elenco de disposiciones de la Directiva 2000/78/CE, en especial, a lo concerniente a la prohibición de discriminación por razón de edad, este resulta taxativo al no admitir excepciones, ni ponderaciones sobre dicha cuestión, por lo que, en este sentido nada se podría argumentar en sentido contrario a su interpretación.

Sin embargo, si examinamos de modo sintético lo estipulado en la anteriormente referida Directiva, ésta, en su Considerando 25 reconoce que en determinadas circunstancias son justificables diferencias de trato concretas por razón de la edad, y así lo afirma de manera explicita en su artículo 6.1.c), al manifestar que "no serán constitutivas de discriminación las diferencias de trato por razón de edad si están suficientemente justificadas objetiva y razonablemente, en particular, en el establecimiento de condiciones especiales, incluidas las de despido".

Asimismo, esta disposición faculta a los Estados miembros a disponer bajo su consideración que determinadas diferencias de trato por motivos de edad "no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional", lo que por correlación, debería suponer la necesidad de legislar una norma más concreta que cubra el supuesto de hecho y que sea directamente aplicable.

Es esta ultima potestad conferida a los Estados miembros, la principal causa de litigios en la materia, pues se puede considerar una cláusula abierta favorecedora de múltiples interpretaciones, y así lo entiende el TJUE al declarar reiteradamente el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, no sólo para elegir un objetivo específico entre varios posibles en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo[13].

[10] En este sentido, Vid en extenso las SSTC 66/2015, de 13 de abril, acerca del derecho a la no discriminación por razón de edad, y 22/1981, de 2 de julio sobre el derecho a la igualdad, y la aplicación a este ámbito de la cláusula de interpretación del contenido de los derechos fundamentales del artículo 10.2 CE.

[11] SSTC 229/1992 (F.2), 126/1997 (F8), 3/2018 [F.4 a], 31/2018 [F.6a)], 91/2019 [F.4 b], 108/2019 (F.2), 172/2021 [F.3a)].

[12] Álvarez del Cuvillo, A.: "La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la constitución". *Temas laborales* núm.165. 2022, págs. 87-120.

[13] Maneiro Vázquez, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación". *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Núm. 191. 2016. Donde la autora

Finalmente, otro de los preceptos que la actora presume vulnerado presenta una especial diferenciación con respecto a los anteriores. Así, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores veta cualquier distinción por razón de sexo y edad, entre otras causas[14], lo que puede considerarse como una discriminación múltiple, la cual, es definida por la doctrina más autorizada como " aquella discriminación que sufren las mujeres, por el mero hecho de ser mujeres, sumándole alguno de los motivos susceptibles de discriminación"[15].

Con relación a esto último, el Tribunal Constitucional en su labor de examinar si las mujeres han sido victimas de un trato desigual y peyorativo por el hecho de serlo, han concluido en diferentes pronunciamientos que en el casos de discriminación abierta y directa, el motivo de dicha diferenciación fue el género[16]. Cuestión diferente, sucede cuando se trata de la denominada discriminación oculta, la cual, no resulta ni evidente, ni manifiesta, pero cabe la posibilidad de que se este produciendo bajo una supuesta acción no discriminatoria hacia las mujeres[17].

Asimismo, a nuestro entender, la invocación de este precepto no se produce únicamente por el ya mencionado veto que hace a cualquier tipo de distinción susceptible de discriminación, sino también, por el hecho de que el acuerdo se hubiese alcanzado mediante un procedimiento de negociación colectiva.

En los términos que se está hablando, es importante reseñar que el supuesto que nos ocupa presenta una identidad que pone de manifiesto que, si bien caben excepciones en la normativa aplicable a la discriminación por edad, la identidad del elemento diferenciador no neutraliza a nuestro juicio dicho trato diferenciado.

4. LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA, DE 28 DE ABRIL DE 2021, (REC. 1842/2020) OBJETO DEL RECURSO

El TSJ de Castilla La Mancha en la sentencia mencionada, toma referencia para fundamentar su fallo aquella doctrina jurisprudencial que prevé que, "la Constitución, además de la igualdad ante la ley protege la igualdad en la aplicación de la ley exigiendo un amplio conjunto de requisitos para entenderla producida y desde esa afirmación general debe recordarse que el principio de igualdad no solo consiste en el derecho a ser tratado igual cuando se habla de colectivos vinculados a un criterio de identidad común, sino el de no ser tratado en forma desigual por mera arbitrariedad". A la vista de lo cual, el TSJ entiende que no es permisible bajo ningún concepto dispensar un tratamiento diferenciado a un determinado grupo sin una justificación objetiva.

---

hace referencia a las múltiples causas que pueden llevar al legislador a entender como legitimas determinadas excepciones que permitan presumir la existencia de no discriminación.

[14] Art.17.1 ET: Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español

[15] López Sánchez, C; Vilaseca García, C; Serrano Japa, J.M.: "Interseccionalidad la discriminación múltiple desde una perspectiva de género". *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Núm. 14, 2022, págs. 71-81.

[16] A modo ejemplificante, *Vid.* STC 216/1991, de 14 de noviembre. Rec. 1844/1988.

[17] Rodríguez-Piñero, M.: "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria", *Relaciones Laborales,* Núm. 1, 1992, I, pág. 20

Sin embargo, al versar este litigio sobre una diferenciación presumiblemente objetiva, como es el caso de la edad, advierte que: "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable". Argumentos que llevan al tribunal a desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la actora, y a declarar, por tanto, la legalidad del acuerdo alcanzado por las partes en la negociación del despido colectivo.

Contra dicha sentencia interpone la actora en cuestión, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como contradictoria la propia sentencia dictada por el por la misma Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Castilla la Mancha de fecha 6 de marzo de 2019 (núm. de recurso 1913/2018), por contradicción entre la sentencia recurrida y esta última de contraste, con el objeto de alcanzar su pretensión, que como se ha expuesto anteriormente, no es otra que denunciar la presunta ilegalidad del acuerdo alcanzado entre las partes negociadoras con motivo del despido colectivo, al entender que dicho acuerdo es discriminatorio por razón de la edad, y por tanto, nulo a todos los efectos. lo cual, es aceptado por el TS, a pesar del informe favorable de desestimación de dicho recurso por el Ministerio Fiscal.

5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

La STS 62/2023, de 24 de enero (Núm. recurso 2785/2021) que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora contra la STSJ de Castilla La Mancha, de 28 de abril de 2021, (Núm. recurso 1842/2020), sostiene, como doctrina correcta para resolver el recurso planteado, la establecida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 40/2022, de 21 de marzo, (Núm. Recurso 2524/2020), 66/2015, de 13 de abril, (Núm. Recurso 3875/2013), y 200/2001, 4 de octubre de 2001. Recurso de amparo 2992/1999, así como, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28/4/2016, (Núm. Recurso 3527/2014).

Es por ello, que entendamos oportuno hacer un primer análisis de la doctrina sentada en las sentencias referenciadas, para así identificar la aplicación de las mismas al supuesto controvertido que nos ocupa.

Varios son los aspectos que suscitan el examen del TS en las sentencias referidas, con el objeto de poder determinar la posible vulneración de los preceptos invocados por la trabajadora, y por ende, acreditar la posible nulidad del acuerdo perfeccionado sobre el despido colectivo entre la representación de los trabajadores y la empresa.

En primer lugar, la resolución sobre la admisión del recurso. A tales efectos, el tribunal indica que merece una respuesta afirmativa[18], puesto que se trata de otro trabajador de la misma empresa,

[18] En este sentido, es frecuente que el Tribunal Supremo inadmita este tipo de recursos en la materia que nos ocupa por ausencia de contradicción con las sentencias que se hacían valer de contraste, como es el caso del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una compañía sobre la declaración de nulidad del despido objetivo de un trabajador de 58 años por falta de contradicción, al entender que la sentencia que servía de referencial no era comparable con la cuestión litigiosa. (Auto de 13 de septiembre de 2023).

de la misma edad y afectado por el mismo despido colectivo, sin embargo, pese a tal identidad de los asuntos en comparación, la sentencia de contraste emitida por el mismo tribunal califica el pacto como discriminatorio, lo cual, a todas luces es una solución antitética a la obtenida por la parte actora del recurso.

Es por ello, que la admisión del citado recurso resulte significativa por una cuestión fundamental, la cual, no es otra que la dispar resolución del tribunal *a quo* que emitió ambas sentencias, lo que a juicio de la Sala IV resultan dos doctrinas manifiestamente contradictorias, y por tanto, cuando menos incomprensible. En relación con esto último, el Tribunal Constitucional se pronunció de una manera categórica sobre dichas contradicciones, y así lo manifestó en su sentencia 158/1985, de 26 de noviembre: "A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue"[19].

En segundo lugar, en lo que refiere a la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación, Y en este sentido, se manifiesta aludiendo la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias, y de forma específica, en un asunto que guarda similar paralelismo con el litigio planteado[20], donde expresa que "El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas"[21].

Asimismo, siguiendo esta doctrina, a efectos de determinar si la edad es un motivo sustancialmente justificativo como factor de diferenciación el tribunal señaló de forma expresa que "la edad, como factor de diferenciación al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, solo puede fundamentar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad". En razón de esto ultimo declaró que "no puede considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación", lo que en otras palabras, se podría entender como un acto de discriminación directa por el mero hecho de tener cumplida una cierta edad, y por ende, quedarle a la trabajadora un número reducido de vida laboral. Sin embargo, acepta que constituye "un factor adecuado, proporcionado y justificado el del menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, siempre que esta decisión vaya acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo".

Como se señalará en apartados posteriores, esta interpretación del tribunal no es baladí, pues aunque motivada, podría considerarse desproporcionada, e incluso contradictoria a tenor de su propia doctrina[22].

[19] STC 158/1985, de 26 de noviembre. Recurso de amparo 676/1984.

[20] STC 66/2015, de 13 de abril. Recurso de amparo 3875/2013.

[21] STC 200/2001, 4 de octubre de 2001. Recurso de amparo 2992/1999.

[22] *Vid.* Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, donde le tribunal refiere que "si todo lo dicho es cierto, y si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

En tercer lugar, debe señalarse la escueta interpretación que el Tribunal Supremo hace de la Directiva 2000/78/CE en este asunto, pues se limita a indicar lo establecido en loa arts. 1, 4.1 y 6 de la misma, dando por conforme lo declarado por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias más arriba expuestas.

En cuarto lugar, el tribunal acudiendo a su propia doctrina recuerda que es conforme a la ley pactar en el caso de despidos colectivos unas indemnizaciones superiores a las tasadas legalmente, pues, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores únicamente actúa como norma mínima, mejorable a través de pacto individual o colectivo, es decir, dicho artículo "no se configura como norma de derecho necesario absoluto, esto es, normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable"[23], dando a entender con esta dicción la facultativa opción de ofrecer las denominadas "indemnizaciones a la carta", siempre que estas mejoren las reglamentariamente establecidas.

Finalmente, el tribunal considera que esta diferenciación indemnizatoria resulta objetivamente justificada por varias cuestiones, por una parte, por el futuro incierto que les aguarda a los trabajadores más jóvenes de la empresa, y por otra, al haber sido acordada entre la empresa y los representantes de los trabajadores, los cuales, están facultados legítimamente para ello.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la STS 62/2003, de 24 de enero, que aquí se acomete, continúa poniendo de relieve la dificultad que presenta el factor edad para su reconocimiento como motivo discriminatorio en el ámbito laboral, y prueba de ello, son los numerosos pronunciamientos judiciales que se están produciendo en los últimos tiempos, algunos de ellos, dictados por un mismo tribunal, y no por ello, contradictorios entre sí.

Pero, al margen de estas apreciaciones, en este punto, consideramos oportuno realizar algunas valoraciones sobre el caso que nos ocupa.

A nuestro juicio, la resolución de la controversia se ha realizado por el tribunal de una forma incompleta, pues si se hubiesen tenido en cuenta ciertas circunstancias, el fallo hubiese sido diferente. Pues si bien, acude a la más autorizada jurisprudencia, elude relevantes aspectos que deberían haber ser tenidos en cuenta en la valoración del litigio planteado. Si el punto de partida, sin mayor apreciación de otras circunstancias, es la indemnización que recibe una trabajadora afectada por un despido colectivo, donde se ha utilizado el factor edad como elemento diferenciador para establecer dicha indemnización, resultaría adecuado aplicar lo dispuesto en el art. 2 del Convenio 100 de la OIT, sin embargo, para llegar a dicho fallo, el tribunal hace un extenso recorrido jurisprudencial que en materia antidiscriminatoria ha ido elaborándose casuísticamente, tanto por el TJUE, como el TC, y el propio TS.

Tras esto, considera el tribunal que hay una justificación razonable y proporcionada, en la cuestión, a tenor de lo dictado en el punto primero del fundamento cuarto, al entender que a los trabajadores mayores de sesenta años se les ha ofrecido un indemnización superior a la tasada legalmente, además de poder beneficiarse de la posibilidad de suscribir un convenio especial de seguridad social.

Pues bien, aunque es cierto que la indemnización es algo superior, aunque no idéntica a la dispensada a los trabajadores menores de sesenta años, no es menos cierto, que la posibilidad de

[23] STS 20/3/1996. Rec.3350/1996.

acordar un convenio de seguridad social, no es tan ventajosa como en principio parece para este colectivo de trabajadores, pues, como es conocido, la obligación de suscribirlo en caso de empresas no concursadas que realicen despidos colectivos beneficia a todos los trabajadores que hayan cumplido 55 años, siendo a cargo de la empresa las cotizaciones hasta que los trabajadores cumplan 63 años, salvo en el caso de los despidos colectivos por causas económicas, donde la empresa está obligada únicamente hasta los 61 años, siendo a partir de ese momento obligación del trabajador el pago de dichas cuotas de cotización.

Por tanto, teniendo en cuenta que el motivo del presente litigio se fundamenta en un despido colectivo por causas económicas, y contando también con que el límite de edad para recibir una indemnización diferente es de 60 años, es fácilmente deducible, que el tiempo durante el que estos trabajadores puedan beneficiarse de la suscripción obligatoria del convenio especial a cargo de la empresa, será muy reducido.

Otra cuestión que a nuestro juicio no es proporcionada, es exigir un sacrificio más oneroso a dicho colectivo, pues como presume el tribunal, los trabajadores más jóvenes tienen un futuro vital más incierto, dando por sentado, que el futuro de los trabajadores mayores de sesenta años no estará condicionado por dificultad alguna.

Esta última justificación, la cual, puede considerarse como una medida de acción positiva para los trabajadores menores de sesenta años, no se ajusta de forma exacta a lo indicado por los tribunales europeos en varias de sus sentencias, al entender que: "estas medidas no podrán suponer una ventaja incondicional para sus destinatarios, ni conllevar una exclusión automática para el resto[24].

A modo de conclusión final, baste señalar que, quizás con una revisión más en profundidad de la sentencia aportada de contraste, donde se reconocía una discriminación por razón de edad, el fallo del TS que hemos examinado no hubiese dado lugar a la repercusión doctrinal que ha tenido.

7. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez del Cuvillo, A. *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo: Las causas de discriminación*. Universidad de Cádiz. 2017.

Álvarez del Cuvillo, A. "La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la constitución". *Temas laborales*. Núm.165. 2022. Págs. 87-120.

López Sánchez, C; Vilaseca García, C; Serrano Japa, J.M. "Interseccionalidad la discriminación múltiple desde una perspectiva de género". *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Núm. 14, 2022, págs. 71-81.

Maneiro Vázquez, Y. "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 191. 2016.

Rodríguez-Piñero, M. "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria", *Relaciones Laborales*, Núm. 1, 1992, I, pág. 20.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., "Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario", VV.AA.: *Trabajo, contrato y libertad*. Estudios jurídicos en memora de Ignacio Albiol, Goerlich Peset, J.M y Blasco Pellice, A.A. (Coords.). Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

[24] Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995. (Asunto C-450/93).

SERRANO ARGÜELLO, N., "La edad como factor de discriminación en el empleo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 12, 2011.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 251-271

La contratación temporal abusiva en la Administración Pública: la figura de los trabajadores indefinidos no fijos y su evolución jurisprudencial

Abusive temporary contracts in the Public Administration: the figure of non-permanent indefinite workers and its jurisprudential evolution

Yolanda Fernández López *Juez de lo Social y Doctoranda*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0009-0007-7134-6163

Sumario

1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO
2. MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO
   2.1. Derecho de la Unión Europea
   2.1.1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
   2.1.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
   2.1.3. Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
   2.1.4. Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión
   2.2. Derecho interno
   2.2.1. La Constitución Española
   2.2.2. El Estatuto de los Trabajadores
   2.2.3. El Estatuto Básico del Empleado Público
   2.2.4. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público
   2.2.5. Las leyes de presupuestos generales del estado para los años 2017 y 2018
3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE CARÁCTER FIJO
4. LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO RESPUESTA A LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO
5. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA
6. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024: PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 13/11/2024
Fecha Revisión: 25/11/2024
Fecha Aceptación: 11/12/2024

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Y.: «La contratación temporal abusiva en la Administración Pública: la figura de los trabajadores indefinidos no fijos y su evolución jurisprudencial». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 251-271.

Resumen

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos como solución jurisprudencial a la abusividad en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas para cubrir necesidades de carácter estructural ha generado un intenso debate tanto por parte de la doctrina como por los juzgados y tribunales, desembocando finalmente en la elevación de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Supremo en la incesante búsqueda de la adecuación de la normativa interna a las directivas comunitarias. Constituye ésta la temática que se aborda en el presente artículo, el análisis de de la evolución jurisprudencial de la meritada categoría.

Palabras clave

Trabajadores indefinidos no fijos; contratación temporal abusiva; fijeza; indemnización.

Abstract

The figure of non-permanent permanent workers as a jurisprudential solution to the abuse in temporary hiring by Public Administrations to cover structural needs has generated an intense debate both on the part of the doctrine and by the courts and tribunals, ultimately leading to in the raising of a new question for a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union by the Supreme Court in the incessant search for the adaptation of the internal regulations to the community directives. This constitutes the topic addressed in this article, the analysis of the jurisprudential evolution of the merited category.

Keywords

Non-permanent indefinite workers; abusive temporary hiring; permanent employment; compensation.

1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La configuración jurídica de lo que se conoce como trabajadores indefinidos no fijos es la respuesta a la confrontación entre dos principios en conflicto, aparentemente irreconciliables como es la estabilidad en el empleo en cuanto finalidad última perseguida por el legislador frente a determinados comportamientos que quiebran en relación con la normativa que disciplina el acceso al empleo público (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE; y 55 EBEP).[1]

El conflicto se desarrolla en el marco de la sujeción del empleador de naturaleza pública al derecho laboral por un lado y por otro al derecho administrativo. El derecho del trabajo defiende la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada o una cesión ilegal, mientras que el derecho administrativo establece unos sistemas selectivos del personal laboral fijo (la oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos) que deben garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y que, al objetivar el reclutamiento de los mismos a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la imparcialidad y eficacia en la actuación de las Administraciones públicas a través de una selección objetiva y equitativa.[2]

Se trata, como se sabe, de una figura que tiene un origen jurisprudencial y que, prácticamente, no ha tenido una proyección en el marco normativo. El artículo 15 ET obliga a considerar como indefinida la relación laboral del trabajador irregularmente contratado mediante la modalidad contractual de trabajo temporal. Por su parte el artículo 103.2 CE condiciona el acceso al empleo público a la convocatoria de procesos selectivos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad; mientras que las normas del Derecho de la Unión Europea obligan asimismo a garantizar la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros.

Para conciliar adecuadamente estos preceptos legales, cuando la empleadora es un organismo del sector público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la situación jurídica del trabajador indefinido no fijo, como solución a la problemática que se presenta en los casos en los que un organismo público ha contratado a trabajadores mediante contratos de duración determinada que resultan ilegítimos, por ser contrarios a las normas que regulan la contratación temporal, o incurre en abuso, por la utilización sucesiva de contratos temporales, ante la imposibilidad legal de atribuir a ese trabajador la condición de personal laboral fijo, porque no ha accedido al empleo público tras la convocatoria del correspondiente proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que propugna la carta magna.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la figura del trabajador indefinido no fijo para resolver los casos en los que una entidad pública contrata a trabajadores temporalmente de forma irregular o abusa de contratos sucesivos, sin poder otorgarles el estatus de personal laboral fijo. Esto se debe a que estos trabajadores no han pasado por el proceso selectivo requerido para el empleo público.

La contratación temporal irregular se convierte por tanto en indefinida no fija desde su inicio, manteniendo el vínculo laboral hasta que la plaza se cubra mediante el procedimiento reglamentario. En ese momento, la relación laboral se extingue con derecho a la percepción de una indemnización de veinte día por año de servicio, indemnización a la que no tendría derecho si los contratos temporales

[1] Beltrán de Heredia Ruiz I.: *Qué es un indefinido no fijo*. Blog de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. octubre 2024.

[2] Roqueta Buj, R.: "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 442, 2020, pp. 23-61.

fueran legítimos y no abusivos. Además, mientras dure la relación laboral, el trabajador indefinido no fijo goza de los mismos derechos que los trabajadores fijos, incluso en lo relativo a promoción y acceso a otros puestos de trabajo distintos de aquel para el que fue contratado temporalmente y en cualquier clase de materia (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc...).

Con la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente. De igual manera que se reconoce a favor de los trabajadores indefinidos no fijos la misma indemnización que corresponde a los trabajadores fijos en caso de despido improcedente, si la extinción de la relación laboral es ilegítima y no obedece a la cobertura reglamentaria de la plaza que estaban desempeñando.

El Tribunal Supremo reconoce dos vías para la transformación de la relación laboral en indefinida no fija. La primera se produce cuando el contrato de duración determinada es desde el inicio contrario a derecho; y la segunda de ellas y más habitual, se produce cuando la contratación temporal inicial es ajustada a derecho porque su objeto es el de cubrir una plaza vacante hasta la definitiva cobertura de la misma mediante los correspondientes procesos selectivos convocados al efecto pero que sin embargo sucede un abuso de contratación temporal extendiendo la relación laboral más allá de un plazo razonable (inusualmente largo).

En su sentencia de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019), (ES:TS:2021:2454) el Tribunal Supremo, alineándose con la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA) (ECLI:EU:C:2021:439), establece que las administraciones públicas tienen un plazo máximo de tres años para culminar procesos de selección de personal conforme lo dispuesto en el artículo 70 EBEP. La relación laboral del trabajador contratado legítimamente de manera provisional para cubrir ese puesto pasa a ser entonces indefinida no fija, cuando se prolonga en el tiempo durante ese plazo de tres años, porque la superación de ese periodo temporal supone que se ha producido un abuso en la utilización de la contratación temporal tras el cual la relación laboral pasa a ser indefinida no fija. Finalmente, cuando la relación laboral se convierte en indefinida no fija debido a un uso ilegítimo o abusivo de la temporalidad, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de veinte días por año de servicio al momento de la extinción de la relación. [3]

La STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19) establece que no es contraria al Acuerdo Marco una normativa nacional que permite la renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza en la Administración, a la espera del resultado de los procesos de selección de un titular (apartado 57). Tras lo que señala, que la observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales (apartado 59). Lo que obliga a examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma

[3] La STS n.º 649/2021, de 28 de junio de 2021, (contrato de interinidad por vacante de trabajadora cesada por cobertura de la plaza, conversión en indefinida no fija e indemnización), rectifica doctrina:*«(...) aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo».*

persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (apartado 60) considera esta conversión una medida sancionadora ante la utilización abusiva de contratos temporales.

Una vez que la relación laboral ha pasado a ser indefinida no fija, es cuando se genera el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año de servicio al momento de su extinción por la cobertura de la plaza. Por consiguiente, la indemnización de veinte días por año de servicio solo se percibe cuando la relación laboral se ha transformado en indefinida no fija porque hay una utilización ilegítima de la contratación temporal, o cuando se produce un abuso en la duración de la contratación temporal por haberse prolongado en el tiempo durante más de tres años.

La meritada STJUE de 3 de junio de 2021, (asunto C-726/19,IMIDRA) en su apartado 73, invocando el precedente de la STJUE 14 de septiembre 2016, (asuntos C-197/2015 y C-184/2015, MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTREJANA LÓPEZ), (ECLI:EU:C:2016:680) parece aceptar que la conversión de la relación laboral en indefinida no fija pudiera ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada.[4]

2. MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos es fruto de la creación jurisprudencial. Efectivamente, la contratación de trabajadores fijos en las Administraciones públicas ofrece la peculiaridad de que debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55 EBEP). Por ello, las irregularidades en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el Tribunal Supremo estima que el contrato debe calificarse como indefinido (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

La regulación de la categoría de trabajador indefinido no fijo tiene encuadre normativo tanto en la legislación de la unión europea como en la nacional y que fundamentalmente se concretan en las siguientes:

2.1. Derecho de la Unión Europea

2.1.1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla (apartado 1).

Conforme a su artículo 45 quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión suponiendo la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo todo ello sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder

[4] Sempere Navarro, A.V.: "Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Las disposiciones del citado artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública. Aunque el artículo 45.4 del TFUE excluye ciertos empleos en la administración pública del derecho de libre circulación, esta excepción solo se aplica a los puestos que implican el ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales del Estado. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los empleos en el sector público que no implican funciones de poder público no están exentos de la libre circulación.

Por tanto, el acceso al empleo público en España debe respetar tanto los principios de igualdad, mérito y capacidad como la libre circulación de trabajadores de la UE, excepto en aquellos puestos vinculados al ejercicio directo de potestades públicas. Para cumplir estos principios, los empleos públicos abiertos deben ofrecerse en convocatorias accesibles a todos los ciudadanos de la UE que cumplan los requisitos exigidos.

2.1.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El capitulo III relativo a la igualdad establece en su artículo 20 que todas las personas son iguales ante la ley y en su artículo 21 propugna la no discriminación al establecer que se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea.

2.1.3. Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

La Directiva 1999/70, en su art. 2, exige a los Estados miembros adaptar sus normativas para cumplir con lo dispuesto en la Directiva permitiendo que sean los Estados miembros quienes definan dichos términos en conformidad con el derecho y las prácticas nacionales, a condición de que dichas definiciones respeten el contenido del Acuerdo marco.

La cláusula 5 establece como medidas destinada a evitar abusos en la renovación sucesiva de contratos temporales, y cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir la utilización abusiva de contratos temporales, indicando que los Estados miembros deben tener en establecer alguna o algunas de las siguientes medidas: fijar razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales, la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada así como el número de renovaciones de tales contratos.

2.1.4. Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión

El art. 1.1 del Reglamento garantiza a los nacionales de un Estado miembro el derecho a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena en otro Estado miembro, bajo las normativas de empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

2.2. Derecho interno

2.2.1. La Constitución Española

El artículo 14 de la CE consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Por su parte el artículo 23.2 garantiza el acceso igualitario a cargos públicos según los requisitos legales, y el artículo 103.3 regula el acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad.

2.2.2. El Estatuto de los Trabajadores

El artículo 15, apartado 4 del ET señala que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el artículo adquirirán la condición de fijas y en su apartado 5 establece que sin perjuicio de lo anterior, las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas.

La disposición adicional decimoquinta del ET, relativa a la «Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas», puntualiza que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

2.2.3. El Estatuto Básico del Empleado Público

El EBEP regula el acceso al empleo público en sus arts. 8, 11, 55 y 70, clasificando al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido o temporal, y señalando que los procesos de selección deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

El artículo 55, apartado 1, del EBEP dispone que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y el artículo 70 establece la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos dentro del plazo improrrogable de tres años.

2.2.4. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

El artículo 1, apartado 3, de la Ley 20/2021 introdujo la disposición adicional decimoséptima en el EBEP, que establece las siguientes directrices:

a) Prevención de irregularidades en contratos y nombramientos: Las Administraciones Públicas deben evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en los nombramientos de personal funcionario interino.

b) Exigencia de responsabilidad: Las "actuaciones irregulares" en contratación temporal generarán la exigencia de las responsabilidades correspondientes, conforme a la normativa vigente en cada Administración Pública.

c) Compensación por contratación irregular: En caso de una contratación temporal irregular, el trabajador tendrá derecho a una compensación adicional, calculada como la diferencia entre el importe máximo resultante de aplicar veinte días de salario por año de servicio (hasta un máximo de doce mensualidades) y la indemnización que corresponda al finalizar el contrato.

2.2.5. Las leyes de presupuestos generales del estado para los años 2017 y 2018

La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (que reemplaza a la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos de 2017) estipula que la condición de "trabajador indefinido no fijo" solo puede concederse mediante resolución judicial.

Además, establece que las "actuaciones irregulares" en contratación temporal, realizadas por los órganos competentes en materia de personal de las Administraciones Públicas y del Sector Público Instrumental, darán lugar a la exigencia de responsabilidades, de conformidad con la normativa vigente en cada Administración Pública.

3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE CARÁCTER FIJO

Para el sector privado, el artículo 15 del ET y el Real Decreto 2720/1998 regulan la contratación temporal conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, previniendo abusos en la sucesión de contratos temporales. Estas medidas incluyen:

a) Adquisición de la condición de trabajador indefinido por fraude de ley: Los contratos temporales celebrados en fraude de ley se consideran indefinidos desde su inicio.

b) Límite en la sucesión de contratos: La sucesión de contratos temporales se limita a veinticuatro meses dentro de un período de treinta meses, y los procesos de selección para cubrir puestos de trabajo para los que se haya contratado a un interino no deben exceder los tres meses.

c) Sanción por abuso de temporalidad: El incumplimiento de estas disposiciones convierte la relación laboral en indefinida, equiparando al trabajador con los empleados indefinidos de la empresa y neutralizando los efectos del abuso de temporalidad.

Por consiguiente, cuando el empleador es una empresa privada que no forma parte del sector público, ninguna duda ofrece sobre la adecuación de tales preceptos legales a la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En ese caso, la aplicación de las normas de derecho interno conduce a calificar a todos los efectos como indefinida la relación laboral concertada con abuso de la contratación temporal. Lo que supone equiparar íntegramente al trabajador que ha sido objeto de una contratación temporal abusiva con los trabajadores indefinidos de la misma empresa, compensando de esta forma los efectos perjudiciales sufridos por el trabajador abusado. Se trata de una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración

En el ámbito público, el Derecho español permite la contratación de personal laboral conforme a las disposiciones del ET, siempre que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad, garantizados en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la CE.

Por su parte, los artículos 11.3 y 55.1 del EBEP reconocen el derecho de todos los ciudadanos de acceder al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que deben regir en todo caso los procedimientos de selección del personal laboral.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad son por lo tanto aplicables a todas las modalidades de acceso al empleo público, tanto a los funcionarios como al personal laboral. No hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la CE es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. El propio Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el art. 14 de la CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, otorgando de esta forma una protección igualmente aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado (fundamento jurídico 8; STC 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, *ECLI*:ES:TC:2015:236)[5].

A esos efectos, como señala en su apartado 43 la STJUE de 20 de junio de 2019, (asunto C-72/18, USTARIZ ARÓSTEGUI) (ECLI:EU:C:2019:516), los Estados miembros disponen de la facultad de apreciación en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas, y pueden, "sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo Marco, establecer requisitos para el acceso a condición de funcionarios de carrera y las condiciones de trabajo de tales funcionarios. Lo que supone admitir que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación para regular los requisitos y condiciones de acceso al empleo público.

[5] Véase al respecto la STC 236/2015 cuando dice "*Si bien las mencionadas garantías del ar. 23.2 CE solo se dispensan a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 4). Protección que debe entenderse también aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral durante la vigencia de la relación laboral que les vincula con la Administración. En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE".*

En ese contexto, y dentro de ese margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, conforme al derecho español, el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad constituye un requisito de acceso a la condición de empleado laboral fijo del sector público, sin cuyo cumplimiento no es posible adquirir tal condición.

4. LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO RESPUESTA A LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

Según el artículo 15 del ET, la relación laboral de un trabajador irregularmente contratado como temporal debe considerarse indefinida. Sin embargo, el artículo 103.2 de la CE establece que el acceso al empleo público debe realizarse mediante procesos selectivos que respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión Europea obliga a garantizar la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros.

Para armonizar estas disposiciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la figura del trabajador indefinido no fijo en el sector público como solución en casos de abuso de contratación temporal. Esta figura se emplea cuando un organismo público utiliza contratos temporales de manera sucesiva y abusiva, pero no puede ofrecer al trabajador la condición de personal fijo por la falta de un proceso selectivo que cumpla los principios mencionados. En estos casos, el contrato temporal pasa a ser indefinido no fijo desde su inicio, garantizando la estabilidad del vínculo laboral hasta la cobertura definitiva de la plaza mediante el proceso reglamentario correspondiente. Cuando la plaza es cubierta, la relación laboral del trabajador indefinido no fijo se extingue con una indemnización de veinte días por año de servicio, la cual no procede si la temporalidad fue legítima y no abusiva.[6]

Durante el tiempo en que el trabajador permanece en esta condición, la jurisprudencia le otorga los mismos derechos que a un trabajador fijo, incluidos los de remuneración, promoción y otros beneficios. Además, si el cese de un trabajador indefinido no fijo ocurre bajo la premisa de un término temporal inexistente, se considera despido nulo, lo que obliga a la readmisión del trabajador. En caso de despido improcedente, también recibe la misma indemnización que un trabajador fijo.

Como ya hemos indicado anteriormente, la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo puede originarse de dos maneras: cuando el contrato inicial es ilegítimo desde el comienzo o cuando, siendo válido en su origen, su prolongación se vuelve abusiva debido a la falta de un proceso de selección. La doctrina de la Sala IV desde el año 2021 determina que si la relación laboral de carácter temporal supera el plazo máximo de tres años establecido para que las administraciones públicas completen el proceso de selección para las plazas cubiertas de manera provisional, el contrato temporal se considera abusivo y se convierte en indefinido no fijo.

[6] Cavas Martínez, F.: "El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 10, número 3, 2022, ISSN 2282- 2313. "*La figura del trabajador "indefinido no fijo" constituye así una verdadera contradictio in terminis, de modo que para el personal laboral temporal contratado irregularmente y/o en fraude de ley en la Administración Pública no rige la consecuencia de atribución de fijeza en el puesto de trabajo que se viniera desempeñando, sino únicamente su consideración como contratado por tiempo indefinido, con derecho a ocupar la plaza hasta que la misma se cubra por el procedimiento implementado al efecto o hasta que se decida su amortización. De este modo, la habitual identificación entre duración indefinida y fijeza que se aplica en el sector privado no opera en el ámbito del empleo público, donde se puede ser personal indefinido pero no fijo, como se comprueba en los arts. 8 y 11 EBEP, donde se clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido y temporal. La incidencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el régimen de acceso a un empleo en el sector público justifican esta solución especial respecto de la general aplicable en estos casos cuando las mismas irregularidades se cometen en empresas del sector privado, sin que el TC haya advertido tacha de inconstitucionalidad alguna*"

El concepto de trabajador indefinido no fijo ha evolucionado a lo largo de más de veinte años de jurisprudencia, caracterizándose por un proceso interpretativo del Tribunal Supremo que se puede sintetizar en varias fases.

En una primera fase en STS de 27 de noviembre de 1989, se establece que las irregularidades en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas no pueden, por sí solas, convertir un contrato temporal en indefinido, a menos que se sigan los principios de publicidad y mérito.

En una segunda fase, el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de octubre de 1996, establece que el carácter indefinido de un contrato no implica que el trabajador obtenga automáticamente una condición de fijeza sin haber superado los procedimientos de selección. Se enfatiza que la provisión regular del puesto de trabajo es obligatoria y que la falta de cumplimiento puede llevar a la extinción del contrato.

Como se menciona en la STS del 20 de enero de 1998, "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término", pero esto no significa que el trabajador obtenga una fijeza sin pasar por los procedimientos de selección adecuados.

En una tercera fase en la STS de 14 de octubre de 2013 (rec. 68/2013) señala que, a pesar de que los contratos de personas trabajadoras indefinidas no fijas podrían considerarse equiparables a los contratos de interinidad y que la extinción de estos contratos por causas distintas a la cobertura reglamentaria de la plaza justifica la aplicación de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET para evitar un trato desigual injustificado. Este criterio ha sido reiterado en varias sentencias posteriores, lo que indica una tendencia hacia el reconocimiento de derechos de indemnización para los trabajadores indefinidos no fijos en virtud de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, en caso de amortización simple como medida dirigida a evitar el uso abusivo de la contratación temporal (STS 24 de junio de 2014, rec. 217/2013) (ECLI:ES:TS:2014:3081).

La STS del pleno 257/2017, de 28 de marzo (rec. 1664/2015), (ES:TS:2017:1414) tras un examen "profundo" del asunto, se replanteó la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en el supuesto de extinción del contrato por cobertura reglamentaria de la plaza, lo que le llevó a fijar un nuevo criterio cuantitativo, consistente en la indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades del artículo 53.1 b) ET.[7]

Precisa la STS 257/2017, de 28 de marzo, que la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual por causas objetivas, sino porque la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 21 de noviembre de 2018, C-619/17, asunto DE DIEGO PORRAS II, (ECLI:EU:C:2018:936) ha entendido que la indemnización prevista en el artículo 49.1 c) ET no puede ser calificada como una medida eficaz contra el uso abusivo de la contratación temporal (STS 13 de marzo de 2019, rec. 3970/2016).

[7] La STJUE de 14 de septiembre 2016 (C-596/14, asunto DIEGO PORRAS), (ECLI:EU:C:2016:683) fue resuelto por el TSJ Madrid (sentencia 5 de octubre 2016, rec. 246/2014) confirmando el derecho a la percepción de una indemnización de veinte días a una trabajadora interina por sustitución del Ministerio de Defensa al reincorporarse la liberada sindical a la que sustituía después de 7 años entendiéndose que no existía una razón objetiva que justificara un trato diferenciado entre la indemnización por extinción del contrato por cumplimiento del término y la derivada por causas objetivas de los indefinidos.

La doctrina desarrollada por la Sala IV a partir de la sentencia del Pleno de 28 de junio 2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454), dictada a raíz de la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19 (Caso IMIDRA), el Tribunal Europeo, matizando y modificando previos pronunciamientos (SSTJUE 21 de noviembre de 2018 (C-691/17), asunto DE DIEGO PORRAS II; 5 de junio de 2018 (C-677/16) asunto MONTERO MATEOS; 5 de junio de 2018 (C-574/16) GRUPO NORTE FACILITY, 22 de enero de 2020 (C-1761/18) asunto BALDONEDO MARTÍN; 19 de marzo de 202 (C-103/18 y C-429/18) asunto SÁNCHEZ RUIZ y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ)[8], admitió la utilización de los contratos de interinidad por vacante hasta la finalización del proceso de cobertura de la plaza, pero condicionando su validez al requisito de que se respetara un plazo cierto, preciso y determinado para la convocatoria y finalización de tal proceso (considerando el Tribunal que el plazo de tres años del art. 70 del EBEP era en principio adecuado a estos efectos), todo ello en aplicación e interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en concreto de la Cláusula 5 del citado Acuerdo Marco.

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo expresa una nueva doctrina según la cual una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada (hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva,) ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.

Con carácter general, la legislación laboral no establece un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4.2 b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre), normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución, en tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente.

Para evitarlo, el Tribunal Supremo en aplicación de la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga, entendiendo que dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco sobre contratación

[8] STJUE 5 de junio y 21 de noviembre 2018, Asunto De Diego Porras II, Grupo Norte-Montero Mateos, no se considera discriminatorio el no establecimiento de indemnización por fin de contrato de interinidad finalizado a la reincorporación del trabajador, no existe discriminación si existen razones objetivas y la razón objetiva radica en que la indemnización prevista para el despido por causas objetivas (art. 53, apartado 1, letra b, ET) persigue compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador, quien no sabía cuándo ni bajo que circunstancias concretas se pondría fin a su relación. En cambio, cuando existe un contrato de interinidad no se contempla indemnización (art. 49, apartado 1, letra c, ET) ya que desde el mismo momento de celebrar el contrato sabe cuál es la condición que le pondrá fin y por tanto no hay sorpresa ni frustración que merezca indemnización.

determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) reafirma que los trabajadores indefinidos no fijos están comprendidos en el ámbito del Acuerdo Marco y rechaza normativas que no prevén medidas efectivas para evitar abusos en la contratación temporal. La sentencia también critica la falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional español para prevenir abusos en la temporalidad en el sector público, permitiendo que, en ausencia de estas, los contratos temporales puedan transformarse en contratos fijos como sanción por el abuso.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que la figura del trabajador indefinido no fijo es una respuesta jurídica frente a los abusos en la contratación temporal en el sector público, protegiendo los derechos del trabajador y garantizando el derecho del empleador a convocar las plazas mediante concurso público.[9]

5. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA

En la STJUE de 22 de febrero de 2024, se establecen dos puntos clave sobre la situación de los trabajadores indefinidos no fijos: primero, que deben considerarse como trabajadores con contratos de duración determinada según el Acuerdo Marco, y, segundo, que los contratos indefinidos no fijos, cuando no se convocan los procesos selectivos correspondientes, se prorrogan automáticamente bajo el mismo criterio de temporalidad.

Estas conclusiones no contradicen la jurisprudencia nacional sobre el régimen jurídico del contrato indefinido no fijo, sino que son compatibles con el derecho español y con el derecho de la Unión, lo cual permite su aplicación sin interpretación contraria a la legislación nacional. Así, el trabajador indefinido no fijo se considera con contrato de duración determinada debido a la causa extintiva desde el inicio de la relación laboral. Asimismo, la prolongación indefinida de este tipo de relación, mientras se espera la convocatoria del proceso selectivo, equivale a una prórroga automática de un contrato temporal.

La STJUE de 22 de febrero de 2024 también plantea que la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, que actualmente se aplica a los contratos indefinidos no fijos, podría contradecir el Acuerdo Marco al no diferenciar si la contratación sucesiva es abusiva o legítima. En

[9] Desdentado Bonete, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada", *Revista de información laboral*, núm. 10, 2018, pp.17-45. Creador, de la jurisprudencia (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998) que dio carta de naturaleza a los trabajadores indefinidos no fijos en el sector público indefinidos como sanción al incumplimiento por las Administraciones públicas de la legislación laboral sobre la contratación laboral, pero no fijos por impedirlo los principios constitucionales rectores de acceso al empleo público, de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), y en el que mostró su gran desencanto ante la evolución seguida por su criatura institucional de la mano de la jurisprudencia, que sucesivamente había considerado esa relación laboral sometida a condición resolutoria, a término resolutorio y como contrato indefinido *sui generis* y reconocido a esos trabajadores un inexistente, a su juicio, derecho a la promoción en el marco de su tipo contractual propio, ante la escandalosa inactividad de las Administraciones públicas en la convocatoria de procesos selectivos para la provisión de las plazas ocupadas temporalmente por estos trabajadores de temporalidad indefinida, y ante la consiguiente crisis de la figura contractual, inservible para evitar la laboralización de la función pública y para garantizar la defensa de los de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso fijo al empleo público por la pasividad de los órganos públicos concernidos. Acabó propiciando, con otros autores, la nulidad indemnizada de los contratos temporales irregulares y la terminación de los indefinidos no fijos para impedir que esa contratación irregular acabara convirtiendo la relación laboral no fija en fija.

derecho español, la condición de trabajador indefinido no fijo se otorga como protección contra abusos en la contratación temporal en el sector público. Este estatus se reconoce cuando la administración pública ha incurrido en abuso de temporalidad, y no constituye un tipo de contrato de trabajo per se, sino una situación creada para sancionar el abuso de contratos temporales.

Es factible que un contrato de duración determinada en el sector público se ajuste a derecho sin devenir en indefinido no fijo, y por tanto, no da lugar a indemnización. Como lo establece la STJUE de 5 de junio de 2018, (asunto C-677/16 MONTERO MATEOS) que ha refrendado que el art. 49.1 letra c) del ET es conforme al Acuerdo marco, al declarar que que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede por tanto un contrato temporal legítimo no requiere indemnización al término del mismo. La indemnización de veinte días solo se aplica en contratos temporales que son abusivos o ilegítimos.

La jurisprudencia del TJUE ha señalado que el Acuerdo Marco no impone una obligación de transformar contratos temporales abusivos en contratos fijos, sino de aplicar medidas efectivas que sancionen la temporalidad abusiva. Así, en derecho español, la calificación de indefinido no fijo y su indemnización pueden considerarse una medida adecuada para sancionar el abuso, cumpliendo con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sin transformar a los trabajadores en personal fijo, lo cual solo corresponde a quienes superen el proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En conclusión, la indemnización de veinte días por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades por contrato abusivo en los casos de relación indefinida no fija, puede verse como una medida legal adecuada que permite una aplicación armoniosa del derecho de la Unión y la normativa nacional.

6. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024: PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL[10]

La sentencia de 22 de febrero de 2024 el Tribunal de Justicia resuelve tres peticiones de decisión prejudicial acumuladas, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la

[10] La STJUE de 22 de febrero de 2024 asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, (ECLI:EU:C:2024:149) MP c. Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), e IK y Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid. Los demandantes en los litigios celebraron varios contratos de trabajo temporales sucesivos, habiendo sido recalificada la relación laboral por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 27 de diciembre de 2007, y por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, de 29 de septiembre de 2001, como "relación laboral indefinida no fija". El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, es el órgano jurisdiccional que planteó las peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE), que, por resolución de 27 de abril de 2022, acordó la acumulación de los tres asuntos a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia. Las dudas del tribunal de suplicación se sustanciaron en la formulación de 14 cuestiones prejudiciales en el asunto C-59/22, 12 en el asunto C-110/22, y 6 en el asunto C-159/22, siendo iguales las cuestiones prejudiciales 1ª a 5ª de las asuntos C-59/22 y C-110/22; las cuestiones prejudiciales 6ª y 7ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y 1ª y 2ª del asunto C-159/22; las cuestiones prejudiciales 8ª y 9ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 3ª en el asunto C-159/22; y la 12ª en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 6ª del asunto C-159/22.

Administración Pública correspondiente y la incompatibilidad de la regulación de su indefinición temporal o falta de fijeza por nuestro Derecho, de factura jurisprudencial, con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Esa indefinición temporal del contrato de trabajo indefinido no fijo, al que se llega desde una previa situación de irregularidad en la contratación laboral en el sector público, produce temporalidades de larga duración por la falta de convocatoria en el tiempo legalmente previsto de las plazas temporalmente desempeñadas por los trabajadores indefinidos no fijos, temporalidades que pueden resolverse inopinadamente por la amortización o cobertura definitiva de la plaza por otro trabajador con la consiguiente extinción del contrato indefinido no fijo indemnizada, por decisión jurisprudencial, con 20 días de salario por año de servicios con el máximo de una anualidad por equiparación con el despido objetivo procedente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) declara:

— Las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.

— La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe

interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5".

Los efectos "institucionales" y prácticos de esta sentencia del Tribunal de Justicia son de gran relevancia. Aunque su jurisprudencia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco es muy numerosa e insistentemente desautorizatoria de nuestra jurisprudencia, es difícil encontrar en ella una habilitación de modificación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo formulada con tal explicitud, aunque esa llamada abierta a la modificación posea la relativa contención de dirigirse a hacer compatible la interpretación de disposiciones de nuestra Constitución con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Sin embargo, la sentencia no deja de decir, literalmente, que esa modificación de la "jurisprudencia nacional", que corresponde al tribunal remitente, y a todos los jueces y tribunales que decidan litigios iguales, ha de hacerse para corregir una interpretación de las disposiciones nacionales, "incluso constitucionales" (apartado 138 y fallo, 7), contraria a los objetivos de la Directiva. [11]

La aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de los órganos judiciales españoles ha dado lugar a diversas interpretaciones en los numerosos litigios relacionados con la calificación del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada en el sector público. Esto ha llevado incluso al propio órgano judicial que planteó las cuestiones prejudiciales a resolver los litigios en el sentido de que la STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite calificarla como indefinida no fija, cumpliendo así con las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, según lo establecido en la jurisprudencia nacional. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Pleno,

[11] Casas Baamonde, M.E.: "Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024.

ha resuelto, finalmente, en esta línea, admitiendo que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no es posible declarar fijos a los indefinidos no fijos de larga duración. En cuanto a la interina por vacante, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se le ha reconocido la condición de indefinida no fija (STSJ Madrid de 10 de abril 2024, recursos 830, 753 y 797/2021).

Por las razones que se expondrán a continuación, la Sala IV del Tribunal Supremo también tiene dudas sobre cómo aplicar los preceptos considerados en la STJUE de 22 de febrero de 2024 y sobre la respuesta que esta ofrece a las cuestiones planteadas. Por ello, es crucial obtener una aclaración del Tribunal de Justicia sobre si la doctrina del Tribunal Supremo, que limita el reconocimiento de la condición de trabajo fijo en el sector público a quienes acceden al empleo público tras superar un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, es compatible con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Esta doctrina califica como indefinida no fija la relación laboral de los trabajadores temporales contratados de manera ilegítima o en abuso de contratos de duración determinada.

Para facilitar la comprensión del argumento del Alto tribunal para el planteamiento de la cuestión prejudicial y siguiendo los puntos clave de la misma y que se señalan a continuación:

1) El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2) La libre circulación de trabajadores incluye la posibilidad de participar en las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público.

3) El empleo desempeñado por la trabajadora demandante no es de los excluidos de la libre circulación.

4) El cumplimiento de las normas (españolas y de la UE), requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido para que puedan optar al mismo cuantas personas (del ámbito UE) así lo deseen.

5) La figura del indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita.

6) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc.) sin perjuicio de requerir a la Administración empleadora para que la plaza sea convocada a concurso público.

7) Además de las normas sobre responsabilidad de quienes cometen los abusos en la contratación pública, la jurisprudencia viene reconociendo en favor del indefinido no fijo cesado por no superar las pruebas convocadas, en su caso, una indemnización compensatoria equivalente a la de las personas despedidas por crisis económica.

8) El cese de un trabajador indefinido no fijo por cualquier causa diversa a la apuntada es tratado como el de un empleado fijo.

9) El cese de un trabajador al que se le ha reconocido la condición de indefinido no fijo, invocando la llegada de un término temporal (que es inexistente) aboca a la declaración de que existe un despido nulo (con obligada readmisión).

10) Diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

De todo lo cual resulta, que la declaración de que una persona debe ser considerada como indefinido no fijo en el Derecho español: a) Defiende su derecho a seguir trabajando (pese a que accedió solo para un periodo temporal); b) Reclama del empleador la convocatoria de la plaza; c) Asigna una indemnización equivalente a la del despido por problemas empresariales en caso de no superar las pruebas convocadas; d) Descarta que pueda invocarse un término final para extinguir el contrato; e) Extiende al indefinido no fijo todos los derechos del personal fijo.

En conclusión, determina el Tribunal Supremo que estando en juego tanto el derecho a la no discriminación y la libre circulación de cuantas personas quisieren intentar acceder al empleo público desempeñado por quien solo debía haberlo hecho de modo temporal y que existen numerosas garantías y cautelas para proteger a estas personas indefinidas no fijas, pero sin concederles la definitiva propiedad del puesto desempeñado, se estima necesario, para resolver de modo definitivo la contienda suscitada, que el Tribunal de Justicia despeje la duda de si la expuesta construcción sobre los indefinidos no fijos se opone al Derecho de la UE en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo.

Recapitulando todo lo que se lleva dicho, en nuestro derecho interno el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral indefinida no fija obedece a la consideración ilegítima o abusiva de la utilización de los contratos de duración determinada por parte de los empleadores del sector público. Por otra parte, las convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores temporales, entre ellos los indefinidos no fijos, tienen como uno de sus objetivos el de reparar el carácter ilegítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada en el sector público.

Con esa base se plantean al Tribunal de Justicia por el Tribunal Supremo en Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Auto de 30 mayo 2024, Rec. 5544/2023, eleva cuestión prejudicial al TJUE relativa a la situación jurídica del personal laboral temporal del sector público las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera cuestión, principal: ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?

Segunda cuestión, de carácter subsidiario, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea la de declarar que la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco: ¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

7. CONCLUSIONES

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establece una serie de medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público en España y reconoce que las regulaciones anteriores no han logrado disminuirla indicando además, la falta de convocatorias regulares para procesos selectivos y que los procedimientos no se llevan a cabo con la agilidad requerida. Esto ha generado una situación estructural en las administraciones públicas que recurren con asiduidad al nombramiento de trabajadores interinos y personal temporal.

La ley menciona explícitamente la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco así como la interpretación que el TJUE realiza de la misma estableciendo la obligación de implementar medidas efectivas para disuadir y sancionar el abuso de la temporalidad.

Por otro lado, la disposición adicional decimoséptima del EBEP prevé un régimen de responsabilidades conforme a la normativa vigente en cada Administración Pública, en caso de incumplimiento de las medidas mencionadas, sin definir de forma clara y precisa en qué consiste el referido régimen de responsabilidades dejando la determinación del mismo, a la "normativa vigente" de cada Administración, todo lo cual se estima que vacía de contenido la propia disposición y abre la vía judicial como medio para la fijación de las referidas responsabilidades.

Los procesos de estabilización del empleo público dirigidos a cubrir las plazas ocupadas de manera interina así como la realización de convocatorias excepcionales para aquellas plazas cubiertas de forma temporal, se vislumbra como medida poco o nada eficaz, en tanto en cuanto las administraciones públicas siguen contratando personal bajo la modalidad contractual temporal para cubrir necesidades de carácter estructural, amén de que los referidos procesos de estabilización (como todos los procedimientos administrativos) son extremadamente largos pudiendo extenderse en el tiempo durante años.

Posiblemente la solución pase por el establecimiento de una indemnización equivalente a la fijada para el despido improcedente como medida adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y ello para los casos de extinción causal del contrato de trabajo por cobertura legal de la plaza ocupada temporalmente durante un periodo de tiempo inusualmente largo como sanción efectiva y disuasoria para el ente público incumplidor de la normativa laboral en la contratación temporal toda vez que lo que se debe indemnizar es la pérdida de un empleo o de unas determinadas oportunidades de empleo, lo que la convierte en una indemnización que ha de calcularse sobre los mismos parámetros que una indemnización por despido, en este sentido se han pronunciado diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, STSJ Andalucía\Sevilla 14 de marzo 2024, rec.775/2022, STSJ Cataluña 12 de abril 2024, rec. 6615/2023, STSJ Cataluña 20 de marzo 2024, rec. 7244/2023.

En aplicación del principio de equivalencia[12], la indemnización por la vulneración del Derecho de la Unión así resultante no puede ser inferior a la que se aplicaría en una situación análoga en el Derecho interno, lo que nos lleva a la aplicación de la que resultaría en la legislación para un despido improcedente, además que en aplicación del principio de efectividad, la indemnización por vulneración del Derecho de la Unión debe compensar el daño real de forma íntegra, objetivo que no se

[12] STJUE 18 de marzo 2018 (C-494/16) asunto SANTORO, (ECLI:EU:C:2018:166) la indemnización no debe ser inferior a la que se aplicaría conforme al Derecho interno a un trabajador que fuera objeto de despido en virtud de una contratación temporal ilícitamente prolongada o encadenada.

alcanza con el establecimiento de una indemnización de veinte días por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades.[13]

Así mismo, y para el caso de una extinción contractual "sin causa" por no ser cubierta la plaza ocupada temporalmente de forma abusiva por los procedimientos de selección de personal legalmente establecidos y conforme los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, la solución podría venir dada por la consideración de nulidad de la decisión extintiva del organismo público con obligación de reposición del trabajador indefinido no fijo en su puesto de trabajo, hasta su cobertura legal, con abono de los salarios dejados de percibir durante el proceso.

Compartimos no obstante el criterio del Tribunal Supremo y de la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, de no admitir que, por la vía de la contratación irregular, se pueda obtener la condición de fijo[14] en el empleo público sin pasar por los procedimientos establecidos en los que puedan participar todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y en los que se garantice en todo caso, una selección objetiva, conforme a los criterios de mérito y capacidad. [15]

Habrá que esperar por tanto la respuesta del TJUE a la cuestión que planteada por el Tribunal Supremo[16], entendiendo que en todo caso deben erradicarse los abusos en la temporalidad de la contratación de personal por parte de las Administraciones Públicas vislumbrándose necesaria una reforma legislativa en profundidad tanto del EBEP como de la Ley de Procedimiento Administrativo, no solo en lo referente al acceso a la función pública mediante el establecimiento de procedimientos ágiles y eficaces que garanticen los principios constitucionales sino también estableciendo sanciones efectivas y definidas para el caso de incumplimientos por parte de los entes públicos.[17]

[13] STJUE 13 de junio 2024 (C-331/22 y C-332/22), asunto DEPARTAMENTOS DE PRESIDENCIA Y DE JUSTICIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, (ECLI:EU:C:2024:496) declara que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además, señala que una compensación como la contemplada en el artículo 2 de la Ley 20/2021 tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos.

[14] STJUE 13 de junio 2024 (C-331/22 y C-332/22), asunto DEPARTAMENTOS DE PRESIDENCIA Y DE JUSTICIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, (ECLI:EU:C:2024:496) señala que a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

[15] Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión a fijo no es posible. ¿Qué hacemos?", *El Foro de Labos*, 7 de mayo de 2024. "*En el empleo público laboral, la regla de la conversión del contrato temporal irregular en indefinido no es posible, porque infringe normas imperativas administrativas y constitucionales. El escollo es insalvable. Los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho"*.

[16] Chaves, J.R.: "Vuelta de tuerca del TJUE frente a los abusos de temporalidad: STJUE de 22 de febrero de 2024", *delajusticia.com. El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 22 de octubre de 2024.

[17] Monereo Pérez, J.L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2024.*"Sin estas responsabilidades reforzadas e individualizadas no habrá verdadero efecto disuasorio de la posible (y, desgraciadamente, frecuente) comisión de conductas del empleador público reconducibles a ilícitos atípicos, como el abuso y el fraude en la contratación laboral. (...) Ante esta situación jurídica de máxima gravedad,*

8. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Qué es un indefinido no fijo", "Abuso en la temporalidad del sector público: fijeza e indemnización tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 (C-59/22, C-110/22 y C-159/22 y la STJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y C-332/22)", *Blog de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz*, Octubre 2024.

Casas Baamonde, M.E.: "Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024

Cavas Martínez, F.: "El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Volumen 10, número 3, 2022.

Chaves, J.R.: "Vuelta de tuerca del TJUE frente a los abusos de temporalidad: STJUE de 22 de febrero de 2024", *delajusticia.com. El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 22 de octubre de 2024.

Desdentado Bonete, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada", *Revista de información laboral*, núm. 10, 2018.

Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión a fijo no es posible. ¿Qué hacemos?", *El Foro de Labos*, 7 de mayo de 2024.

Monereo Pérez, J.L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2024.

Roqueta Buif, R.: "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 442*,* 2020.

Sempere Navarro, A.V.*: "*Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

corresponde al legislador actuar y establecer medidas adecuadas que hagan compatible nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho Social de la Unión Europea. Medidas que deberían de ir más allá de la fracasada categoría de personal laboral calificada como indefinido no fijo".

Laborum

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Derecho Comparado y Derecho Extranjero
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 275-287

El subsidio de formación profesional para aprendices en Alemania[1]

The vocational training allowance for trainees in Germany

Holger Brecht-Heitzmann *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo
Campus de Schwerin (Alemania)

Sumario

1. INTRODUCCIÓN
2. FINALIDAD DEL SUBSIDIO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
3. REQUISITOS GENERALES
   3.1. Formación profesional susceptible de prestarse
   3.1.1. Formación profesional empresarial reconocida por el Estado
   3.1.2. Contrato de formación profesional
   3.1.3. Formación inicial y segunda formación excepcional, así como interrupción de la formación
   3.1.4. Ayuda en el extranjero
   3.2. Personas con derecho al subsidio
   3.2.1. Vivir fuera del hogar paterno
   3.2.2. Motivos justificados para vivir fuera
   3.2.3. Ayuda a extranjeros
   3.3. Necesidad
   3.3.1. Necesidad de manutención
   3.3.2. Necesidad de gastos de desplazamiento
   3.3.3. Necesidad de otros costes
   3.3.4. Ingresos computables
   3.4. Duración del subsidio y concesión
   3.5. Especialidades
   3.6. Relación con otras prestaciones sociales
4. Conclusión

[1] Traducción al castellano, desde su alemán original (*Die Berufsausbildungsbeibehilfe für Auszubildende in Deutschland"*), de Jesús Martínez Girón.

Cita Sugerida: BRECHT-HEITZMANN, H.: «El subsidio de formación profesional para aprendices en Alemania». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 275-287.

Resumen

La formación profesional dual está muy difundida en Alemania, donde la formación práctica en la empresa se complementa con las clases teóricas de la escuela de formación profesional. Dado que las ayudas a la formación que abonan las empresas no suelen llegar a garantizar el sustento, los aprendices pueden percibir un subsidio de formación profesional. Este artículo explica los requisitos para acceder a esta prestación social.

Palabras clave

Alemania; Derecho de la Seguridad Social; Formación profesional empresarial; Garantía del sustento; Subsidio de formación profesional.

Abstract

Dual vocational training is very widespread in Germany, where practical in-company training is supplemented by theoretical vocational school lessons. As the training allowances paid by companies are often not sufficient to cover the costs of living, trainees may receive a vocational training allowance. This article explains the eligibility requirements for this social benefit.

Keywords

Germany; In-company vocational training; Livelihood security; Social security law; Garantía del sustento; Vocational training allowance.

1. INTRODUCCIÓN

Si se toma en consideración el desempleo juvenil en la Unión Europea, existe una gran diferencia entre dos Estados miembros: mientras que España, en septiembre de 2023, ocupa la primera posición con una cuota desestacionalizada del 27,6% de personas desempleadas menores de 25 años, Alemania ocupa el puesto más bajo de la lista con un 5,8%[2]. Como principal motivo del bajo desempleo juvenil, se aduce el modelo alemán de formación profesional de carácter dual. Se organiza simultáneamente un importante pilar para cubrir la necesidad de mano de obra especializada en Alemania, y se selecciona más de la mitad del grupo de edad como trabajadores de entrada en una actividad profesional cualificada. El sistema se califica como dual, porque la formación tiene lugar en dos lugares de aprendizaje, señaladamente en la empresa y en la escuela profesional. Durante la formación, como regla general, los aprendices están obligados a asistir a la escuela profesional, y disponen de permiso de la empresa a ese efecto. La asistencia a la escuela profesional es gratuita para los aprendices. Las empresas también se hacen cargo de los costes de la formación empresarial y pagan a los aprendices un subsidio de formación. La cuantía del subsidio se incrementa por cada año de formación y supone en promedio alrededor de un tercio del salario de entrada de la mano de obra especializada ya formada[3]. La Ley del salario mínimo (MiLoG)[4] no se aplica a la retribución de los empleados para su formación profesional, según el parágrafo 22, apartado 3, de la MiLoG. Los vacíos de financiación eventualmente existentes para los aprendices se cubren con el subsidio de formación profesional regulado en los parágrafos 56 y ss. del Libro III del Código de Seguridad Social[5].

En lo que sigue, se explicará en detalle el apoyo financiero a través del subsidio de formación profesional. Mi contribución se limita, en este caso, a las prestaciones a los aprendices en situación de formación profesional. En cambio, no se tratará el subsidio de formación profesional con ocasión de las actividades formativas preparatorias para una profesión, a que se refiere el parágrafo 51 del Libro III del Código de Seguridad Social, ni tampoco la formación en la fase previa de la asistencia, regulada en el parágrafo 74, apartado 1, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social.

2. FINALIDAD DEL SUBSIDIO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

El otorgamiento del subsidio de formación profesional se orienta a garantizar la existencia[6], y sirve por ello a la realización del derecho fundamental a un mínimo existencial digno[7], a que se refiere el artículo 1, apartado 1, en conexión con el artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal (GG)[8], supuesto que éste no se garantice por medio de la retribución de la formación. Con independencia de su situación financiera individual, debe posibilitarse a todos los aprendices una formación profesional básica, y simultáneamente con ella, promoverse su libertad profesional al amparo del artículo 12 de la GG[9]. Por eso, no sólo deben tenerse en cuenta los intereses de cada concreto aprendiz, sino que el

[2] Eurostat, euroindicadores 124/2023, 3 Noviembre 2023, https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/17791746/3-03112023-AP-DE.pdf/7660a79d-0a6f-0fd0-03c8-bfe76b87fbd3 (último acceso: 17.11.2023), pág. 5.

[3] Kultusministerkonferenz, Berufliche Ausbildung im Dualen System – ein international beachtetes Modell, https://www.kmk.org/themen/berufliche-schulen/duale-berufsausbildung.html (último acceso: 17.11.2023).

[4] Ley de 11.8.2014, BOF. I pág. 1348, últimamente modificada por Ley de 28.6.2023, BOF I Núm. 172.

[5] Código de Seguridad Libro Tercero – Promoción del Empleo, Ley de 24.3.1997, BOF I 594, últimamente modificada por Ley de 16.8.2023, BOF I Núm. 217.

[6] Tribunal Constitucional 28.9.2017, 1 BvR 1510/17, EuGRZ 2017, 716; Tribunal Federal de Seguridad Social 14.10.2020, B 11 AL 8/19 R, BeckRS 2020, 35058 (Marginal 20).

[7] Fundamental, Tribunal Constitucional 9.2.2010, 1 BvL 1/09, NJW 2010, 505. Cfr. también Brecht-Heitzmann, en: Seguridad Social para todas las Personas, 2021, pág. 1324, 1325.

[8] Ley de 23.5.1949, BOF pág 1, últimamente modificada por Ley de 19.12.2022, BOF I pág. 2478.

[9] Buser, en: Eicher/Schlegel (Editores), SGB III, situación: Enero 2020, § 56 marginal 2.

subsidio también procura la creación de pruebas documentales sobre las cualificaciones requeridas, en interés de la economía y de la sociedad[10].

El subsidio de formación profesional se paga por la Agencia Federal de Empleo, también si se trata de las típicas personas que carecen aún de cotizaciones suficientes para el seguro de desempleo. Esto se justifica por el carácter preventivo de dicha prestación de seguridad social: quien completa con éxito la formación profesional, se encontrará en menor riesgo de estar desempleado, como regla general, que la mano de obra no cualificada, y simultáneamente, en posición de pagar cotizaciones más elevadas durante su vida profesional[11].

3. REQUISITOS GENERALES

Las normas sobre el subsidio de formación profesional forman parte del Capítulo Tercero del Libro III del Código de Seguridad Social, en el que se trata de las políticas activas de empleo. De la regla básica, relativa a que las prestaciones de las políticas activas de empleo son prestaciones discrecionales, está explícitamente excluido el subsidio de formación profesional durante la formación profesional inicial, según el parágrafo 3, apartado 3, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social. Si concurre el supuesto de hecho, se tiene entonces derecho a la prestación, lo que comprende tanto el derecho al subsidio básico como su respectiva cuantía. El otorgamiento del subsidio de formación profesional, según el parágrafo 323, apartado 1, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, sólo se produce a instancia de parte. Ciertamente, el parágrafo 324, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social también posibilita una solicitud extemporánea, posterior al comienzo de la formación, y el otorgamiento retroactivo de la prestación está igualmente limitado al comienzo del mes de la solicitud, según el parágrafo 325, apartado 2, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social.

El parágrafo 56, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social es una norma fundamental. En su virtud, los aprendices tienen derecho al subsidio de formación profesional durante su formación, cuando la formación profesional sea susceptible de prestarse, pertenezcan al ámbito de personas con derecho al subsidio, y no dispongan, de otra manera, de los recursos necesarios para cubrir su manutención, los gastos de desplazamiento y el resto de los costes (necesidad conjunta). Estos requisitos se examinarán a continuación.

3.1. Formación profesional susceptible de prestarse

El parágrafo 56, apartado 1, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social menciona como requisito objetivo del subsidio de formación profesional que la formación profesional deba ser susceptible de prestarse. Esta característica objetiva se concreta en los parágrafos 57 y ss. del Libro III del Código de Seguridad Social.

3.1.1. Formación profesional empresarial reconocida por el Estado

Según el parágrafo 57, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, es necesario ante todo que se trate de formarse en una profesión reconocida por el Estado, al amparo de la Ley

[10] Tribunal Federal de Seguridad Social 23.5.1990, 9b/7 RAr 18/89, SozR 3-4100 § 40 Núm. 2; Tribunal Federal de Seguridad Social 12.10.2017, B 11 AL 20/16 R, BeckRS 2017, 137673.

[11] Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 56 Marginal 3.

de formación profesional[12], de la Ordenanza de la artesanía (HwO)[13], de la Ley del trabajo en el mar (SeeArbG)[14] o de partes determinadas de la Ley de asistencia sanitaria (PflBG)[15].

En el ámbito de los cuidados, se trata de las profesiones de cuidadoras o cuidadores de mayores, de cuidadores de la salud, y de cuidadoras o cuidadores de niños enfermos, y de hombres o mujeres prestadores de cuidados especializados[16]. En el trabajo en el mar, se trata únicamente de la formación para la profesión de mecánicas o mecánicos marinos[17]. La mayor parte de la formación profesional subsidiada se refiere a la Ley de formación profesional o a la Ordenanza de la artesanía. El Instituto Federal de Formación Profesional gestiona al respecto una lista de las profesiones reconocidas o comparables a formar, que comprende más de 300 profesiones susceptibles de formación[18].

La formación en cuidados requiere que se lleve a cabo exclusivamente en la empresa, de manera que no comprende la formación escolar o académica en cuidados[19]. En los demás ámbitos, la formación puede llevarse a cabo «empresarialmente o extraempresarialmente». Una característica de la formación profesional empresarial es la de que existen referencias aplicativas concretas en centros, y no formación teórico-sistemática, como sucede en la formación profesional escolar[20]. La «extraempresarial» se corresponde con la llamada «formación profesional supraempresarial» a que se refiere el parágrafo 5, apartado 2, número 6, de la BBiG, según el cual «se llevan a cabo partes de la formación profesional en instalaciones apropiadas externas a los centros de formación, cuando y supuesto que así lo requiera la formación profesional». Con esta salvedad, se tiene en cuenta la circunstancia de que muchas empresas no están en posición de prestar por sí mismas todos los contenidos formativos previstos en la regulación de la formación profesional en sus centros formativos empresariales[21].

3.1.2. Contrato de formación profesional

Entre el aprendiz y la empresa de formación profesional debe celebrarse, además, el contrato de formación profesional a que se refiere el parágrafo 57, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social (regulado en el parágrafo 10 de la BBiG, en el parágrafo 29, apartado 1, de la HwO, en los parágrafos 81 y ss. de la SeeArbG, o en el parágrafo 16 de la PflBG). En este sentido, el servicio competente —de la Cámara de la Industria y del Comercio, de la Cámara de la Artesanía o del Servicio de Formación del Mar— comprueba en el registro previsto y gestionado al respecto, si el contrato de formación profesional cumple los requisitos legales y se corresponde con la regulación formativa, y la aptitud personal y objetiva de los aprendices, la aptitud de los lugares de formación,

[12] En su nueva redacción de 4.5.2020, BOF I pág. 920, últimamente modificada por Ley de 16.8.2023, BOF I Núm. 217.
[13] En su nueva redacción de 24.9.1998, BOF I pág. 3074 y BOF 2006 I pág. 2095, últimamente modificada por Ley de 9.11.2022, BOF I pág. 2009.
[14] Ley de 20.4.2013, BOF I pág. 868, últimamente modificada por Ley de 14.3.2023, BOF I Núm. 73.
[15] Ley de 17.7.2017, BOF I pág. 2581, últimamente modificada por Ley de 11.7.2021, BOF I pág. 2754. En cambio, no cabe la mención de la Ley de cuidado de mayores, dado que esta Ley fue derogada con efectos de 31.12.2019, cfr. BOF 2020 I pág. 2581.
[16] Fundamentos jurídicos: §§ 58 apartado 2, 61 PflBG, §§ 58 apartado 1, 60 PflBG y §§ 1 apartado 1 pág. 1, 5 ss. PflBG.
[17] Baar/Wagner, en: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Editores), NK-SGB III, 7ª ed. 2021, § 57 Marginal 21 s. La base jurídica es el Reglamento sobre formación profesional en el trabajo en el mar (See-BAV) de 20.9.2013, BOF I pág. 3565, últimamente modificado por el Reglamento de 31.8.2015, BOF I pág. 1474, que fue promulgado con base en el § 92 SeeArbG.
[18] Bundesinstitut für Berufsbildung, Berufe nach Berufsbildungsgesetz/Handwerksordnung auf einen Blick, 2023, https://www.bibb.de/dienst/berufesuche/de/index_berufesuche.php/apprenticeships/? (último acceso: 20.11.2023).
[19] Actas de la Cámara Baja 18/7823, pág. 97.
[20] Hassel, en: Brand (Editor), SGB III, 9 ed.. 2021, § 57 Marginal 7.
[21] Wohlgemuth/Günther, en: Wohlgemuth/Pepping (Editores), HK-BBiG, 2ª ed. 2020, § 5 Marginal 42.

así como que se cumplan, en el caso de jóvenes, los requisitos sanitarios exigidos para la protección del trabajo de los jóvenes[22].

3.1.3. Formación inicial y segunda formación excepcional, así como interrupción de la formación

En principio, según el parágrafo 57, apartado 2, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, sólo se presta la formación profesional inicial. El solicitante tampoco dispone, tras la celebración del contrato, de una formación que se preste con una duración menor de dos años, según las normas federales o de los Estados federados[23]. Sin embargo, según el parágrafo 57, apartado 2, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, puede prestarse una segunda formación profesional, «cuando sea previsible que la inserción profesional duradera no pueda alcanzarse de otro modo, y se logre la inserción profesional, por medio de una segunda formación profesional». En caso de cumplirse estos requisitos, corresponde valorar a la Agencia Federal de Empleo si se requiere la segunda formación profesional[24].

La interrupción de la formación profesional no excluye la percepción del subsidio. Sin embargo, si se apoya la formación profesional interrumpida con un subsidio de formación profesional[25], según el parágrafo 57, apartado 3, del Libro III del Código de Seguridad Social, la reanudación del subsidio sólo es posible cuando la interrupción de la relación de formación profesional haya ocurrido por un motivo justificado.

3.1.4. Ayuda en el extranjero

En congruencia con el ámbito de aplicación del Libro Tercero del Código de Seguridad Social, el apoyo financiero con el subsidio de formación profesional se refiere a la realización de la formación profesional en el territorio federal, Sin embargo, en el parágrafo 58 del Libro III del Código de Seguridad Social, se regula en qué condiciones también resulta posible el apoyo financiero en el extranjero. En virtud del parágrafo 58, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, es apta una parte de la formación profesional realizada en el extranjero cuando esta parte resulte adecuada en el conjunto de la duración total de la formación profesional, y su duración no exceda de un año. Su carácter adecuado hay que valorarlo en el caso concreto, aunque en ese caso, con fundamento en el parágrafo 2, apartado 3, inciso 2, de la BbiG, la estancia en el extranjero no debe exceder normalmente de un cuarto de la duración de la formación establecida por la normativa de formación profesional[26].

Teóricamente, según el parágrafo 58, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, también puede apoyarse financieramente la formación profesional empresarial realizada a tiempo completo en el extranjero. Esto se reconduce a los países limítrofes y de la Unión Europea, y consecuentemente, de hecho a los Estados miembros de la UE y a Suiza. Al respecto, según el parágrafo 58, apartado 2, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, hay que confirmar a la oficina federal o de Estado federado competente que la formación profesional es comparable a la correspondiente formación profesional empresarial. La comparabilidad debe referirse a los

[22] Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 57 Marginal 27 s. Sin embargo, en el ámbito de los cuidados falta dicho Servicio competente y su correspondiente Registro.

[23] Lampe, en: Ambs/Feckler/Götze, entre otros, GK-SGB III, situación: November 2014, § 57 Marginal 24.

[24] Schön, en: Böttiger/Körtek/Schaumberg (Editores), LPK-SGB III, 3ª ed. 2019, Marginal 17.

[25] Cfr. Schmidt, en: Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching (Editores), BeckOK Sozialrecht, 70ª edición, situación: 1.9.2023, § 57 Marginal 2.

[26] Herbst, en: Schubert (Editor), jurisPK-SGB III, 3ª ed., situación: 15.1.2023, § 58 Marginal 27.

requisitos de admisión, los grados de enseñanza y los objetivos de aprendizaje[27]. Por otro lado, según el parágrafo 58, apartado 2, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, la formación profesional en el extranjero debe ser especialmente apta para alcanzar los objetivos formativos. Por causa de las exigencias de la formación profesional empresarial, el parágrafo 58, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social tiene de hecho un ámbito de aplicación restringido[28].

3.2. Personas con derecho al subsidio

Como requisitos ulteriores relacionados con el subsidio de formación profesional, el parágrafo 56, apartado 1, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social se refiere a que el aprendiz deba pertenecer al ámbito de personas con derecho al subsidio de formación profesional. En lo esencial, qué personas tienen derecho al subsidio lo determina el parágrafo 60 del Libro III del Código de Seguridad Social.

3.2.1. Vivir fuera del hogar paterno

Según el parágrafo 60, apartado 1, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, el aprendiz tiene derecho al subsidio para su formación profesional cuando vive fuera de la casa de sus padres o de uno de sus padres. Respecto de la cualidad de padres, hay que traer a colación los deberes de mantenimiento del Derecho de familia, de manera que están también comprendidos los padres adoptivos[29]. Vivir significa el alojamiento en el domicilio de los padres, por lo que es irrelevante el domicilio propio del aprendiz, si la vivienda es de propiedad de sus padres[30].

A pesar de sus implicaciones jurídico-constitucionales[31], el Tribunal Federal de Seguridad Social no ha considerado que la exclusión del apoyo financiero viole el principio de trato igual[32]. Sin embargo, se aplica una excepción a las personas con discapacidad, que tienen derecho al apoyo financiero a pesar de vivir en el domicilio de sus padres, según dispone el parágrafo 116, apartado 3, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social.

3.2.2. Motivos justificados para vivir fuera

Por lo demás, deben existir motivos justificados para que el aprendiz no viva en el domicilio de sus padres. La regla básica al respecto se establece en el parágrafo 60, apartado 1, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, y se refiere a que no pueda accederse a los lugares de formación, desde el domicilio de los padres, en un tiempo razonable. Se consideran lugares de formación normalmente la empresa que imparte formación profesional[33], a la que se accede, como regla, en el trayecto diario (de ida y vuelta, normalmente en la semana de cinco días), considerándose trayecto diario apropiado el que no exceda de hora y media[34].

---

[27] Buser, en: Eicher/Schlegel (Editores), SGB III, situación: Diciembre 2015, § 58 Marginal 51.

[28] Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 58 Marginal 22.

[29] Baar/Wagner, en: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Editores), NK-SGB III, 7ª ed. 2021, § 60 Marginal 6.

[30] Söhngen, jurisPR-SozR 10/2018 Anotación 2.

[31] Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 60 Marginal 17 con observaciones adicionales.

[32] Tribunal Federal de Seguridad Social 28.11.2007, B 11a AL 39/06 R, NJOZ 2008, 2255, 2257 ss. (Marginales 16 ss.); Tribunal Federal de Seguridad Social 3.12.2009, B 11 AL 38/08 R, BeckRS 2010, 68904 (Marginal 21).

[33] Herbst, en: Schubert (Editor), jurisPK-SGB III, 3ª ed., situación: 15.6.2023, § 60 Marginal 42. Excepcionalmente la escuela profesional también puede utilizarse cuando no pueda accederse al centro en bloque ordinario puntualmente con transporte público; Tribunal de Seguridad Social del Estado federado de Mecklemburgo-Pomerania Occidental 23.3.2022, L 2 AL 33/16, BeckRS 2022, 20472; concordando, Habel NZS 2022, 914.

[34] Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 60 Marginal 33, opinando con otros argumentos (carácter apropiado de dos o dos horas y media de tiempo de desplazamiento).

Justificaciones alternativas a la no accesibilidad de los lugares de formación en tiempo apropiado aparecen mencionadas en el parágrafo 60, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social. Según él, el parágrafo 60, apartado 1, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social no se aplica cuando el aprendiz:

— tiene 18 o más años de edad (parágrafo 60, apartado 2, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social) o

— está casado o tiene relación afectiva análoga (parágrafo 60, apartado 2, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social) o

— vive conjuntamente con al menos un hijo (parágrafo 60, apartado 2, número 3, del Libro III del Código de Seguridad Social) o

— no es razonable por motivos sociales graves vincular al formando al domicilio de sus padres (parágrafo 60, apartado 2, número 4, del Libro III del Código de Seguridad Social) o

— exista una discapacidad (parágrafo 116, apartado 4, del Libro III del Código de Seguridad Social).

3.2.3. Ayuda a extranjeros

Hasta 2019, el parágrafo 59 del Libro III del Código de Seguridad Social regulaba en qué medida podía apoyarse financieramente al nacional extranjero de un Estado con el subsidio de formación profesional. Tras la derogación de este precepto[35], se estableció en su lugar el parágrafo 60, apartado 3, del Libro III del Código de Seguridad Social, que sólo contiene restricciones más reducidas. La exclusión de la prestación a extranjeros, en virtud del parágrafo 60, apartado 3, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, se refiere a los que necesiten el permiso de residencia regulado en la Ley de asilo (AsylG)[36]. Los extranjeros admitidos, según el parágrafo 60, apartado 3, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, sólo tienen derecho al subsidio de formación profesional, si disponen de una autorización, estancia o permanencia ininterrumpidas de al menos 15 meses en Alemania. Lo que late en el fondo de estas restricciones es el hecho de que dichas personas puedan percibir[37] las prestaciones a que se refiere la Ley de los solicitantes de asilo[38].

3.3. Necesidad

Según el parágrafo 56, apartado 1, número 4, del Libro III del Código de Seguridad Social, existe el derecho al subsidio de formación profesional, cuando no estén de otro modo a disposición del aprendiz los recursos necesarios para cubrir la necesidad de manutención, los costes de desplazamiento y otro tipo de gastos (necesidad conjunta).

[35] Art. 1 Núm. 11 de la Ley de apoyo del empleo de extranjeros de 8.7.2019, BOF. I pág. 1029.
[36] En su nueva redacción de 2.9.2008, BOF I pág. 1798, últimamente modificada por Ley de 21.12.2022, BOF I pág. 2817.
[37] Actas de la Cámara Baja 19/10053, pág. 24 s.
[38] En su nueva redacción de 5.8.1997, BOF I 2022, últimamente modificada por Ley de 23.5.2022, BOF I pág. 760.

3.3.1. Necesidad de manutención

La necesidad de manutención se determina por el parágrafo 61 del Libro III del Código de Seguridad social, en conexión con la forma de alojamiento. En este caso, la norma se remite —con poca claridad— a las especificaciones de otras Leyes.

Quien vive en el domicilio de sus padres, según el parágrafo 116, apartado 3 o apartado 4, del Libro III del Código de Seguridad Social, sólo tiene derecho a la prestación en caso de discapacidad. Según el parágrafo 13, apartado 1, inciso 1, de la Ley federal del subsidio de formación profesional (BAföG)[39], asciende a 421 euros mensuales, complementados con 59 euros en concepto de necesidad de alojamiento, según el parágrafo 13, apartado 2, número 1, de la BAföG.

Quien está acomodado, con asistencia completa, en una residencia, un internado u otra forma habitacional con acompañamiento de carácter socio-pedagógico, según el parágrafo 61, apartado 2, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, recibe en concepto de manutención un máximo de 109 euros mensuales. Los costes de asistencia y alojamiento los percibe el gestor del alojamiento, en lugar de la cuantía determinada por los parágrafos 78a a 78g del Libro VIII del Código de Seguridad Social[40].

En cambio, a quien vive en su propio domicilio, su necesidad de manutención se le fija, según el parágrafo 61, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, en conexión con el parágrafo 13, apartado 1, número 1, y apartado 2, número 2, de la BAföG., en 421 euros mensuales, complementados con 360 euros en concepto de alojamiento.

3.3.2. Necesidad de gastos de desplazamiento

La necesidad de gastos de desplazamiento se regula en el parágrafo 63 del Libro III del Código de Seguridad Social. Según el parágrafo 63, apartado 1, inciso 1, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, hay que tomar en consideración los costes de los viajes entre el alojamiento, los lugares de formación y la escuela profesional, teniendo en cuenta los llamados viajes de cercanías

Adicionalmente, los gastos de desplazamiento se consideran necesarios cuando, al amparo del parágrafo 63, apartado 1, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, sea necesario un alojamiento distinto del propio, porque no pueda accederse a los lugares de formación desde el domicilio familiar en un tiempo apropiado. Esto ocurre cuando no puede accederse al lugar de formación desde el lugar del domicilio familiar en el ámbito usual de los viajes de cercanías, y el aprendiz pudiera aducir el abandono del domicilio de sus padres como una carga grave y constante en su vida[41]. Junto al viaje de ida y vuelta, se reconoce como necesario un viaje familiar mensual —o alternativamente, la visita a un pariente—, según el parágrafo 63, apartado 1, inciso 1, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social.

Sin embargo, si la formación profesional se lleva a cabo —en todo o en parte— fuera de Alemania, entonces sólo se pagan, en caso de que el lugar de formación esté en Europa, los costes de un viaje de ida y vuelta por cada medio año de formación (parágrafo 63, apartado 2, inciso 1, número 1, del Libro III del Código de Seguridad Social), y en caso de que el lugar de formación esté fuera de

[39] En su nueva redacción de 7.12.2010, BOF I pág. 1952 y BOF I 2012 pág. 197, últimamente modificada por Ley de 21.12.2022, BOF I pág. 2847.

[40] Código de Seguridad Social Libro Octavo – Ayuda de hijos y jóvenes, Ley de 11.9.2012, BOF I pág. 2022, últimamente modificada por Ley de 21.12.2022, BOF I pág. 2824, BOF 2023 I Núm. 19.

[41] Tribunal Federal de Seguridad Social 27.8.2008, B 11 AL 12/07 R, BeckRS 2009, 52206 (Marginal 19 s.).

Europa, por un año completo de formación (parágrafo 63, apartado 2,inciso 1, número 2, del Libro III del Código de Seguridad Social). Pueden tomarse en consideración, en casos excepcionales, los gastos necesarios para un viaje más de ida y vuelta, según el parágrafo 63, apartado 2, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social.

No se regula con claridad el supuesto de que la formación se lleve a cabo en Alemania, pero la familia viva en el extranjero. A diferencia de los viajes de cercanías, donde el parágrafo 63, apartado 3, inciso 3, del Libro III del Código de Seguridad Social establece un tope a los gastos correspondientes[42], falta una regulación análoga para los viajes familiares. En opinión de la Agencia Federal de Empleo, hay que tener en cuenta únicamente los costes de viajes en el ámbito de aplicación del Libro III del Código de Seguridad Social, lo que implica considerar la parte del viaje efectuada dentro de Alemania[43].

Según el parágrafo 63, apartado 3, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, se pagan los costes de desplazamiento en correspondencia a la cuantía que haya que pagar al usuario de un medio ordinario de transporte público en la tarifa más baja. Si se utiliza otro medio de transporte, la regulación legal remite a la cuantía de la compensación de distancias a que se refiere el parágrafo 5, apartado 1, de la Ley federal de costes de viajes[44], que asciende a 20 céntimos por kilómetro.

3.3.3. Necesidad de otros costes

La necesidad de compensar otros costes se establece en el parágrafo 64 del Libro III del Código de Seguridad Social. Según el parágrafo 64, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, hay que pagar por costes de ropa de trabajo una cantidad global, en cuantía de 15 euros mensuales. Por el cuidado de niños necesitados de vigilancia, el parágrafo 64, apartado 3, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social establece una cantidad global mensual de 160 euros por hijo menor de 14 años necesitado de vigilancia, sin exigencias adicionales[45].

Finalmente, el parágrafo 64, apartado 3, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social contiene una cláusula de cierre. Según ella, pueden reconocerse otros costes, supuesto que se relacionen inevitablemente con la formación profesional, que se pusiera en peligro en caso contrario la formación profesional, y que los costes tengan que ser asumidos por los aprendices o por quienes tengan derecho a formarlos.

3.3.4. Ingresos computables

De los costes determinados como necesidad completa por manutención, viajes y demás costes, hay que deducir para determinar la cuantía del subsidio de formación profesional los ingresos computables. La lista de ingresos computables se contiene en el parágrafo 67, apartado 1, números 1 a 3, del Libro III del Código de Seguridad Social:

1) Ingresos del aprendiz,

2) Ingresos del cónyuge o pareja, que no viva junto con el aprendiz de modo duradero, y

[42] Según el parágrafo 86 del Libro III del Código de Seguridad Social, son un máximo de 588 euros mensuales.

[43] Agencia Federal de Empleo, Fachliche Weisungen § 63 SGB III, situación: 1.8.2019, FW 63.1.5. Sobre problemática de la Unión Europea relacionada con esto y sus posibles soluciones, cfr. Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, Stand: 1.6.2018, § 63 Marginal 19.

[44] Ley de 26.5.2005, BOF I pág. 1418, últimamente modificada por Ley de 28.6.2021, BOF I pág. 2250.

[45] Petzold, en: Hauck/Noftz (Editores), SGB III, situación: Febrero 2023, § 64 Marginal 7.

3) Ingresos de los padres.

Para determinar los ingresos computables, el parágrafo 67 del Libro III del Código de Seguridad Social, con una serie de modificaciones, remite a la regulación correspondiente de la BAföG. Tienen importancia especial las cantidades exentas de cómputo. Según el parágrafo 23, apartado 1, inciso 1, de la BAföG., son 330 euros por el aprendiz, 805 euros por su cónyuge o pareja, y por cada hijo del aprendiz 730 euros. Según el parágrafo 24, apartado 1, de la BafögG, en los ingresos de los padres y en los ingresos del cónyuge o pareja, son determinantes, como regla, las relaciones de ingresos del año natural previo al comienzo del período de cálculo. Según el parágrafo 25, apartado 1, de la BafögG, la cantidad exenta asciende a 2415 euros, en caso de padres casados o en análoga relación afectiva que no vivan juntos duraderamente, y a 1605 euros en caso de cada concreto progenitor. Además, según el parágrafo 25, apartado 3, inciso 1, de la BafögG, permanece exenta al menos la mitad de los ingresos computables, por lo que aún pueden aumentar las deducciones dependiendo del número de hijos en formación y de otros factores[46]. En contraste con la BafögG (cfr. los parágrafos 26-30 de la BAföG), no se tienen en cuenta para el cálculo del derecho al subsidio de formación profesional las rentas de capital[47].

3.4. Duración del subsidio y concesión

El derecho al subsidio de formación profesional, según el parágrafo 69, apartado 1, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, existe durante el tiempo que dure la formación profesional. El pago del subsidio de formación profesional durante las ausencias por causa de enfermedad de hasta tres meses, durante las prohibiciones de ocupación por motivo de embarazo o por otras razones con pago continuado del salario o de la prestación salarial, lo regula el parágrafo 69, apartado 2, número 1, número 2 letra a, y número 3, del Libro III del Código de Seguridad Social.

El período de pago, en virtud del parágrafo 69, apartado 1, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, asciende ordinariamente a 18 meses. En él, los picos de sobrecarga se reducen, al comenzar en su mayor parte la formación en agosto o septiembre, y el número de convocatorias a realizar se reduce a dos en la mayoría de los casos[48].

En caso de modificación de circunstancias importantes, se produce una nueva convocatoria. En este sentido, el parágrafo 63, apartado 3, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social contiene una regla especial sobre los costes de desplazamiento, según la cual en caso de incrementos significativos de las tarifas de los viajes sólo deberá realizarse el ajuste previa solicitud de parte interesada, cuando del período de pago no hayan transcurrido al menos dos meses. En caso de incremento de las tarifas subsidiadas[49], el parágrafo 422, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social establece que dicho incremento no repercutirá sobre los pagos en curso. En el pasado reciente, sin embargo, se establecieron reglas especiales en los parágrafos 445, 445a y 455 del

[46] Exposición detallada sobre el cálculo de los ingresos, en Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.12.2017, § 67 Marginales 38-147, cfr. en caso de toma en consideración de ingresos presuntos en la empresa familiar, según eñ parágrafo 67, apartado 3, del Libro III del Código de Seguridad Social, Marginales 48 ss., y para la no toma en consideración de los ingresos de los padres, según el parágrafo 67, apartado 5, del Libro III del Código de Seguridad Social, cuando falta un derecho existente o realizable al mantenimiento, Marginal 134 s.

[47] Schmidt, en: Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching (Editores), BeckOK Sozialrecht, 70ª edición, situación: 1.9.2023, § 67 Marginal 2.

[48] Actas de la Cámara Baja 14/4731, pág. 28.

[49] Según el parágrafo 66 del Libro III del Código de Seguridad Social, en conexión con el parágrafo 35, inciso 1 y 2, de la BafögG, las tarifas oficiales y cantidades exentas, etc., hay que revisarlas cada dos años y teniendo en cuenta, en su caso, la evolución de las relaciones de ingresos y la creación de patrimonio, que se declaren nuevamente modificando el nivel de vida, así como la evolución de la situación financiera.

Libro III del Código de Seguridad Social, de manera que los incrementos también deberían tenerse en cuenta en los pagos en curso[50]. La creación de convocatorias modificadas está ahora en gran media automatizada.

3.5. Especialidades

El parágrafo 65 del Libro III del Código de Seguridad Social contiene un precepto curioso sobre centros de formación profesional en bloque. Centro en bloque significa que actúa no ordinariamente por semanas, sino en períodos de tiempo diferenciados correspondientes a varios días conectados[51]. Según el parágrafo 65, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, se tomarán como base en los centros de formación en bloque, para el cálculo de la necesidad, los períodos sin actividad de los centros de formación en bloque. En virtud del parágrafo 65, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, se excluye la ayuda financiera sólo durante el tiempo de asistencia al Centro de formación profesional en bloque. Únicamente cabe entender esta norma desde la perspectiva del federalismo alemán: en relación con los centros de formación profesional en bloque, son competentes los Estados federados. En los cursos de formación, resultan parcialmente más atractivos para los Estados federados los que tienen menos aprendices, al concentrar la formación en un lugar. Por causa de los necesarios desplazamientos, cobra entonces la formación en bloque pleno sentido. Igualmente, no se derivan de ello para los aprendices costes más elevados, los cuales deberían cubrirse por medio del subsidio de formación profesional. Desde el punto de vista de la Federación, sin embargo, los Estados federados deben asumir los costes más elevados correspondientes a sus decisiones organizativas[52]. El Tribunal Federal de Seguridad Social había intentado repetidamente, por medio de una interpretación legal creativa, resolver las lagunas de protección que afectasen a los aprendices[53]. A ella se enfrentó el legislador con las correspondientes modificaciones legales[54]. Últimamente, el Tribunal Federal de Seguridad Social ha interpretado el parágrafo 65, apartado 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, en el sentido de que solamente en caso de riesgo para la formación profesional, con la consecuencias de mayores costes, podrían éstos asumirse a través de los centros en bloque, con base en lo dispuesto en la norma transitoria del parágrafo 64, apartado 3, inciso 2, del Libro III del Código de Seguridad Social[55].

En caso de que los padres del aprendiz no paguen su mantenimiento, a calcular de acuerdo con los baremos de los normas sobre el subsidio de formación, se aplica la regla especial del parágrafo 68 del Libro III del Código de Seguridad Social. En virtud del parágrafo 68, apartado 1, inciso 1, del Libro III del Código de Seguridad Social, si la falta de pago del mantenimiento pone en riesgo la formación profesional, entonces se presta el subsidio de formación profesional sin calcular los ingresos de los padres. El derecho jurídico-civil al mantenimiento prevalece entonces, según el parágrafo 68, apartado 2, del Libro III del Código de Seguridad Social, en cuanto que Ley a aplicar por la Agencia Federal de Empleo[56].

[50] Actas de la Cámara Baja 20/1631, pág. 34; Actas de la Cámara Baja 19/9478, pág. 21; Actas de la Cámara Baja 18/2663, pág. 52.

[51] Tribunal Federal de Seguridad Social 14.10.2020, B 11 AL 8/19 R, BeckRS 2020, 35058 (Marginal 2).

[52] Con carácter introductorio, Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 65 Marginales 16 ss.

[53] Tribunal Federal de Seguridad Social 3.5.2005, B 7a/7 AL 52/04 R, BeckRS 2009, 62891; Tribunal Federal de Seguridad Social 6.5.2009, B 11 AL 37/07 R, NJOZ 2010, 1544; Tribunal Federal de Seguridad Social 29.8.2012, B 11 AL 22/11 R, NJOZ 2013, 1268.

[54] Art. 1 Núm. 5 letra b de la Quinta Ley para la modificación del Libro III del Código de Seguridad Social y de otras leyes de 22.12.2005, BOF I pág. 3676; Art. 2 Núm. 18 de la Ley de mejora de las oportunidades de inserción en el mercado de trabajo de 20.12.2011, BOF I 2854.

[55] Tribunal Federal de Trabajo 14.10.2020, B 11 AL 8/19 R, BeckRS 2020, 35058 (Marginal 20).

[56] Con detalle, cfr. Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.10.2014, § 68 Marginales 1 ss.

3.6. Relación con otras prestaciones sociales

La relación con otras prestaciones sociales es compleja. Sólo es clara la limitación de prestaciones a que se refiere la BAföG. En este caso, se excluyen, dado que el subsidio de formación profesional sólo se paga si la formación tiene lugar en el centro de trabajo o en instituciones de formación supraempresariales, mientras que la BAföG se aplica a la formación en escuelas y Universidades. En el caso concreto, resultan temporalmente compatibles las prestaciones incrementadas a que se refieren el Libro II del Código de Seguridad Social[57], el Libro XII del Código de Seguridad Social[58] o la AsylbLG, para garantizar el mínimo existencial. En virtud del parágrafo 20, apartado 2, de la Ley del subsidio de vivienda[59], se excluye el percibo simultáneo del subsidio de vivienda. En cambio, las prestaciones de ayuda a hijos y jóvenes del Libro VIII del Código de Seguridad Social y el subsidio de formación profesional pueden, en su caso, ser recíprocamente compatibles[60].

4. CONCLUSIÓN

La formación profesional constituye en Alemania la base esencial de las actividades formativas cualificadas. Para garantizar su subsistencia, los aprendices pueden solicitar el subsidio de formación profesional, si no disponen de recursos suficientes.

Resulta susceptible de ser apoyada financieramente la formación profesional reconocida por el Estado en su forma empresarial, a cuyo efecto se celebra un contrato de formación profesional. En principio, sólo se apoya financieramente la formación profesional inicial, y la segunda formación profesional, en su caso, se somete a la valoración discrecional de la Agencia Federal de Empleo. El subsidio de formación profesional se paga ordinariamente a los aprendices en Alemania, y el apoyo financiero a la formación profesional que se lleve a cabo total o parcialmente en el extranjero representa de hecho una excepción infrecuente.

Son titulares del derecho a ser financieramente apoyados, con carácter general, sólo los aprendices que no vivan en el domicilio de sus padres y tengan causa justificada a ese respecto. Dicha causa puede ser la inaccesibilidad de los lugares de formación en tiempo apropiado, la mayoría de edad, estar casado o mantener relación afectiva análoga, convivir con un hijo, la no razonabilidad de exigir el mantenimiento paterno, o la discapacidad. La exclusión de la prestación a los aprendices extranjeros sólo ocurre en contadas situaciones de hecho, en las cuales se aplica la Ley de los solicitantes de asilo.

La cuantía del subsidio de formación profesional se calcula en atención a la necesidad de mantenimiento, a los costes de desplazamiento y a otros gastos que se determinen. De ellos se deducen los ingresos computables del aprendiz, de su cónyuge o pareja, así como de sus padres, existiendo al respecto normas complejas sobre cantidades exentas.

El sistema dual de formación profesional es la causa de que el desempleo juvenil sea muy bajo en Alemania. Se apoya con el instrumento promocional del subsidio de formación profesional. También para muchos jóvenes en España podría resultar atractiva la formación profesional en Alemania. En ese caso, podrían beneficiarse del subsidio de formación profesional.

[57] Código de Seguridad Social Libro Segundo – Subsidio de ciudadanía, Aseguramiento básico de los demandantes de empleo, Ley de 13.5.2011, BOF I pág. 850, 2094, últimamente modificada por Ley de 16.8.2023, BOF I Núm. 217.

[58] Código de Seguridad Social Libro Duodécimo – Asistencia social, Ley de 27.12.2003, BOF I pág. 3022, 3023, últimamente modificada por Ley de 16.8.2023, BOF I Núm. 217.

[59] Ley de 24.9.2008, BOF I pág. 1856, últimamente modificada por Ley de 16.12.2022, BOF I pág. 2328.

[60] Sobre el complejo de temas en su conjunto, cfr. detalladamente Brecht-Heitzmann, en: Knickrehm/Deinert (Editores), Gagel: BeckOGK, situación: 1.11.2023, § 56 Marginales 26 ss.

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 291-357

Luis Jiménez de Asúa: El jurista integral que tuvo una participación decisiva en la elaboración de la Constitución Republicana de 1931 y en el Derecho penal garantista

Luis Jiménez de Asúa: The integral jurist who had a decisive participation in the elaboration of the Republican Constitution of 1931 and in the guaranteeing criminal law

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Sumario

1. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, INTELECTUAL COMPROMETIDO
2. PENSAMIENTO CRÍTICO (I). CONTRIBUCIÓN DE JIMÉNEZ DE ASÚA EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931
3. PENSAMIENTO (II). LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO
4. BIBLIOGRAFÍA
   4.1. Obras de Luis Jiménez de Asúa (Selección)
   4.2. Sobre Luis Jiménez Asúa, su época, pensamiento y recepción

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «Luis Jiménez de Asúa: El jurista integral que tuvo una participación decisiva en la elaboración de la Constitución Republicana de 1931 y en el Derecho penal garantista». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 291-357.

Resumen

Luis Jiménez de Asúa tuvo un protagonismo extraordinario en todo el proceso constituyente de la Segunda República Española de 1931, siendo también importante retener sus estudios fundacionales en materia de Derecho constitucional en España. Presidió la Comisión Parlamentaria que redactó el Proyecto de Constitución de la Segunda República Española. Por si esto no fuera poco, Jiménez de Asúa ha sido uno de los más grandes penalistas del siglo veinte, con aportaciones decisivas en numerosas obras sobre el Derecho Penal. El proceso de elaboración de la Constitución Española de 1931 se enmarca en una coyuntura histórica en la que se apreciaba la crisis del Estado liberal de Derecho y lógicamente de las Constituciones del liberalismo originario (que, recuérdese, no era un liberalismo democrático), lo que constituyó el punto de partida del reformismo social y constitucional de pensadores cómo, entre otros, Adolfo Posada (desde el republicanismo social) y Luis Jiménez de Asúa (desde el socialismo democrático).

Palabras clave

Luis Jiménez de Asúa; Dictadura de Primo de Rivera; Constitución de la República Española de 1931; significación de la Constitución Española de 1931; constitucionalismo democrático social; Estado Social de Derecho; "Estado Integral"; Construcción del Nuevo Derecho Penal contemporáneo; Guerra Civil; Dictadura franquista; Exilio.

Abstract

Luis Jiménez de Asúa played an extraordinary role in the whole constituent process of the Second Spanish Republic of 1931, being also important to retain his foundational studies on constitutional law in Spain. He chaired the Parliamentary Commission that drafted the Draft Constitution of the Second Spanish Republic. As if this were not enough, Jiménez de Asúa has been one of the greatest criminal lawyers of the twentieth century, with decisive contributions in numerous works on Criminal Law. The process of elaboration of the Spanish Constitution of 1931 is framed in a historical context in which the crisis of the liberal State of Law and logically of the Constitutions of the original liberalism (which, remember, was not a democratic liberalism) was appreciated, which constituted the starting point of the social and constitutional reformism of thinkers such as, among others, Adolfo Posada (from the social republicanism) and Luis Jiménez de Asúa (from the democratic socialism).

Keywords

Luis Jiménez de Asúa; Dictatorship of Primo de Rivera; Constitution of the Spanish Republic of 1931; significance of the Spanish Constitution of 1931; social democratic constitutionalism; Social State of Law; "Integral State"; Construction of the New Contemporary Criminal Law; Civil War; Franco's Dictatorship; Exile.

"El Derecho determina, fija, inmoviliza, cristaliza, en un cierto sentido que hay que interpretar rectamente, las manifestaciones de la vida social a las cuales se extiende su eficacia, que es tan varia según la naturaleza y los fines de los ordenamientos singulares […]. Pero si se queda en el terreno de las teorías simplemente normativas, no se llega a especificar la diferencia que distingue a la función que el Derecho despliega, de la o las, análogas, desplegadas por otras normas y, por consiguiente, el carácter esencial del Derecho".

Santi Romano[1]

1. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, INTELECTUAL COMPROMETIDO

Luis Jiménez de Asúa (Madrid, 19 de junio de 1889-Buenos Aires, 16 de noviembre de 1970) fue un intelectual comprometido. Y lo fue desde su condición de joven profesor durante la Dictadura de Primo de Rivera, desempeñando un importante papel en la movilización del profesorado universitario y significativamente auge del movimiento estudiantil. Y asumió ese papel de "guía espiritual" e ideólogo de toda una generación de universitarios jóvenes siendo ya titular de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Central de Madrid. Dejar constancia de que algunas de sus conferencias sobre el amor libre, el eugenismo y la eutanasia se convirtieron en desafíos abiertos a la dictadura de Primo de Rivera[2]. Jiménez de Asúa pasaría de un liberalismo sociopolítico radical hacia la defensa del socialismo democrático. Por lo demás, en la posición de Jiménez de Asúa los factores científicos y los puramente políticos resultaban inseparables. La mejor prueba de esta interconexión reside en la larga polémica epistolar que mantuvo en 1926 y 1927 con quien había sido su maestro en Derecho Penal: el profesor italiano Enrico Ferri, cuya posición entonces era de identificación con la Dictadura fascista de Mussolini, lo que le condujo finalmente a romper sus relaciones con él[3].

Pero, además, tuvo un protagonismo extraordinario en todo el proceso constituyente de la Segunda República Española de 1931, siendo también importante retener sus estudios fundacionales en materia de Derecho constitucional en España[4]. Presidio la Comisión Parlamentaria que redactó el

[1] Romano, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico,* trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 109 y 110.

[2] Aubert, P.: "Intelectuales y cambio político", en *Los orígenes culturales de la II República,* edición a cuidado de J. L. García Delgado, IX Coloquio de Historia de España dirigido por M. Tuñón de Lara, Madrid, Siglo veintiuno, 1993, págs. 25 y sigs., en particular pág. 52. Señala también su compromiso con la Liga de los Derechos del Hombre (18 de marzo de 1922). Se celebra su primera reunión en el Ateneo, a principios de mayo. Presidía el acto Augusto Barcia. Hablaron Albornoz y Jiménez de Asúa (*Ibid.*, pág. 56).

[3] Con referencia a sus ensayos biográficos, recogidos en *Política, figuras paisajes,* págs. 7-9, 10-13, 26-33; *Notas de un confinamiento,* págs. 122-125 y 127, 190-111, 112-125; *La Prensa* (Buenos Aires), 8-XI-1927, véase García Queipo de Llano, G.: *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, Alianza editorial, 1988, págs. 512-517. Durante el año 1928 imparte conferencias defendiendo la "maternidad consciente" y la "libertad de amar". El Ministerio de Instrucción Pública ordenó al rector de la Universidad de Murcia que le incoara expediente. Tal decisión debió tomarse a fines de mes y fue acompañada de la suspensión de empleo de Jiménez de Asúa y la reducción de su sueldo a la mitad. El resultado fue esperable: el estallido de la protesta estudiantil en la Universidad de Madrid, suspendiéndose las clases durante cinco días. El Claustro de la Facultad de Derecho, de la que era profesor Jiménez de Asúa, proclamó la libertad de expresión, aplicando este principio a lo sucedido con el catedrático de Derecho penal. Este, cuando fue suspendido de empleo y medio suelo, se convirtió durante unas semanas en una especie de héroe en los medios estudiantiles. Los estudiantes hicieron una colecta para pagarle el resto de su sueldo y cuando asistía a actos públicos era objeto de una prolongada ovación. Sin la menor duda, Jiménez de Asúa defendió las libertades y derechos fundamentales frente a una Dictadura que las vulneraba, incluidos los de la mujer. En ese periodo no formaba parte de ningún partido político, pero la lucha por el derecho frente a la Dictadura, y la experiencia de su comportamiento represivo le condujo al tiempo al socialismo democrático, afiliándose al Partido Socialista.

[4] *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1932; *La Constitución de la democracia española,* 1942; *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* 1943.

Proyecto de Constitución de la Segunda República. Por si esto no fuera poco, Jiménez de Asúa ha sido uno de los más grandes penalistas del siglo veinte, con aportaciones decisivas en numerosas obras sobre el Derecho Penal[5]. Su *Mensaje a la Juventud. Retorno a la ciencia* (17/04/1931) y otros escritos que interpelaban a los jóvenes, tiene una gran proximidad teleológica a los escritos contemporáneos coetáneos de Gustav Radbruch dirigido a los jóvenes en la convulsa coyuntura crítica de la República de Weimar[6].

Se licenció en Derecho en 1909 y alcanzó prontamente la condición de doctor con la tesis "El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida" (1913), dirigida por Quintiliano Saldaña, y la condición de catedrático (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, 1918). Tendría una fructífera estancia en el Instituto de Ciencias penales de Franz von Liszt, uno de los más relevantes penalistas europeos. A su regreso fue nombrado profesor auxiliar y después encargado de la cátedra de J. M. Valdés. La obtuvo en reñido concurso de oposición en 1918. Cabe subrayar que en su proceso de formación científica se inspiró en el positivismo (señaladamente el postulado por Enrico Ferri) y en el correccionalismo español y se asentó en el estudio de la obra de las personalidades científicas más relevantes de su tiempo: los positivistas italianos y nuestros clásicos y correccionalistas. El aprendizaje que dejó más huella y resultó más fructífero en el tiempo es el que realizó junto a von Liszt[7], cuya teoría jurídica del delito tradujo al castellano en los volúmenes segundo y tercero de su *Tratado de Derecho Penal* (1916 y 1917). Tradujo asimismo el *Programa del Curso de Derecho criminal* de F. Carrara (1922), figura eminente de los penalistas clásicos. En 1923 viajó a Latinoamérica por vez primera. Impartió conferencias y cursos en Argentina y Uruguay. A su regreso se había impuesto en España la dictadura de Primo de Rivera[8]. Dictadura contra la cual luchó resueltamente.

[5] *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997; *Tratado de Derecho Penal*, varios volúmenes.

[6] Radbruch, G.: "A los jóvenes juristas" (1919), en Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho,* trad. I. Del Campo, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho" (pp. IX-LXIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 89-100. Para la posición cualificada de Gustav Radbruch, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: *La filosofía política de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica,* estudio preliminar a Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª edición, sin constancia del traductor (atribuida a José Medida Echavarría), edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; y ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

[7] Es suficiente reparar en la obra fundacional de Franz von Liszt y verificar los puntos de proximidad con su propia concepción. Véase Liszt, F. v.: *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo 1882*, trad. C. Pérez del Valle, Introducción y Nota biográfica de J. M. Zugardía Espinar, Granada, Comares, 1995, págs. 41-96. En la nota biográfica de este libro se deja constancia de que en la difusión del pensamiento de von Liszt en España tuvieron un papel importante las traducciones de *Lehrbuch des deutschen Strafrech* realizadas por Quintilino Saldaña (1914) y Jiménez de Asúa (1916) (*Ibid.,* pág. 10). Véase Liszt, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición Alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917.

[8] González Calleja, E.: *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930,* Madrid, Alianza Editorial, 2005, Capítulo 2 ("Mito y realidad de la "Cirugía de Hierro"), págs. 75 y sigs., Capítulo 6 ("Las corrientes de oposición a la Dictadura", págs. 317 y sigs.; Gómez-Navarro, J. L.: *El Régimen de Primo de Rivera. Reyes, dictaduras y dictadores,* Madrid, Cátedra, 1991, Capítulo VII (sobre la ideología del régimen), págs. 305 y sigs., y capítulos IX y X (sobre la política social y el corporativismo y las fuerzas sociales y la política social"), págs. 391 y sigs. Véase, asimismo, Monereo Pérez, J. L., "Eduardo Aunós Pérez (1894-1967): Corporativismo y regeneracionismo autoritario en la política de protección y aseguramiento social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 27, 2021, pp. 257-300.file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/laborum,+revsegsoc27-257-300%20(2).pdf

En 1926 se produjeron numerosas protestas de estudiantes[9] y profesores, a cuya cabeza se encontraba también Luis Jiménez de Asúa, quien tras intervenciones en la oposición que cubría la vacante forzosa de Unamuno y en la manifestación con motivo de la llegada a Madrid de los restos de Ganivet resultó suspendido en la cátedra y confinado en las Islas Chafarinas, junto a Francisco de Cossío y Salvador Vila. En julio de ese mismo año, como presidente accidental del Ateneo madrileño, se opuso al nombramiento gubernativo de una nueva junta, lo que le llevó a la Cárcel Modelo, donde ya se encontraba Marañón por la causa de la *Sanjuanada*. Inició el ejercicio de la abogacía y en mayo de 1929 renunció a la cátedra en protesta contra la Dictadura, al igual que Ortega y Gasset, Fernando de los Ríos, Felipe Sánchez Román y Alfonso García Valdecasas. En 1930 fue abogado defensor de Santiago Casares Quiroga, integrante del Comité Revolucionario creado por el pacto de San Sebastián, del que saldría el Gobierno Provisional de la Segunda República.

Inicialmente se integró en Alianza Republicana, el partido de Azaña, pero su preocupación social y los buenos oficios de Fernando de los Ríos le llevaron con la velocidad de los acontecimientos al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y al escaño en el Parlamento por Granada. El Gobierno, que derogó el Código Penal de 1928, le encargó la adecuación del Código de 1870 al orden republicano, lo que se llevó a cabo en quince días. Como diputado le fue encomendada la presidencia de la comisión redactora de la Constitución, en la que desempeñó un relevante papel jurídico y político. Suprimida la Comisión General de Codificación se creó la Comisión Jurídica Asesora[10], que Asúa presidió después de haber encabezado la subcomisión de Derecho penal, integrada entre otros por José Antón Oneca, Mariano Ruiz Funes, Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Arturo Rodríguez Muñoz, que realizaron los trabajos que dieron lugar al Código de 1932. Con Mariano Ruiz Funes corrigió el proyecto gubernativo de la Ley de Vagos y Maleantes (1933) y, aunque reconoció los estados peligrosos sin delito, sometió las medidas de seguridad a la aplicación jurisdiccional. Las características más señaladas del Código de 1932 fueron la supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas, la supresión de la responsabilidad objetiva, la ampliación de las eximentes de enfermedad mental y estado de necesidad, la inclusión en el mismo de la condena y la libertad

[9] Para el contexto del surgimiento del movimiento estudiantil comprometido con la defensa de la democracia, con referencia también al periodo de la Dictadura de Primo de Rivera, puede consultarse González Calleja, E.: *Rebelión en las aulas. Movilización y protesta estudiantil en la España contemporánea (1865-2008),* Madrid, Alianza Editorial, 2008; *Ibid.,* "La politización de la vida universitaria madrileña durante los años veinte y treinta", en *La Universidad Central durante la Segunda República. Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria (1931-1939),* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013. Reflexiones de interés en una perspectiva más global, Bergmann, U., Dutschke, R., W. Lefèbre, y Rabehl, B.: *La rebelión de los estudiantes,* trad. M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1976; con referencia a Jiménez de Asúa y su implicación en la lucha contra la dictadura de Primo de Rivera, véase la biografía realizada por Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019. Asimismo, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Tesis doctoral para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, dirigida por Sebastián Martín, 2017/2018, págs. 12 y sigs., 90 y sigs. (Capítulo III, "El Derecho penal como arma política. Luis Jiménez de Asúa y la lucha contra la Dictadura de Primo de Rivera").

[10] Por Decreto de 6 de mayo de 1931, el Gobierno Provisional de la República disolvió la Comisión General de Codificación, existente desde el 10 de mayo de 1875, porque se estimó que este vetusto organismo, que había servido a la Dictadura, no podría cumplir la misión ambiciosa de elaborar una nueva Constitución, y que su estructura, finalidad y tradición no concordaban con las necesidades del momento ni con la interna visión reinante sobre la función del Derecho. La sustitución de este instituto envejecido, y para cumplir los objetivos modernos, se crea la Comisión Jurídica Asesora, que se dividió internamente en Subcomisiones, la más importante de las cuales fue la de la Constitución, a cuya cabeza estuvo el propio Presidente, Ángel Ossorio y Gallardo. Reunidas las Cortes democráticas, la primera misión de ellas era componer una Constitución, y para ello se designó la Comisión Parlamentaria de Constitución, compuesta de veintiún miembros, en la que tenían proporcional representación los grupos y partidos, siendo el Partido Socialista, dentro de las minorías, el más numeroso, correspondiéndole cinco miembros en ella. Inmediatamente de nombrada, el día 28 de julio, esta Comisión parlamentaria se puso a la tarea abrumadora de componer el Código Político que representa metafóricamente la Constitución jurídica fundamental. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 17-18.

condicional, la supresión como delito del adulterio y del duelo, y la creación de otros nuevos, como el delito de usura, el daño en cosa propia de utilidad social y las estafas más graves[11].

Sería elegido, de nuevo, diputado en las elecciones de 1933 y 1936, en ambas legislaturas por Madrid, con votos personales sólo detrás del más votado de todos: Julián Besteiro. Fue abogado defensor de Largo Caballero en el proceso por los hechos de octubre de 1934, cuyo desencadenamiento rechazó. Tras las últimas, fue elegido vicepresidente 1.º de las Cortes. En 12 marzo de 1936 fue víctima de un atentado falangista en el que murió su escolta (Jesús Gisbert) y que inició el trágico ciclo final de las pistolas que abocó en el 18 de julio. El entierro del policía derivó en manifestaciones de repulsa y graves incidentes. La policía detuvo a varios falangistas, aunque los autores materiales del atentado pudieron huir a Francia en una avioneta pilotada por el aviador Juan Antonio Ansaldo. La Dirección General de Seguridad, siguiendo instrucciones del Gobierno, ordenó la detención de la junta política y la directiva nacional de Falange. El 14 de marzo, José Antonio Primo de Rivera fue detenido y también otros dirigentes como Julio Ruiz de Alda, Raimundo Fernández Cuesta, Rafael Sánchez Mazas y David Jato. Un mes después, el 13 de abril, fue asesinado también por falangistas Manuel Pedregal, el magistrado de la Audiencia que acababa de condenar a algunos de los encartados en el atentado contra Jiménez de Asúa[12]. Los incidentes violentos se sucedieron y desencadenaron en muertes[13].

Al estallar la Guerra Civil, como otros muchos intelectuales formados en el extranjero, pasó a tareas diplomáticas como embajador de la República en Praga —con Francisco Ayala como secretario— y como delegado ante la Sociedad de Naciones, con Emilio González López de secretario, llevando a cabo una importante función respecto de los países de Centroeuropa, así como de compra de armas y servicios de inteligencia en la Alemania nazi, viviendo en directo el abandono de Gran Bretaña y Francia de la República democrática española y el entreguismo de Múnich". En este marco participó en la primera Convención Internacional de prevención y lucha contra el terrorismo de 1937. Cuando se produce el golpe de Estado militar franquista en julio de 1936, Jiménez de Asúa ocupaba el cargo de vicepresidente de la Comisión Ejecutiva del PSOE y del Congreso de los Diputados. Pudo conocer de primera mano, junto a Fernando de los Ríos y ante el gobierno de Léon Blum, el acuerdo de "no-intervención" de los países democráticos europeos. Con ello la República quedó abandonada a su suerte[14]. Esa decisión de abstenerse fue asumida también por el Partido Laborista británico, a pesar

[11] Real Academia de la Historia: "Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 – Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970". Semblanza hecha por Luis Arroyo Zapatero. Más ampliamente, Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs. 25 y sigs.; Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa. El penalista de la retaguardia imposible,* Tesis Doctoral por la Universidad de Alicante-Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, 2020.
https://dbe.rah.es/biografias/13291/luis-jimenez-de-asua

[12] Sobre el atentado contra Jiménez de Asúa el 12 de marzo de 1936, véase Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs.140-148. Señala, en relación a ello, que en el atentado contra Jiménez de Asúa convergen, en lo principal, tres factores para un análisis crítico: en primer lugar, la "fascistización" de la vida estudiantil. Asimismo, la violencia con fines políticos. Y, por último, el papel de Falange Española en la escalada de terror, a través de grupos paramilitares, que siguió al triunfo electoral del Frente Popular. Las investigaciones policiales y la instrucción judicial del atentado contra Jiménez de Asúa durante los días posteriores siguió en paralelo a la decisión política del Gobierno de Azaña de ilegalizar a Falange Española y detener a los miembros de su Junta Política. La implicación directa en el atentado de Falange Española – el partido de José Antonio Primo de Rivera- quedó plenamente probada. Véase Viñas, Á.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno,* Barcelona, Crítica, 2021, págs. 217 y sigs.

[13] Véase Casanova, J.: *República y guerra civil,* vol. 8 de la *Historia de España,* dirigida por J. Fontana y R. Villares, Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007, págs. 164 y sigs.

[14] Véase Viñas, Á.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Europea,* Barcelona, Crítica, 2007 (reimpresión edición 2006), con amplia referencia a Jiménez de Asúa, por ejemplo, págs.

de la oposición de Harold Laski[15], que era el intelectual más prestigioso del socialismo inglés -y en

46 y sigs. y 58 y sigs. La valoración de conjunto sobre el abandono de las Repúblicas por las democracias europeas, bajo la concurrencia de factores causales diversos, entre intereses, ideologías y temores, puede apreciarse en síntesis en las páginas 417 y sigs., y desarrolladas en capítulos tan relevantes como el capítulo 6, págs. 197 y sigs., y toda la Tercera Parte ("Para la defensa de la República"), págs. 35 y sigs. En una tarea investigadora impresionante integrada por varios libros en los que se diseccciona la destrucción de la República democracia española. Es una pentalogía integrada por "El Gran Error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno" (Barcelona, Crítica, 2021), "La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética" (Barcelona, Crítica, 2006, reimpresión 2007), "El escudo de la República" (Barcelona, Crítica, 2007), "El honor de la República. Entre el acoso fascista, la hostilidad británica y la política de Stalin" (Barcelona, Crítica, 2012) y "El desplome de la República" (con Hernández Sánchez, F., Barcelona, Crítica, 2009, 2022). Importa retener que la relevancia entre lo interno (política interior) y lo externo (política exterior) en la República española. De manera que debe destacarse no sólo los conflictos internos, sino el papel extraordinario de las relaciones complejas entre la guerra civil española –provocada por el golpe de Estado franquista- y un contexto europeo que al tiempo se mostraría desfavorable. En términos de conjunto, señala Ángel Viñas, frente al enfoque utilizado generalmente por escritores pro-franquistas, las investigaciones empíricas han contrastado que la guerra civil no es pensable desde el primer momento sin una referencia permanente ese contexto europeo. Franco –y sus asesores- lo captaron al apelar inmediatamente, en situación desesperada, a la ayuda de las potencias fascistas y en sus esfuerzos por estimular el continuado apoyo extranjero. Sus alegatos advirtiendo, sin base real, del peligro inminente de bolchevización fueron en la misma dirección. Como resultó evidente, la Iglesia Católica terminó bendiciendo la "cruzada". El franquismo planteó este enfoque ideológico como tal, en contra del comunismo ateo y destructor, desde los albores mismos de la sublevación. De este modo, tocó una cuerda hipersensible para ciertas potencias que hubieran podido, acaso, contribuir a que los acontecimientos futuros se desarrollaran de otra forma. Al frente de ellas, figuró significativamente el Reino Unido. Pero cabe añadir a lo planteado por Viñas que en el interior de estos países democráticos europeos se estaban produciendo transformaciones *internas,* con emergencia de fuerzas antidemocráticas que contribuían a facilitar esa asimilación de un diagnóstico prefabricado. Los propios Estados europeos relevantes –Reino Unido y Francia, muy en particular- tenían intereses políticos contrapuestos a la política de intervención en el marco de una política de "cálculos" de costes de transacción sobre la dialéctica intervención-no intervención (abstención). Es más, muy pronto tendríamos un escenario caracterizado por una Francia colaboracionista con el régimen dictatorial de Hitler [el régimen de Vichy y de Henri Philippe Benoni Omer Pétain, general y Jefe de Estado francés, que el 2 de marzo de 1939 sería nombrado embajador de Francia en España. El 20 de marzo de ese año presentó sus credenciales al general Francisco Franco, jefe del bando hostil a la República, residente entonces en Burgos, porque todavía no había terminado oficialmente la guerra civil española] y gobiernos conservadores europeos que veían a la República española más bien como una amenaza de izquierda que como una democracia que debería ser salvada con arreglo a los modernos principios de la democracia constitucional frente a las cada vez más poderosas antiparlamentarias internas y externas. En cualquier caso, el cúmulo de factores internos –intereses, ideas y creencias- y externos –una intencionada no intervención defensiva, nada inocentes de los gobiernos del Reino Unido y de Francia-, minaron la capacidad de resistencia y ataque del republicanismo democrático y acrecentaron el poder de bando franquista que contó desde el principio con el apoyo de Italia fascista, primero, y después del régimen dictatorial de Hitler. La política de no intervención colocó a la República en situación casi desesperada. Sobre el sistema político autoritario en la Francia de Vichy, puede consultarse, Ferro, M.: *Pétain,* Hachette Littérature, Poche, 1993; Dreyfus, F. G.: *Histoire de Vichy,* París, Fallois, 2004; Paxton, R. O.: *La Francia de Vichy,* Barcelona, Noguer, 1974; Sternhell, Z.: *Ni droite ni gauche. L'idéologie fasciste en France,* París, Gallimard, 2013.

[15] Monereo Pérez, J. L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004. Monereo Pérez, J. L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426; *Ibid., Harol J. Laski*, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* Editors: Mortimer Sellers, Stephan Kirste, Francesco Zanetti. Publisher: Springer. Publication date: 2020. ISBN (Electronic): 978-94-007-6730-0, 2020. *Ibid.,* Laski, H. J.: *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), Trad. T. González García, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)", a cargo J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Laski, H. J: *La libertad en el Estado moderno* (1937), revisión, edición y estudio preliminar, "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; *Ibid., "*Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L. T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007*; Ibid., La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.
Este posicionamiento abstencionista de los partidos socialistas gobernantes pertenecientes a la Segunda Internacional Socialista, fue considerado como una auténtica traición para el socialismo democrático que gobernaba en la Segunda

gran medida europeo- tanto a nivel interno como internacional.

Con todo, la República española, aún instituida en la excelente Constitución Republicana de 1931, mostró su fragilidad, ante una *realidad constitucional* (extremadamente compleja) que ponía de manifiesto el poder ostentado por fuerzas políticas y económicas[16] –españolas y extranjeras-, como también la presión de la Iglesia Católica y del Ejército –que en aquellos tiempos era muy dado a intervenir en la forma bien conocida de "pronunciamientos" militares- contrarias a la República y al ideario de transformación a la cual iba unida esta "forma-Estado" democrático en su contexto histórico de promesas explícitas de emancipación de las masas empobrecidas e ilusionadas en crear un mundo más justo (lo cual implica, al menos inicialmente, llevar a cabo una revolución pacífica, en el plano social, político y jurídico). Ideas y fracturas de la sociedad española coexistían desde el mismo momento de proclamación de la Segunda República. No había condiciones para realizar una suerte de reforma constitucional desde la debilitada Constitución jurídica formal de un régimen dictatorial como fue el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera; y ante ello lo que se impuso fue una forma pacífica –hay que subrayarlo- de mutación constitucional, que no se limitaba a la transformación de la forma de gobierno, sino que fue más allá al cambiar la forma de Estado, que pasó de ser un Estado autoritario (de impronta corporativista en la perspectiva institucional) a un Estado social y democrático de Derecho que estructura el cuerpo social a través de una típica democracia representativa de partidos políticos; mutación está que se formalizó en el Texto Constitucional de la Segunda República Española de 1931, pasando a ser no sólo una realidad de hecho –fáctica-, sino también de Derecho. Lo cual implicaba establecer una base constitucional para así transformar las estructuras públicas y las relaciones sociales existentes en el momento constituyente, es decir, un cambio social en el sentido ya previsto en la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico. Esto describe un acontecimiento histórico para afrontar el conflicto político al que subyacía un gran relato emancipador de origen "juridizado" al máximo nivel, más allá de los éxitos y frustraciones que mostraron el devenir de la Segunda República. En este sentido el golpe de Estado militar y la subsiguiente guerra civil supuso una destrucción de la República democrática española, que quedó también al igual que otras Repúblicas democráticas del periodo de entreguerras como una *democracia inacabada*, porque las fuerzas oponentes –finalmente dominantes- no le dejaron ser. Jiménez de Asúa en sus trabajos –en los que preside la memoria del protagonista de la historia- escribe desde un inevitable diálogo entre su presente en evolución y un pasado todavía no suficientemente conocido en todos sus perfiles (éstos perfiles se irían descubriendo paulatinamente –y no sin descubrimientos sorprendentes a cada paso- a medida en que se disponían de nuevas fuentes de conocimiento y de estudios rigurosos sobre la época, pues todo conocimiento histórico es contingente, al estar sometido a esas nuevas fuentes de conocimiento disponible; y casi siempre resta muchas por ser descubiertas).

En octubre de 1936 Jiménez de Asúa dirigió la Legación española de Praga, siendo nombrado ministro Plenipotenciario y asumió también la dirección de unos eficientes servicios de inteligencia. En los últimos meses de la guerra civil desempeño la Alta Representación de la Segunda República ante la Sociedad de Naciones[17]. Con ello el protagonismo político de Jiménez de Asúa no hizo sino

República Española. Al efecto, Martínez Cánovas, recoge esa percepción en pensadores como Juan Simeón Vidarte y el propio Jiménez de Asúa. Cfr. Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, págs.160-165.

[16] Respecto a los poderes económicos y su actuación como grupos de presión, señaladamente durante los periodos sucesivos de 1923-1936 y 1936 y sigs., véase Cabrera, M., y Del Rey, F.: *El poder de los empresarios. Política y economía en la España contemporánea (1875-2010),* Barcelona, RBA, 2011, págs. 107 y sigs., 245 y sigs., y 291 y sigs.

[17] Para esto último, véase, Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, Introducción, pág. XXV, y ampliamente págs. 153 y sigs. Fernando de los Ríos y Luis Jiménez de Asúa conocieron de primera mano la decisión sobre la "No-Intervención" de los países democráticos del momento en el conflicto supuestamente

acrecentarse en una coyuntura crítica, siendo ante todo un intelectual de nítida formación y vocación universitaria, como tras la postguerra mundial tendría oportunidad de demostrar más plenamente.

Su vida es la expresión del compromiso de un intelectual afrontando los dilemas de la sociedad de su tiempo. A la interrogante sobre si el jurista puede evadirse de unas exigencias de una etapa crítica, él respondió con esa implicación, poniendo su vida en riesgo; y no sólo por sufrir un atentado fallido, sino por todos los acontecimientos que sucedieron después dentro y fuera de España. En el fondo, es asumir como realidad existencial y acción consciente que la vida del ser humano está inserta en un contexto histórico que le condiciona, pero que también le permite actuar conscientemente para tratar de transformar esa realidad como sujeto histórico. El compromiso de Jiménez de Asúa fue un compromiso intelectual que se proyectó en el plano político y, en relación a ello, se materializó como productor y creador de conocimiento científico jurídico tanto en el plano constitucional como en los campos del Derecho penal y de la Criminología. Fue un crítico de las ideologías conservadoras en materia política, social y jurídica, señaladamente en lo que se refiere a aquel campo del saber más vinculado a su "especialidad" (aunque era crítico, como Ortega y Gasset, de la especialización aislacionista de los saberes). Muy alejado de la cómoda posición del "experto" que rehúye los juicios de valor y pretende atenerse a un quehacer libre de valores, manteniendo una posición supuestamente objetiva y axiológicamente neutral en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. El exilio forzoso no hizo sino incrementar su condición de intelectual comprometido políticamente, aunque enfatizando su labor en el campo del Derecho penal y de la Criminología.

Cuando se consuma "la derrota de la República, quedó privado de su cátedra y en aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas fue expropiado de todos sus bienes. Aunque invitado en México, se exilió en Argentina. En 1945 presidió en México la última reunión de las Cortes de la República y, a la muerte de Diego Martínez Barrios, tuvo que asumir la Presidencia de la República en el exilio. Allí publicaría *La Ley y el Delito* y la obra de Derecho comparado *Los Códigos Penales Iberoamericanos,* escrito en colaboración con F. Carsi Zacarés. Fuera de la Universidad se dedicó sobre todo a la redacción del *Tratado,* su obra más relevante, con más de siete mil páginas en las que se refleja todo el saber científico y legislativo del ámbito europeo y latinoamericano (el primero tomo publicado en 1950 y el séptimo en 1970, poco antes de su muerte). Después del derrocamiento de Perón en 1955 se incorporó a la Universidad del Litoral en Santa Fe como director del Instituto de Ciencias Penales y Criminología. En 1958 el nuevo Rector de la Universidad de Buenos Aires,

"interior" de la Guerra Civil española generada por el golpe de Estado militar del general Franco. En realidad, el conflicto tenía desde el principio una dimensión "exterior" con la implicación de los Estados Totalitarios de Alemania Nazi y de Italia Fascista, cuya intervención se fue acrecentando durante la dinámica de la Guerra "Incivil" con como la denominaría Adolfo Posada reiteradamente, y sobre todo en su obra *Fragmentos de mis memorias*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983 y en otras publicaciones. Véase, al respecto, incidiendo en el proceso constitucional que conduciría a la Constitución Republicana de 1931, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 477 y sigs.

Con todo, la manifiesta insolidaridad (que también puede considerarse como un desacierto político al tiempo, pues no impidió la política imperial de guerra del Gobierno Nazi alemán, con el apoyo del Gobierno fascista de Mussolini) dejó a la República democrática española en manos no sólo de las fuerzas golpistas internas, sino también de las fuerzas políticas beligerantes europeas, que en ese periodo, conviene recordar, eran grandes potencias mundiales en el plano militar y económico e industrial. Una guerra "incivil" que siempre, se insiste, tuvo una dimensión inequívoca y explícitamente internacional, pues el apoyo e implicación directa de Alemania e Italia fue nítidamente perceptible. Esto era bien conocido, pero el cálculo estratégico –entre miedo, dudas e intereses propios-, condujo a buscar excusas no intervencionistas cuando, en realidad, las potencias beligerantes ya estaban implicadas y su deseo era avanzar directamente hacia la segunda guerra mundial que se pretendía ganar. La guerra "incivil" española internacionalizada fue un campo de pruebas para lo que vendría después. Véase Viñas, A.: *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada,* Barcelona, Crítica, 2012, Arostegui, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, 2ª ed., (1ª ed., 2013), Barcelona, Debate-Peguin Randon House Grupo editorial, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 28, 2021, pp. 265-314.

Risieri Frondizi, le encomendó la dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Manuel de Rivacova y Rivacova acudió a él tras más de diez años de cárcel en España y le sustituyó en la cátedra de Santa Fe. En la Universidad de Buenos Aires desarrolló una extraordinaria labor de consolidación de la disciplina y análisis crítico de la criminología y Derecho penal. Fundó la *Revista de Derecho Penal y Criminología,* a la que luego sucedieron *Nuevo Pensamiento Penal* y *Doctrina Penal,* y reunió a su alrededor a lo que después se convertiría en lo más granado de la doctrina penal argentina contemporánea de dimensión internacional: Spolansky, Baigún, Zaffaroni, D'Alessio, Paixao, Righi, Schiffrin, Bacigalupo, Romero, Tozzini, entre otros de renombre mundial. Vicisitudes políticas encarnadas en dictaduras no le impidieron mantener relaciones académicas internacionales, desempeñando la vicepresidencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal y como miembro del consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Criminología y de la Sociedad Internacional de Defensa Social. Asumió hasta su muerte la defensa en el exilio de democracia española que encarnaba la "institución de la República", misión en la que le acompañaba como presidente del Gobierno en el exilio Claudio Sánchez Albornoz. Asumió esa tarea hasta su fallecimiento en 1970. Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, se le ofrecieron homenajes por parte de la Universidad Complutense en 1986, que organizó Marino Barbero Santos, y por el Ministro de Justicia, Enrique Múgica, en 1989, que concluyó con la concesión por Su Majestad el Rey de España de la Orden del Mérito Constitucional[18]. Con todo, es notoria la extraordinaria influencia que Jiménez de Asúa ejerció sobre muchos intelectuales e instituciones públicas y privadas. No es baladí hacer notar que Jiménez de Asúa se mantuvo fiel a su ideario defensor del socialismo democrático, que no podía ser sino un socialismo parlamentario en libertad e implantado desde la legalidad de la democracia constitucional; y de hecho tuvo una gran amistad con Salvador Allende, aunque una enfermedad le impidió asistir a su toma de posesión como Presidente de la República de Chile[19], que tuvo lugar el 3 de noviembre de 1970. Jiménez de Asúa, fallecería en la tarde del 16 de noviembre de dicho año (1970).

[18] Real Academia de la Historia: "*Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 – Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970*". Semblanza hecha por Luis Arroyo Zapatero. https://dbe.rah.es/biografias/13291/luis-jimenez-de-asua

[19] Martínez Cánovas, G.J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Granada, Comares (Colección Comares Historia), 2022, Introducción, págs. XXI-XXII. Subraya Martínez Cánovas la importancia de la aportación de Jiménez de Asúa a la ciencia del Derecho penal, habiendo creado Escuela académica, a la cual pertenecieron, entre otros muchos, José Antón Oneca, Mariano Jiménez Huerta, José Arturo Rodríguez Muñoz, Francisco Blasco Fernández de Morena, Manuel Rivacoba, Mariano Barbero Santos o Jorge Frías Caballero. Véase Bacigalupo, E.: "Jiménez de Asúa. Un exiliado que creó escuela", en *Cuadernos de la Fundación Española en el mundo,* Vol. I, junio, 1993. Ampliamente, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Tesis doctoral para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, dirigida por Sebastián Martín, 2017/2018, págs. 204 y sigs. ("La Universidad de Buenos Aires y la creación de una Escuela").
https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%C1N%20CA%D1IZARES.%20LUIS%20JIM%C9NEZ%20DE%20AS%DAA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1

2. PENSAMIENTO CRÍTICO (I). CONTRIBUCIÓN DE JIMÉNEZ DE ASÚA EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931

> *"Otra de las muestras indeclinables del ansia popular está en que esas formas liberales que la Constitución garantiza no sean, como se dijo al discutirse la Constitución de Weimar, meras declaraciones de derechos, sino efectivas declaraciones. Y por ello en nuestra Constitución, juntamente con las declaraciones, se hallan las garantías, efectivamente representadas por los Tribunales de amparo y por el de la Justicia constitucional o de Garantías constitucionales".*
>
> Luis Jiménez De Asúa[20]

El proceso de elaboración de la Constitución Española de 1931 (en adelante, CE) se enmarca en una coyuntura histórica en la que se apreciaba la crisis del Estado liberal de Derecho y lógicamente de las Constituciones del liberalismo originario (que, recuérdese, no era un liberalismo democrático), lo que constituyó el punto de partida del reformismo social y constitucional de pensadores cómo, entre otros, Adolfo Posada (desde el republicanismo social), primero y después Luis Jiménez de Asúa (desde el socialismo democrático)[21]. Se trata de una crisis que ya había sido percibida aún antes por pensadores tan destacados como Gumersindo de Azcárate[22] y Nicolás Salmerón y Alonso[23]. Esa crisis se había planteado desde finales del siglo diecinueve y tuvo un punto de inflexión durante todo el primer tercio del siglo veinte. Era un periodo de crisis y de refundación ante las transformaciones estructurales que se estaban operando en las formaciones sociales[24], que tuvo su traducción compleja en la primera guerra mundial, dando paso al nuevo constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (Constitución de la República de Weimar, 1919, que contó con la maestría de Hugo Preuss, la Constitución de la República Austriaca y la Constitución de Checoslovaquia, ambas de 1920, que contaría con el influjo de Hans Kelsen, y que pronto alcanzarían a la Constitución Española de 1931, tras el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera y el periodo de transición de la "dictablanda" de Berenguer). Todas estas constituciones se insertan en esa crisis y en el nuevo constitucionalismo de entreguerras que ofrece una respuesta democrática de salida de dicha crisis[25].

[20] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 39.

[21] Véase, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[22] Monereo Pérez, J. L.: "Gumersindo de Azcárate Y Menéndez (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 34, 2023, pp. 281-330, y bibliografía allí citada. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712

[23] Monereo Pérez, J. L.: "Nicolás Salmerón y Alonso (1837-1908): Reformas jurídico-sociales, culturales y políticas en el republicanismo social moderado", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 38, 2024, pp. 389-452, y bibliografía allí citada. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/963

[24] De referencia, al respecto, es la obra de Maier, CH. S.: *La refundación de la Europa burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a las I Guerra Mundial,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989. Asimismo, Gusy, C.: «Las constituciones de entreguerras en Europa Central», en *Fundamentos*, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº. 2, 2000; Corcuera Atienza, J.: «El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931», en *Historia Contemporánea,* n. 6, 1991; Monereo Pérez, J. L.: "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1–74. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370; Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426. Para ese momento histórico de transformaciones que contribuirían a impulsar un momento materialmente constituyente, véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho Político*, Madrid, C. Bermejo, 1934; Mirkine-Guetzevitch, B.: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional,* trad. Álvarez Gendín, 1ª edición, Madrid, Reus, 1934.

[25] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133 y sigs.

Entre las españolas, la más influyente de ellas sería la propia Constitución Republicana de 1931, junto con las indicadas Constituciones de entreguerras, a lo que habría que añadir la fuerte influencia de las Constituciones de la Segunda Postguerra mundial, destacando puntualmente las Constituciones Alemana, francesa e Italiana, y un nuevo periodo de crisis y de refundación sobre nuevas realidades y formas constitucionales, que se afrontaron no sólo sobre esquemas estrictamente de política del Derecho, sino también con el reclamo de otros saberes en el campo de las ciencias sociales[26].

Con un Gobierno provisional (a cuyo frente estaba Niceto Alcalá Zamora) se constituyó una Comisión Jurídica Asesora (dependiente del Ministerio de Justicia), que presidió Ángel Ossorio y Gallardo, que elaboraría un Anteproyecto de Constitución. De esta Comisión Jurídica Asesora formaba parte, el prestigioso constitucionalista Adolfo Posada, cuya ideología entroncaba con el republicanismo social krausista. Era un prestigioso iuspublicista, pero sin olvidar que también se había comprometido en las instituciones de reforma social en España, siendo de destacar su papel extraordinario en el Instituto de Reformas Sociales (y antes en la elaboración del Proyecto del Instituto de Trabajo, impulsado por el liberal social, José Canalejas y Méndez)[27]. Las dos almas de esa Comisión Jurídica Asesora, fueron, sin duda, Adolfo Posada y Luis Jiménez de Asúa[28]. A diferencia de Jiménez de Asúa, Adolfo Posada tenía una gran experiencia había estudiado la experiencia comparada en su extraordinario *Tratado de Derecho Político,* una obra magistral en la que acometió un estudio profundo sobre el Derecho comparado[29]. Además, había realizado recopilaciones útiles sobre la normativa Constitucional más innovadora[30]. No es de extrañar que ese Proyecto de Constitución estuviera impregnado de su modo de pensar[31]. Pero a Jiménez de Asúa ese proyecto le parecía de

[26] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024, espec., Capítulo 3.3.2 ("El pensamiento planificador y la nueva racionalización: la planificación democrática"), págs. 146 y sigs., Capítulo 3.3.3 ("Diagnóstico de nuestro tiempo histórico. La crisis en la estimativa, las nuevas técnicas de control social y el tercer camino: "democracia militante" y educación de las masas para la democracia"), págs. 173 y sigs., y Capítulo 3.4 ("La planificación democrática como alternativa civilizatoria ante la situación crítica de nuestro tiempo. El control democrático del gobierno en una sociedad planificada"), págs.192 y sigs.

[27] Sobre el papel desempeñado por Adolfo Posada en el proceso de reforma social, y señaladamente en la elaboración del proyecto de "Instituto de Trabajo" y en el Instituto de Reformas Sociales, véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 281 sigs. ("La participación de Adolfo Posada en el proceso de reforma jurídico-social en España. Ensayo de explicación"; "El Proyecto del Instituto del Trabajo. Los ejes fundamentales del Proyecto Posada-Buylla-Morote y sus diferencias con el posterior Instituto de Reformas Sociales"; "El Instituto de Reformas Sociales y la intervención activa de Adolfo Posada en la elaboración de proyectos de legislación social"), págs. 231 y sigs.

[28] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[29] Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 471 y sigs. ("La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización "productiva" al servicio de la realización de la política de reforma social en España"). Su contribución, desde el republicanismo social krausista, sólo puede entenderse analizando su teoría jurídico-social del Derecho y del Estado (*Ibid.,* Capítulo I "La teoría jurídico-social del Derecho y Del Estado en el pensamiento de Adolfo Posada"), págs. 31 y sigs., y Capítulo II ("La crisis del Estado de Derecho liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133 y sigs. Asimismo, Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[30] Posada, A. y Pérez Serrano, N.: *Constituciones de Europa y América*, 2 Vols., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927.

[31] Él mismo acometió su estudio al final de su *Tratado de Derecho Política* y en su libro publicado en Francia sobre *La nueva Constitución Española. El régimen constitucional en España.* Posada, A.: *Tratado de Derecho Política*, edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII a CLXIII.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003; Posada, A.: *Teoría social y jurídica del Estado. El Sindicalismo* (Buenos Aires, Librería J. Méndez, 1922). Posada, A.:

una orientación alejada de las exigencias de un tiempo histórico que vio nacer anteriormente la Constitución de la República democrática de Weimar de corte más avanzado y rupturista respecto del constitucionalismo liberal de antaño. Y es que ya, por entonces, Jiménez de Asúa había transitado del republicanismo social al socialismo democrático[32] (como lo habían hecho otros pensadores como Fernando de los Ríos Urruti y Julián Besteiro[33], que venía de las filas del krausismo-institucionista liberal), mientras Adolfo Posada seguía anclado un republicanismo social fuertemente comprometido con la democracia constitucional, impregnada de la teoría organicista del Estado, pero claramente refractario al ideario socialista[34]. Para Jiménez de Asúa la Constitución Republicana de 1931 deberá suponer una ruptura con el pasado del constitucionalismo liberal dando entrada a la forma política del Estado Constitucional democrático, en una dirección de crear una Estado democrático social[35], que todavía no era socialista, sino republicana social[36], ni podía serlo, pero que podría transitar gradualmente por vía democrática a una forma más avanzada de socialismo parlamentario y pluralista de partidos[37].

Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo, edición y estudio preliminar, "Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada" (pp. IX-LXIV.), al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018. Posada, A.: *La Nouvelle Constitution Espagnole* (*Le Régime Constitutionnel en Espagne.-Evolution.-Textes.-Commentaires*), París, Bibliothèque Constitutionnelle, Librairie du Recueil Sirey, 1932. Posada, A.: *La nueva constitución española: el régimen constitucional en España. Evolución, textos, comentarios*, trad. A. María Bueno Armijo, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, C. Bermejo, Impresor, 1934 (Adolfo Posada firmaba esta obra con referencia a su condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid). Posada, A.: *La idea pura del Estado*, Prólogo de N. Pérez Serrano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 2ª ed., 1944).

Para un estudio completo de su posición respecto al Proyecto de la Comisión Jurídica Asesora y de la nueva Constitución Republicana conforme al pensamiento de Adolfo Posada, véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 477 y sigs. ("La crítica a la concepción limitada de la ciudadanía liberal en la crisis del Estado liberal de Derecho. Los límites de la concepción liberal individualista de los derechos"); Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[32] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española,* Madrid, Reus, 1932, pág. 3; *Ibid.,* "República y socialismo", *El Sol,* 21 de febrero de 1930 *Ibid.,* "República y socialismo", *El Sol,* 21 de febrero de 1930; y los desarrollos más avanzados en otras publicaciones suyas cómo Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

[33] Lamo de Espinosa, E.: *Filosofía y política de Julián Besteiro,* Madrid, Edicusa, 1973; Lamo de Espinosa, E. y Contreras, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro*, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990.

[34] Véase, al respecto, Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo I ("La teoría jurídico-social del Derecho y del Estado en el pensamiento de Adolfo Posada"; "El Estado como organización de la sociedad democrática"; "La teoría organicista del Estado y su especificidad en el pensamiento de Adolfo Posada"), págs. 31 y sigs., Capítulo II.2 ("Los presupuestos de reforma desde el liberalismo político-social avanzado"; "Revisión de la "constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "La democracia "orgánica" liberal y la defensa de la democracia liberal "adaptada""; "La reforma de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos ("Parlamento industrial" o "Cámara social"), págs. 133 y sigs., y asimismo, págs. 506-515 ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional" en la sociedad democrática). Pero también su "modernidad" cuando se trataba de afrontar el estatuto jurídico de los derechos sociales de la ciudadanía ("El Derecho como técnica específica de integración social: los derechos sociales de la ciudadanía en el pensamiento de Adolfo Posada en la Constitución social"), pág. 477 y sigs.

[35] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio).

[36] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 67.

[37] No se olvide la experiencia de la República de Weimar, con Hermann Heller, Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Ernst Fraenkel, etcétera, y de la República Austriaca con Otto Bauer y Karl Renner; y Hans Kelsen –próximo a la socialdemocracia- entre esos dos mundos. Puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer

Con ello la Comisión Jurídica Asesora cumplió su cometido. Constituidas las Cortes Constituyentes se creó una Comisión constitucional (28 de Julio de 1931)[38]. Jiménez de Asúa presidió dicha Comisión, por entonces Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid y de ideología socialista democrática[39]. En un plazo de veinte días se entregó al Presidente del Consejo de Ministros el Proyecto de Constitución. Veinte días justos tardó la Comisión parlamentaria de Constitución en componer su ponencia. Jiménez de Asúa se quejaba del poco tiempo disponible para su elaboración. La rapidez con que la Comisión compuso el Proyecto es insólita en las Comisiones Parlamentarias de Europa[40].

La Constitución de la Segunda República Española se aprobaría por la Cortes Constituyentes el 11 de diciembre de 1931[41]. Con gran sinceridad Jiménez de Asúa se reconocía sus limitaciones de partida, pues dejó constancia de que no era especialista en Derecho constitucional. De hecho, se vio abrumado con el nombramiento parlamentario de su componente de la Comisión de Constitución,

y la experiencia de la República Austriaca", estudio preliminar a la obra de Bauer, O: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falta racionalización (Nuevas técnicas de producción y de organización del trabajo),* traducción del alemán por Ramos Oliveira, revisión y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV. De los propios pensadores: Bauer, O.: "Observaciones sobre la cuestión de las nacionalidades", en VV.AA.: *La Segunda Internacional y el problema nacional y colonial (Segunda parte)*, México, Cuadernos de Pasado y Presente, núm. 74, 1908/1978; Bauer, O.: *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* (1907/1924), publicado en *Marx-Studien,* Vol. II, Viena, 2ª, edición, 1924. Traducción: *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia*. Buenos Aires, Siglo XXI, 1979; Renner, K.: *Schriften (hrgb. Anton Pelinka),* Viena, Residenz, 1994. Para los otros pensadores citados véase la bibliografía final y la citada en otras notas. Renner, K.: «Staat und Nation» (1899), en *Schriften,* Viena, Residenz, 1994; Renner, K.: *Estado y nación. El derecho de las naciones a la autodeterminación,* Madrid, Tecnos, 2015.

[38] Respecto al proceso de elaboración de la Constitución republicana y el papel desempeñado por Adolfo Posada en ese proceso constituyente en la Comisión Jurídica Asesora, véase Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 476-515.

[39] Jiménez de Asúa lo cuenta así: El 28 de julio de 1931 se reúne por vez primera la Comisión Parlamentaria, y luego de designar Presidente, Vicepresidente y Secretarios, delibera sobre un punto esencial para sus trabajos. El Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora no logró asenso unánime en el Consejo de Ministros. La Comisión Jurídica Asesora había hecho, sin embargo, un trabajo técnicamente meritísimo, y era insensato desdeñar el certero material ordenado en aquellas páginas. Se acordó, pues, servirnos, como cimientos, del Anteproyecto de la Comisión jurídica y de sus votos particulares. A pesar de que los comisionados del Parlamento teníamos en ese Anteproyecto y votos particulares muy estimable material técnico, se imponía colmarlo de contenido político democrático. Es de máxima premura que el país se halle pronto dotado de una Carta Magna que defina los derechos de los españoles y organice los poderes del Estado. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 35 y sigs.

[40] Como indica Jiménez de Asúa, el proyecto definitivo alemán, tercero de los elaborados, que inspiró Hugo Preuss, se leyó en la Asamblea parlamentaria el 28 de febrero. El 4 de marzo pasó a la Comisión, que terminó su labor el 18 de junio, invirtiendo, así, tres meses y medio. Por lo que respecta a Austria, el dato concreto que se encuentra en *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts,* tomo XI, 1922, pág. 237, donde se dice que la Comisión de Constitución emprendió su tarea el 11 de julio de 1920 y que en primero de octubre aprobó la Asamblea constitucional plenaria, sin modificación esencial, el texto así redactado. Habían transcurrido tres meses y también este país un gran pensador inspiró los trabajos constitucionales: Hans Kelsen. A diferencia de estos y otros países europeos, en nuestro país se tuvo que componer una Constitución en sólo veinte días, pero indicando que el Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora fue de máxima valía su rigor técnico-jurídico, aunque, expresa Jiménez de Asúa, "hay que reconocer que se había quedado corto en las aspiraciones políticas". De ahí que, aun cuando la Comisión Parlamentaria tuvo muy en cuenta esos trabajos de enorme valía técnica, no sólo los de la ponencia mayoritaria sino los contenidos en los votos particulares de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora. Se tuvo que llenar de contenidos democráticos más avanzados, conforme a las aspiraciones populares. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 19-20.

[41] Lo cuenta expresamente Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R. D (República Dominicana), Edición del Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (de la colección sobre pensamiento socialista en el exilio), págs. 6 y sigs.

y sorprendido después con la pesada honra de presidirla[42]. Pero hay que añadir, de inmediato, que Jiménez de Asúa mostró su gran inteligencia en encabezar ese proceso constituyente desde el punto de vista técnico y de política del Derecho constitucional. Con la misma sinceridad indicó que el texto que la Comisión de Constitución –que el Presidió- "era infinitamente más esbelto y armónico que la Constitución aprobada. El Parlamento, que ha conservado el esqueleto y aun la musculatura de nuestro Proyecto, a veces ha tatuado su piel con algunos adornos, no siempre de buen gusto. Pero en dos o tres caso ha alterado el orden de las piezas de la osamenta. Si luego la Constitución no marcha todo lo airosa que deseamos, quiero que conste que no es nuestra la culpa"[43]. Pero hay más, al poco tiempo de ser aprobada la Constitución de la República, mostró su deseo de retirar su actividad del campo de la política y así lo pidió a sus compañeros del Partido socialista[44]. Pero bien es sabido que

[42] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., Prólogo (escrito en Madrid, 20 de diciembre de 1931-Iº de abril de 1932), pág. IX. Advertía que él no era más que uno los miembros que redactaron el Proyecto y uno de los 368 Diputados que debatieron y votaron la "Ley política de la República española" (*Ibid.,* pág. XIV).

[43] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, Prólogo, págs. XIV-XV. Ejemplos de su crítica son adelantados en el Prólogo. Así, observa, que de no aceptar un Presidente de la República fuerte, elegido por el pueblo, y una Cámara única con su armónico conjunto de Consejos técnicos que sirvieran de fieltro suavizador para impedir fricciones entre Presidente y Parlamento, hubiera sido indispensable la interposición de una Cámara corporativa o Consejo Nacional. Por otra parte, el sistema de la Constitución, tal como está después del voto de las Cortes, tiene piezas de extraña factura, como los "compromisarios que se nombran para elegir al Presidente en concurso con el Parlamento". La intervención de éste en la elección del Jefe de Estado, le pone por demás bajo el imperio de la Cámara única. El Presidente fuerte que imaginamos, queda sí reducido al más débil Magistrado de cuantos en el orbe rigen hoy los destinos de los pueblos. Y añade que no quiere anticipar la crítica. Basta lo apuntado para que sirva de alegato en pro de su preferencia por el Proyecto constitucional que compusieron los comisionados del Parlamento (*Ibid.,* págs. XV-XVI, y crítica más precisa en págs. 343 y sigs.). Es manifiesto que Jiménez de Asúa no va a rehuir la actitud crítica respecto al proceso mismo y sobre todo respecto a los debates constitucionales o finalmente en relación al texto constitucional finalmente aprobado. El art. 66 del Proyecto Parlamentario (recuérdese que es el elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución) disponía que "El presidente de la República será elegido por sufragio universal, igual, directo y secreto", a diferencia del correspondiente art. 68 de la Constitución aprobada establecía otro sistema completamente distinto, a saber: "El Presidente de la República será elegido conjuntamente por las Cortes y un número de compromisarios igual al de Diputados. Los compromisarios serán elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, conforme al procedimiento que determine la Ley. Al Tribunal de garantías constitucionales corresponde el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios". Jiménez de Asúa expresa los términos del problema: "Tal y como nosotros –los autores del Proyecto parlamentario- habíamos concebido el juego de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, se precisaba construir una Magistratura presidencial fuerte. Por esto la obteníamos del voto popular directo. En verdad este procedimiento no está inmune de riesgos y acaso sea el más importante que degenere la Presidencia en una Dictadura personal. Lo dijo F. José Ortega y Gasset en una bella imagen, el día en que expuso su criterio sobre la totalidad de la Constitución. Cuando el plebiscito es usado con demasiada frecuencia, sobre las losas de mármol se sienten las sandalias del César que llega. El medio de evitar esto y de mantener al Jefe de la República independiente de las Cortes, es acudir a una elección de segundo grado mediante compromisarios –como acontece en los Estados Unidos y en la Argentina-; pero sin mezclar a los Diputados, que para nada debe participar en la elección del Presidente. D. José Ortega y Gasset participaba de este punto de vista, y entonces hube de incitarle a que, a pesar de haberse ya tomado en consideración el antedicho voto de Alomar, Gómez, Castrillo y Ruiz Funes, defendiese como enmienda ese sistema más puro y eficaz. Así lo hizo en la tarde del 30 de octubre, pero yo no logré persuadir a mis compañeros de Comisión para que aceptaran la lógica propuesta; ni Ortega consiguió convencer a los Diputados". La cuestión sería merecedora de una crítica audaz por parte de Jiménez de Asúa, pues, entiende, que con la fórmula triunfante "se incrusta en la Constitución la más incongruente fórmula y de un golpe se desnivela todo el edificio de Poderes construido en el Dictamen [Proyecto parlamentario de Constitución]. Se imaginó un Presidente fuerte –aunque con mermas considerables si se le compara con el alemán- y se ha configurado en la Constitución una Magistratura endeble, que nace de la Cámara, armada de *"recalle"* y que, por ser única, puede dominar al más alto dignatario del Poder Ejecutivo y someterle a una Dictadura parlamentaria" (*Ibid.*, págs. 349-351).

[44] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., Prólogo, págs. XVI-XXII. Recuerda que desde el 17 de abril, en que escribió su artículo en *La Libertad,* postulando el "Retorno a la Ciencia", había insistido en su anhelo de restituirme a mis tareas amadas de la Cátedra y del estudio. Reafirma su provisionalidad en la actividad política. "Continuaré ejerciendo mi cargo de Diputado mientras duren las Cortes Constituyentes; pero, salvo imposición

su "petición" de retirada a laborales académicas no fue atendida, porque su mismo partido no podía prescindir de él. Y así, estará comprometido no sólo durante todo el transcurso de la corta vida de la Segunda República, sino también en la postguerra y el resto de su vida. Bien es cierto, que después de la postguerra sí pudo compaginar mejor su brillante tarea investigadora universitaria con la labor desplegada en la actividad política. Siempre fue coherente como intelectual comprometido con un ideario socialista.

El texto de la Constitución de 1931 se sirvió del Anteproyecto elaborado previamente por la Comisión Jurídica Asesora con sus votos particulares[45] (un Anteproyecto de inequívoco rigor técnico-jurídico, aunque no asumía plenamente todas las consecuencias de las constituciones republicanas de Weimar y Austriaca), aunque lo hizo selectivamente: así, la pretensión de configurarla como verdadera Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, su influencia es manifiesta en el tratamiento de las materias sociales y económicas, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, la creación de un Tribunal de Justicia Constitucional, el reconocimiento de las autonomías regionales. La ruptura constitucional con el constitucionalismo liberal se manifestaba en la dimensión normativa no sólo de la llamada parte orgánica, sino también de la "parte sustantiva" –término que Jiménez de Asúa consideraba preferible a la denominación de "parte dogmática"-, porque garantizaba derechos, no limitándose a proclamarlos como principios declarativos. Antes era el Derecho constitucional Derecho adjetivo, de garantía; el sustantivo era el privado. Hoy, en virtud de esa evolución y a causa del ensanchamiento del perímetro horizonte de esos derechos, está en plena evolución sustantiva el Derecho constitucional. En suma, hoy, más que "parte dogmática", hay que denominarse, "parte sustantiva", porque han de ser llevados a esa área todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz. Colocados en la Carta constitucional, no sólo asumen la legalidad corriente a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución, defendida por su rigidez. La Constitución de México de 1917, de Rusia de 1918 y de Alemania de 1919 –Constituciones madres-, abre sus textos, cada una en su estilo, a toda una teoría de derechos y ansias populares que antes no correspondían al puro concepto constitucional de la época individualista. En el combate por los derechos se ha ensanchado ese campo de los Códigos políticos (constituciones en el lenguaje de Jiménez de Asúa), y nuevos derechos humanos –o mejor, deberes del Estado-, se plantan en los campos familiar, económico y social. Por eso, si comparamos las viejas Cartas políticas con las modernas Constituciones de la postguerra (primera postguerra mundial, lógicamente), es fácil percibir en sus textos nuevos artículos que antes no figuraban en las leyes fundamentales del Estado. Se ha ido más allá de las tradicionales declaraciones de derechos humanos (como la Declaración de los derechos del hombre de 1789)[46]. Se impone, pues, que España siga un criterio material generalizado, en el sentido de que cada Estado

expresa del partido a que obedezco, no quisiera volver, cuando esta Cámara se disuelva, a sentarme en los bancos de representantes del pueblo… Solicito que se me deje trabajar en mis laborales propias, que vuelva a sentir mi auténtico deber de Catedrático y escritos. Des la modesta tribuna profesional y desde las páginas del humilde libro técnico, se hace también España y Socialismo. Hay que formar nuevas generaciones y hay que construir el Derecho penal socialista. A ello dedicaré todas las horas de mi vida. Los afanes que se emprenden gustosamente, no fatigan y en ellos se logra suceso. Quiero dedicarme a mis muchachos universitarios y a mis libros, con esperanza de triunfo". (*Ibid.*, págs.)

[45] Sobre el Anteproyecto de la Comisión jurídica Asesora, su origen y labor, y su interrelación con el Proyecto parlamentario elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución y el texto constitucional definitivamente aprobado, véase, desde el conocimiento directo de todo el proceso constituyente, Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, Primera Parte ("Los proyectos constitucionales y la Constitución de 1931"), págs. 1-105. La Segunda Parte, se dedica ya a analizar el "Proceso evolutivo del articulado constitucional. Texto de la Constitución, del Proyecto parlamentario y del Anteproyecto técnico", págs. 107-493.

[46] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 47-48; Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 25.

constitucionaliza aquellas cuestiones y materias que en cada momento histórico tiene para él una importancia central y que, por tanto, para entrar en aquella región más elevada, la de la superlegalidad en el ordenamiento jurídico, que coloca determinadas soluciones por encima de los vaivenes de la cambiante opinión parlamentaria. Precisamente el Título de los derechos y deberes de los españoles es uno de los que suscitaron mayor debate y controversia parlamentaria. Se trata, de lo que es conocido hasta ahora con el nombre de parte dogmática, y que mejor sería denominar sustantiva, porque a ella van a parar la tabla de los derechos que se establecen para el ciudadano, para la familia, para el sindicato, para la cultura y para la economía[47].

Cuando afronta la Parte dogmática o sustantiva en la Constitución de 1931 (Título III), entiende que la realidad es que la parte dogmática o sustantiva tiene valor igual, por lo menos, a la Orgánica, y por ello suele anteponerse en casi todas las Constituciones. Contiene, no sólo auténticas normas jurídicas, sino también meras afirmaciones, expresión de convencimientos, enunciación de programa u orientación futura, promesa de reformas, etcétera. Pero la realidad es que hoy no se concibe una Constitución normal y completa si no aparecen esas Declaraciones de Derechos. Ahora bien, "lo que ahora es que las declaraciones de los derechos del hombre no sean meras *declamaciones,* como se dijo en Alemania al discutirse la Constitución de Weimar"[48]. Se trata de plasmar la preocupación por los problemas de fondo, preocupación por los derechos de los grupos o seres colectivos y preocupación por la efectividad y garantía de la órbita reconocida a los ciudadanos. Tales son hoy las cuestiones que predominan en toda Declaración dogmática. Y esto es lo que se ha pretendido realizar en la Constitución de la República española de 1931. Es preciso garantizar a los ciudadanos contra los ataques de los poderes, incluidos los poderes públicos ejecutivo y el judicial, y estas garantías se hallan en la Constitución[49].

Al tiempo, en todo el proceso constitucional se ponen de relieve todos los grandes problemas de un Estado, sobre los cuales hay que *transaccional* (vale decir, consensuar) y *decidir*, desde los problemas de organización política del Estado y estructuras de gobierno, las bases de su organización jurídica, tanto de la "constitución económica", como de la "constitución social" (que remite a la conformación de la triada de derechos económicos, sociales y culturales) y el sistema de derechos y deberes constitucionales. La Constitución, no obstante, ciertos contenidos más o menos estandarizados (relativos a los pilares del sistema político y jurídico, de los derechos fundamentales, de la constitución económica, social y cultural, y del modelo de garantías y de reforma constitucional), refleja (al menos las constituciones verdaderamente democráticas) un acotamiento de las preferencias materializadas en la formalización de la sociedad formalizada en el Texto Constitucional.

Piensa Jiménez de Asúa que en el mundo contemporáneo existe una pugna entre la técnica y el ansia popular. Técnicamente una Constitución, una Constitución no es nada más que una pieza normativa que en que juegan dos ingredientes básicos: una parte que se viene denominando parte dogmática, en la que se hace una declaración de los poderes. Precisamente en esa tabla de derechos es donde se ha reñido la mejor batalla del pueblo con la técnica, porque todo un proceso de aspiraciones y programas que el pueblo desea ver incorporados en la Constitución, han ensanchado su restrictivo

[47] Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 32-33.

[48] Para esta problemática, Jellinek, G.: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* trad. y estudio preliminar originario de A. Posada, edición y estudio introductorio "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica" (pp. VII-XXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Monereo Pérez, J. L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 166–273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323

[49] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.61-65.

radio de antes para hacer mucho más henchido de problemas e instituciones nuevas. En este sentido no debe desconocerse que la Constitución es una superlegalidad. Pero este tipo de Carta constitucional se aparta de las que fueron Cartas otorgadas y las Constituciones del liberalismo originario desprovistas de esa fuerza normativa conformadora tanto en la parte orgánica como en la parte dogmática o sustantiva de los derechos. La Constitución de la República española fue una Constitución moderna y renovadora en el desarrollo histórico del constitucionalismo[50].

Según Jiménez de Asúa esta Constitución -como todas las constituciones democráticamente instituidas- establece, en su parte orgánica, la arquitectura de los poderes (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial). Pero teniendo en cuenta que todos los poderes emanan del pueblo sin excepción[51]. Sin embargo, junto a la parte orgánica se incorpora una parte dogmática que garantiza las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. De este modo, los pueblos llevan a la Constitución sus más inmediatas y relevantes aspiraciones. De ahí, que en Constitución jurídica se consagren el conjunto de los derechos atendiendo a la *"superlegalidad de la Constitución"*. Estos derechos se van enriqueciendo con otros que van emergiendo a medida que los problemas sociales y del trabajo van llenando los textos constitucionales contemporáneos. Si se toman, por ejemplo, las Constituciones de Weimar, de México, de Austria, de Rumanía, se comprueba que afirman la superlegalidad de la Constitución y se incorporan a ella todos los derechos del pueblo, blindándolos frente a posteriores cambios de los poderes legislativos como antes era muy frecuente. Y ello sin perjuicio de su desarrollo en las leyes estatales que deben respetarlos (aspiraciones "grabadas en la Constitución para que no las atropelle el Parlamento", dice expresivamente Jiménez Asúa"). La Constitución Republicana era una Constitución plenamente democrática.

De este modo, Jiménez de Asúa viene a subrayar -aunque con un lenguaje pedagógico informal, pues se trata de una Conferencia impartida para un auditorio muy plural- la *fuerza del Derecho constitucional* para garantizar los derechos fundamentales frente a posibles arbitrariedades de poderes estatales cambiantes según la coyuntura política del momento histórico. Estas nuevas Constituciones democráticas son normas jurídicas supralegales en su integridad y no son pueden ser degradas a simples "cartas otorgadas". En la parte dogmática de la Constitución jurídica se consagran derechos civiles y políticos, pero también derechos económicos, sociales y culturales: derechos de iguales (incluida la igualdad entre hombre y mujer: la Constitución española proclama que el hombre y la mujer son iguales en derechos y deberes sin posible discriminación[52]), derechos de libertad de reunión, asociación, sufragio libre universal. Se materializa, así, una política nueva. Ello es coherente con los mismos artículos 1 y 2 de la Constitución Republicana de 1931, es decir, con los principios jurídicos fundamentales del cuerpo normativo constitucional.

La Constitución Republicana, acometía, así, una transformación jurídica y cultural, también en el ámbito de la cultura política. Y no sólo "desde arriba", sino también desde abajo contribuyendo a crear una esfera de opinión pública participativa. Se acometió la reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida en la dirección de una modernización social-liberal ampliada *erga omnes,* es decir, extendida a toda la

[50] Véase Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 22 y sigs.

[51] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), pág. 9.

[52] Resulta significativo que el art. 23 del Proyecto Parlamentario se indicara que "Se reconoce, en principio, la igualdad de derechos de los dos sexos". Se presentaron enmiendas de Campoamor y Victoria Kent, para suprimir la palabra "en principio", que abría la posibilidad de establecer excepciones al principio de igualdad absoluta. Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.182-183.

ciudadanía. Con un papel importante en la Segunda República de personalidades como Adolfo Posada, en su madurez, Fernando de los Ríos –gran amigo de Jiménez de Asúa[53], Luis de Zulueta, y de manera muy destacada en el campo de la pedagogía, L. Luzuriaga[54]. La expresión utilizada por el art. 1 de la Constitución Republicana de 1931 de que España es una "*República democrática de trabajadores de toda clase*"[55], no debe interpretarse como una exclusión, sino como una forma de destacar el papel del trabajo en la sociedad democrática y conlleva también una aspiración de futuro. Ello es reflejo de un ideal relativo a la centralidad del trabajo en la Constitución, que nunca puede ser interpretada como una restricción de derechos y libertades a todos los ciudadanos por igual[56]. Y se explicita y materializada por la relevancia del trabajo, en sus dimensiones individual y colectiva/sindical, en distintas disposiciones fundamentales de la Constitución jurídica elevada a Norma Fundamental del ordenamiento jurídico por ella construido. Nuestra Constitución influiría en la Constitución Italiana, cuando afirma, en ese orden de ideas, que "Italia es una República democrática fundada en el trabajo" (art.1, apartado). El art. 1 de la Constitución Italiana significa que la República italiana, fundada en el trabajo, muestra la finalidad de la norma introducida en la Constitución de querer ser un Estado, que pertenece a todos los ciudadanos, los cuales, en cuanto son también trabajadores actuales o potenciales, participan en el desarrollo de la vida social. Un tipo de Estado que se considera garante de la efectiva libertad, igualdad y dignidad de todos los ciudadanos que como trabajadores (actuales o potenciales) contribuyen a crear una sociedad del bienestar económico y social. Se verifica de este modo, el tránsito del Estado de Derecho liberal al Estado de justicia social, que conectaría con la idea subyacente de que Italia es una "República democrática de Trabajadores"[57].

---

[53] Esa amistad venía de lejos y se mantuvo hasta final. Significativamente, De los Ríos Urruti, F.: *¿Adónde va el Estado?*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1951. (Obra póstuma prologada por Luis Jiménez de Asúa).

[54] Puede consultarse, en un análisis detenido de la trayectoria de ese enfoque de la modernización social-liberal ampliada que alcanzó de lleno al proyecto de modernización de la Segunda República Española, Monereo Pérez, J. L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, Capítulo 2.2. ("La reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"), págs. 104 y sigs., Capítulo 3 ("Institucionismo social-liberal y reformismo social y jurídico en Giner de los Ríos"), págs. 159 y sigs. Según Adolfo Posada es fórmula constitucional es objetable por su "ingenuidad" y su "parcialidad". No obstante, Posada muestra un respeto absoluto a la Constitución de 1931, a pesar de mirar con desconfianza y actitud crítica el presupuesto de ésta, que, según él, era la superación de toda forma de liberalismo y sus tendencias disgregadoras. En este sentido, hace notar que el Derecho constitucional español se ofrece así condensado en dicha Constitución, obra de unas Cortes constituyentes y *rectificación de las tendencias doctrinarias* triunfantes bajo la Restauración con la Constitución de 1876 -de hecho anulada con la Dictadura de Primo de Rivera (1924-1931)- y *transacción* entre aspiraciones revolucionarias y resistencias u obstáculos tradicionales. Ve en ella la culminación de un proceso de reforma constitucional que la incardina en la tradición del constitucionalismo social inaugurado por la Constitución de Weimar de 1919. Cfr. Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 476-515, en particular págs. 483-484, con cita de su *Tratado de Derecho político,* Tomo II, pág. 553. Tomo II actualmente integrado en Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII.), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

[55] Artículo 1º de la Constitución de la República Española de 1931 (Palacio de las Cortes Constituyentes a nueve de diciembre de mil novecientos treinta y uno. —El Presidente, Julián Besteiro.): "España es una *República democrática de trabajadores de toda clase*, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un *Estado integral, compatible con la autonomía* de los Municipios y las Regiones. La bandera de la República española es roja, amarilla y morada". «Gaceta de Madrid» núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588 (11 págs.). Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008 https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1931/344/A01578-01588.pdf

[56] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D (República Dominicana), 1943, Edición del Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (de la colección sobre pensamiento socialista en el exilio), págs. 9-11.

[57] Scognamiglio, R.: *Il Lavoro nella Costituzione Italiana,* Milano, Franco Angeli Editore, 1978, espec., págs. 22-34, y bibliografía allí citada.

Adolfo Posada valoraría muy positivamente la parte dogmática de la Constitución Republicana de 1931, destacando el reconocimiento de los derechos sociales, la ciudadanía social y la idea de solidaridad social inspirándose en la Constitución de Weimar[58]. Se consagra el Estado Social[59] y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Para Posada en la Constitución de 1931 se establecen "los fundamentos constitucionales del "derecho social"" (Título III, Capítulo segundo). En el Capítulo segundo del Título III se manifestó nítidamente la influencia de las más recientes tendencias sociales y de las nuevas fórmulas del Derecho constitucional. En el conjunto de las nuevas Constituciones se ve la transformación del Derecho político del viejo liberalismo en un Derecho político "teleológico", con la incorporación a sus textos de las declaraciones dogmáticas y normativas en las que se pretende proteger jurídicamente bienes, valores e intereses de carácter social. De ahí la tendencia socializadora –que Adolfo Posada encuentra algo excesiva, pero que cabe añadir que ya figuraba en el art. 28 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora[60]-, la protección de los trabajadores, y el alto valor concedido a todos los derechos económicos, sociales y culturales, destacando la educación y la cultura. Con todo la Constitución española de 1931 refleja: 1º el cambio de poder de los elementos sociales gracias a la fuerza obtenida por el proletariado organizado; 2º la intensificación y la expansión alcanzadas por la noción de "deber social" del Estado, noción generadora de sus intervenciones tutelares y que da el impulso en el orden económico, y de una manera especial en el mundo del trabajo, y, finalmente, 3º) la tendencia histórica irresistible a declarar la enseñanza como función del Estado, órgano neutro independiente de todo dogmatismo confesional. También observa que la Constitución es "feminista", pues realiza la aspiración fundamental del feminismo militante, declarando la igualdad jurídica –y política- de los sexos (artículo 25)[61]. Con todo, subraya que la Constitución protege como "súper-ley" las pretensiones de los débiles en las relaciones sociales y familiares, imponiendo la transformación de algunas instituciones civiles[62]. El

[58] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de Varela Suanzes-Carpegna, J., Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), págs. 139 y sigs. ("Orientación de la parte dogmática")

[59] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), Capítulo IX ("La Constitución de 1931. Declaraciones y Normas Fundamentales"), págs. 125 y sigs. No obstante crítica que no se emplee en el ella la expresión soberanía nacional, consagrada en nuestro Derecho constitucional como bandera frente a las pretensiones de la Monarquía, y no emplea en el preámbulo la palabra nación, separándose así de la regla dominante en nuestra historia constitucional (*Ibid.,* pág. 125). Y crítica también la fórmula "República democrática de trabajadores de toda clase", porque, aparte de ser ingenua, se parece al artículo 10 de la Constitución Rusa ("La República rusa será una comunidad socialista libre de todos los trabajadores de Rusia". Pero aclara inmediatamente: "Y aunque nuestras constituyentes no hayan pensado ni por un momento en inspirarse en la Constitución soviética, el referido artículo viene, lógicamente, a la memoria. Nada se habría perdido por mantener la concepción del "hombre" y la condición de "ciudadano" como base esencial de la República española, comunidad de "hombres" libres de toda condición e iguales ante la ley y el Derecho" (*Ibid.,* págs. 128-129).

[60] Se indicaba en el art. 28 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora que "La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente mediante expropiación forzosa por causa de utilidad social, que la ley definirá, determinando asimismo la forma de indemnización. Con iguales requisitos la propiedad podrá ser socializada" (párrafo 3º).

[61] La efectividad de ese principio de igualdad se consiguió a través de enmiendas al Proyecto parlamentario planteadas por Campoamor y Victoria Kent. Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 182-183.

[62] El art. 43 de la Constitución republicana de 1931, protege a la familia en igualdad de derechos, y entre otras garantías sociales, establece que "El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protegerá a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño". En un sentido análogo se pronunciaba el correspondiente en contenido art. 41 del Proyecto parlamentario, Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 17-18. Hubo muchas enmiendas. La posición de Jiménez de Asúa quedó reflejada en el texto. Se planteó un gran debate sobre el divorcio. Para Jiménez de Asúa era lógico que se concediera, en principio, el divorcio sin sujeción a causas concretas, especialmente en el caso de la mujer; no así en el caso del hombre, dada la realidad social de los cónyuges

art. 46 debe vincularse con las iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo y entiende que habría que haber constitucionalizado una "Carta del trabajo" en la que se reuniera la esencia de las reformas sociales elaboradas y por alcanzar en la dirección de instaurar el "Estado social", que exige la constitucionalización del trabajo que gozará la protección de las leyes. Como también debe realzarse los artículos 48 a 50 (la constitucionalización de la cultura-servicio), que impone al "Estado la 'función de cultura'", coincidiendo en este punto con la orientación general del constitucionalismo de postguerra (Constitución de Weimar, artículos 142 1 149, "Checoslovaquia", artículos 11 y 120; finlandesa, Título VIII; polaca, artículos 117 a 120, etcétera). Dentro de los "deberes" constitucionales destaca que el artículo 44 declara que "toda la riqueza del país sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes"[63].

Ahora bien: advertiría de lo que, en su opinión, eran excesos en definición de la forma política. En el fondo está de acuerdo con la idea subyacente a la definición de la República como "*Estado integral*", aunque quizá se ha querido decir "integrado", lo que sería una cosa muy distinta de integral, expresión que, según la Academia española, se aplica "a las partes que entran en la composición del todo". Pero indica seguidamente que lo que se ha querido expresar al utilizar el término de Estado integral realmente es "que España es un Estado políticamente compuesto y que se mantiene como tal, aunque reconozca y organice de manera autónoma a los municipios y regiones. En otros términos, la Constitución, declarando el Estado español compatible con la autonomía de los municipios y las regiones"[64]. La fórmula del "Estado integral" pretendía resolver el problema regional en la segunda república española[65]. Se trataba de una fórmula intermedia y de compromiso político entre el unitarismo (Estado unitario y centralizado) y el federalismo (Estado federal). En esta fórmula la soberanía no se fragmenta en el sentido estricto ("fuerte") que le es propio al Estado federal, como modelo de "Estado compuesto", toda vez que en el breve Preámbulo que encabeza el texto de la Constitución Española de 1931 se indicaba que "España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución". Y, a su vez, el art. 1 de dicha Constitución establecía que "La República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones" (párrafo 2º, Cfr. Art. 8).

Por otra parte, observa Jiménez de Asúa, que "deliberadamente no hemos querido decir en nuestra Constitución que España es una República federal; no hemos querido declararlo, porque hoy tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica y práctica. Sirva de ejemplo

(*Ibid.*, pág. 276). Ahora bien, sin prejuicios y atendiendo a la "cultura" de la época, el art. 43 de la Constitución definitiva precisaba que el Matrimonio "podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquier de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa". Jiménez de Asúa, por otra parte, constaba la crisis de la institución matrimonial y traía a colación el Código de la Familia de Rusia que consagró en toda su amplitud "la teoría socialista de las uniones libres" (*Ibid.*, pág. 277). Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs., 36-37.

[63] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), págs. 153-167.

[64] Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932), pág. 129.

[65] Tomás y Valiente, F.: «El «Estado integral»: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en García Delgado, J. L. (ed.): *La II República española. El primer bienio*, Madrid, Siglo XXI, 1987. En toda la producción en materia constitucional de Jiménez de Asúa se insiste en esa idea finalista de integración atendiendo a un criterio de unidad en la diversidad autonómica: "*unitas multiplex*" en la organización política del Estado democrático. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932; *Ibid., La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ercilla, 1942; *Ibid., La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; *Ibid., Anécdotas de las Constituyentes*, Buenos Aires, Patronato hispano-argentino de cultura, 1942.

Alemania… Vemos en su Constitución de 1919 cómo se ensanchan los poderes del Reich y cómo los antiguos Estados reciben el nombre menos ambicioso de *Länder.* El Estado federal alemán va transformándose en Estado integral. No hemos querido, además, hacer uso del término federal, porque federa es unir. Se han federado aquellos países que vivieron dispersos y que más tarde quisieron vivir régimen colectivo. El caso de España es inverso: Estado unitario hasta ahora; varías de sus regiones pretenden autonomía. La antítesis Estado unitario-Estado federal exige hoy superación, por una síntesis de Estado integral"[66]. Entiende Jiménez de Asúa, que la superación de la antítesis por una síntesis "integralista" (integradora) del Estado, fue el intento sagaz de Preuss en la Constitución de Weimar, que no pudo realizarse plenamente, pero que está en marcha de realización en la Alemania de la época desde que fue aprobada su Constitución. Consistía aquél en disminuir prácticamente los residuos de soberanía de los Estados federados hasta hacerla sustituir por una amplia autonomía político-administrativa, de un lado, y, de otro, acentuar la mera descentralización administrativa de las provincias prusianas, hasta transformarla prácticamente en autonomía político-administrativa; de ello debía resultar un Estado integral único, el alemán, y tantos territorios autónomos, equivalentes, o sus herederos, más las provincias prusianas. No se logró completamente el intento, pero se avanzó y avanzado en él lo bastante para que se plantee hoy con riguroso legitimidad el problema de si es o no un Estado federal el que rige en Alemania, y para que, bajo el prestigio de lo alemán, sea lícito afirmar la crisis de aquél junto a la del Estado unitario y la necesidad de superarlo, por el camino que señaló Preuss –ese gran talento que murió sin llegar a la meta del Profesorado por la incomprensión del oficialismo alemán representada por Gierke[67] y Jellinek[68]-, mediante el Estado integral, ora se parta para ello de un Estado anteriormente unitario o bien de un régimen federal. En esta línea de pensamiento estima que el punto de arranque en el proceso constituyente para llegar a este Estado integral es la preexistencia y continuidad del Estado español, que después de haber sido durante siglos un férreo e inútil Estado unitario, va a transformarse en moderno "Estado integral", pero sin dejar de ser siempre el mismo y único gran Estado español. Frente al Estado unitario, tiene el integral la ventaja en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculación de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y, frente al Estado federal, tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político-administrativa, al Estado -sin perjuicio de los diversos grados posibles de descentralización administrativa-, junto a aquellas otras regiones que quieran y estén capacitadas para asumir funciones de autodeterminación, en grado de distinta intensidad, que son variantes de matiz en las posibles autonomías regionales diversas, sin imponer una relación uniforme entre el Estado y unos y otros territorios. Esto es lo que en el Proyecto de Constitución se ofrece.

Por ello se ve claramente atacado el unitarismo en los artículos 15 y 19; no admitido el federalismo en los artículos 14 y 17, y, en cambio, paladinamente proclamado el régimen de Estado integral en los artículos 16, 18 y 20. Aunque el socialismo democrático pretende la federación de Europa y aun del mundo, no puede desconocer que una región española, que tenga su civilización y su cultura propia, sus perfiles y sus características definidos, pueda encontrar un obstáculo en la Constitución como el propio partido socialista[69].

---

[66] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.54-59.

[67] Monereo Pérez, J. L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 682–735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080

[68] Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* trad. Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

[69] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 58-59.

Para comprender la organización política territorialmente descentralizada del Estado español en la Constitución republicana definitiva, debe recordarse, en primer lugar, que "la República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones" (art. 1, párrafo 3º de la Constitución aprobada). En segundo lugar, que el Estado español estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía (art. 8). De manera que, si una o varias provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político administrativo, dentro del Estado español presentarán su Estatuto de autonomía regional para su necesaria aprobación por el Parlamento con arreglo a lo establecido en el art. 12 de la Constitución (art. 11). La Constitución republicana establecía una distribución de competencias entre el Estado, señalando lo que son las materias que son de exclusiva competencia del Estado (art. 14), e indicando que podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre un conjunto de materias (artículos 15 y 18). Al respecto se establecen determinados límites competenciales explícitos: a) En las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencias de trato entre los "naturales del país" y los demás españoles (art. 17); b) El Estado podrá fijar por medio de una ley aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República. Corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales la apreciación previa de esta necesidad. En las materias reguladas por una ley de Bases de la República las regiones autónomas podrán estatuir lo pertinente por ley o por ordenanza (art. 19); y c) Se establece que el Derecho del Estado prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas en sus respectivos Estatutos (art. 20). Esta previsión se inspira en la Constitución de Weimar[70].

El problema de la autonomía, el federalismo y el "separatismo" había centrado la atención de Jiménez de Asúa, reflexiona sobre la autonomía, el derecho de autodeterminación de los pueblos y el dilema que tendría que afrontar una tercer República española; si federal o autonómica regional ("países"). En España está presente "el problema regional o, si se quiere, el de los "países", el de las culturas distintas y propias y, en última instancia y quizá por lo que, respecto a los vascos, el de la raza"[71]. En cuanto a la "solución constitucional" recuerda que la Constitución Republicana de 1931 configuraba al Estado como "Estado integral" materializado en la consagración de la autonomía regional a través de los correspondientes Estatutos autonómicos, indicando que esta fórmula permitió garantizar un espacio de autogobierno y la paz en la organización política del Estado. Recuerda en el programa del partido socialista de 1931 se incluyó una base 8ª en que se decía que el partido apoyaría el reconocimiento de la personalidad regional. Para él el reconocimiento de la autonomía regional no cuestiona la soberanía del Estado español, como se adujo por algún sector conservador en los debates constituyentes ("El tan manoseado atributo no es un problema de cantidad, sino de principio y se reduce a la "competencia" de "las competencias". Nosotros estamos convencidos, quienes votamos la Constitución sin reservas, que el régimen autonómico no afectaba para nada a la soberanía")[72]. Enuncia las posibles soluciones: "La organización de España puede hacerse de un modo unitario, conforme al molde de Federación, o según la fórmula del Estado integral que admite estatutos para aquellas regiones o países que demuestren la voluntad de regirse autonómicamente. Y finalmente puede constituirse el Estado español, después de separarse de su seno este o aquel país que quiera ensayar vuelo propio". Pero Jiménez de Asúa que siempre "me mostraría enemigo decidido de la república federal española": "España es varia. Si logramos entendernos, acaso esto que para la

[70] Como observa Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 29.

[71] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 99 y sigs., en particular págs. 103-104.

[72] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 105-107.

política actual constituye un gran obstáculo, se convertiría mañana en el más preciado de los bienes. La variedad si se despliega en la armonía, es fontana de toda clase de prosperidades". Aunque la Constitución Republicana de 1931 es mejorable y necesita muchos retoques, sobre todo en la parte orgánica y en la organización de los derechos ciudadanos", sin embargo, "acaso haya un punto en que sea difícil superarla: el régimen integral que permite a las regiones autónomas logar un Estatuto" de autonomía regional". En este sentido la Constitución Española acertó en el sistema que a España conviene, pues incorpora un principio ordenador de autogobierno regional (o de "país") en el seno del Estado compuesto de regiones autónomas (o "países"). Esta es, según piensa Jiménez de Asúa, una fórmula en la que el pueblo puede buscar la vestidura jurídica más apropiada a su cuerpo[73].

No se olvide que Adolfo Posada, de orientación republicana social, había apostado más por fórmulas de corporativismo democrático (democrático, sin duda, como muestra su rechazo a las formas corporativas autoritarias de la Dictadura de Primo de Rivera) como la creación de una "segunda cámara" de representación de intereses profesionales, proyectando, en cierto sentido, en el campo político su experiencia en el Instituto de Reformas Sociales, que había dado buenos resultados para la institucionalización de los conflictos entre trabajadores y empresas en colaboración con el Estado concebido como órgano al servicio de una sociedad pluralista). También defendió sin fisuras la garantía constitucional de los derechos y libertades fundamentales y muy especialmente los derechos económicos, sociales y culturales. Con todo, se hace visible el talante crítico que adopta Adolfo Posada con la Constitución de la República de 1931 en algunos aspectos significativos, aunque valora muy positivamente la dimensión garantista de los derechos de nueva generación (los derechos económicos, sociales y culturales) que se materializa en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico[74].

El nuevo Derecho social[75] –amparado en la Constitución Republicana- debe penetrar en todos los ámbitos de la vida social, lo que comporta la puesta en práctica de un constitucionalismo de

[73] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 110-119.

[74] Cfr. Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 476-515; Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés fue publicada por la editorial Sirey, Paris, 1932).

No se olvide que las fórmulas corporativistas democráticas eran muy extendidas y que incluso habían sido objeto de defensa por distintas versiones del socialismo democrático. Así entre nosotros, resulta relevante la posición asumida por De los Ríos, F.: *El sentido humanista del socialismo* (1926), edición, introducción y notas de E. Díaz, Madrid, Castalia, 1976, págs. 63 y sigs., y 235-241 y 276-305. Asimismo, De los Ríos, F.: *Escritos sobre Democracia y Socialismo,* edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero, 1974. La defensa del "parlamento profesional" y el énfasis concedido a los "consejos técnicos", sobre reflexiones que abundan en sus escritos y debates parlamentarios, como exponente, *Ibid.,* último libro citado, págs. 263 y sigs., y 299 y sigs. Pero su defensa de la Constitución Republicana de 1931, es indiscutible, a pesar de que como él mismo reconoce tiene algunas discrepancias menores. La prueba de los hechos sus intervenciones parlamentarias, y una muestra muy abreviada de ellas, en "La Constitución de la II República Española", *Ibid.,* págs. 359-374. Véase, Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual*, Pre-textos-Diputación de Granada, Valencia, 1999, págs.279-280; Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136; *Ibid., Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999. La tradición organicista del krausismo-institucionista tuvo ya una presencia muy significativa en autores como el mismo Francisco Giner de los Ríos y Adolfo Posada. Puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Cívitas. Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142, 2009; *Ibid., El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, espec., Capítulo 2.1 ("Liberalismo organicista: El organicismo social. El papel de las sociedades intermedias. Sociedad y Estado orgánico"), págs. 33-103.

[75] Según Gustav Radbruch el "Llamamos derecho social aquellas modificaciones de derecho público de la igualdad jurídica formal, de la libertad jurídica de contratación y propiedad, en pocas palabras, del derecho privado

derecho privado y, señaladamente, de un Constitucionalismo de Derecho social en el ámbito de las relaciones laborales[76]. La problemática de la organización política territorial del Estado compuesto español había centrado la atención de Jiménez de Asúa en un ensayo más detenido[77]. Esta fue, como se sabe, una de las cuestiones más problemáticas que se plantearon en la Constitución, tanto en el momento de su elaboración, como en el momento de su interpretación y aplicación[78].

Jiménez de Asúa haría referencia a la construcción del constitucionalismo a través de distintas fases históricas, siendo un hito la construcción de un verdadero derecho constitucional que presupone una sustancialización de la democracia (la dimensión sustancial de la democracia constitucional), con el reconocimiento pleno del principio de igualdad sustancial y del conjunto de los derechos fundamentales (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales). Para él han de ser llevados al área del derecho constitucional moderno todos aquellos derechos y aspiraciones programáticas –que se plasmaría en normas vinculantes de fuerza normativa dirigida a los poderes públicos o de fuerza vinculante bilateral para los sujetos públicos y privados- que los pueblos reclaman y ansían, en forma normativa y eficaz. La Constitución Republicana se sumaría a las iniciales "constituciones madre" (como la Constitución Mexicana de 1917; la Constitución Rusa de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919; todas ellas influidas por la llamada "Constitución de la Organización Internacional del Trabajo" establece en la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, cuyos trabajos preparatorios influyeron en la Constitución Mexicana, y, visiblemente, en las demás constituciones. Debe retenerse aquí su magistral Preámbulo y los fines de la Organización Internacional del Trabajo para crear un Derecho Internacional Uniforme del Trabajo y de la Seguridad Social). De su importancia ya se había dado cuenta por nuestros grandes reformadores sociales, que inevitablemente acabaron siendo reformadores *constitucionales*, dada la impronta constituyente de la creación de un nuevo orden jurídico-político[79]. Subraya, al respecto, que frecuentemente se comete el grave error de desvincular el

individualista, modificaciones que sirven para equilibrar las diferencias de poder entre los económicamente débiles uy los fuertes, entre los trabajadores y empresarios. Ya antes de 1933 habían surgido, junto al Código Civil, las nuevas ramas de derecho social, el derecho laboral y el derecho económico, para corregir el derecho privado individualista". Cfr. Radbruch, G.: "La renovación del Derecho", en Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho,* trad. I. del Campo, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho" (pp. IX-LXIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, pág. 75.

[76] Monereo Pérez, J. L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* núm. 1*, 2021*, pp. 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525/585

[77] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

[78] Puede verse también la opinión de otras de las personalidades más implicadas, el que fuera Presidente de la República, Alcalá-Zamora, N.: *Los derecho de la Constitución de 1931. Seguido de Tres años de experiencia constitucional y un apéndice con el texto de la Constitución de 1931,* Advertencia y notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981, págs. 95 y sigs. Para la posición de Alcalá Zamora en su contexto, y atendiendo a sus opiniones en durante el desenvolvimiento de la Segunda República, puede consultarse Alcalá Galve, Á.: *Alcalá-Zamora y la agonía de la República,* Sevilla, Fundación José Manuel Lara, 2ª ed., 2006 (1ª ed., 2002). Para la cuestión regional, véase págs. 860 y sigs., 377 y sigs.; Gil Pecharromán, J.: *Niceto Alcalá-Zamora. Un liberal en la encrucijada,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 213 y sigs., 281 y sigs., y 319 y sigs.

[79] Puede servir como muestra harto significativa el libro de Fabra Ribas, A.: *La organización Internacional del Trabajo,* con Prólogo de A. Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?). El Preámbulo de la Parte XIII merece la pena ser recogido, porque condensa todo un proyecto de política social: "Considerando que existen condiciones de trabajo que implican, para un gran número de personas, la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de una duración máxima de la jornada de trabajo, al reclutamiento de mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia decorosas, a la protección del trabajador contra las enfermedades del trabajo, y la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los intereses de

proceso del constitucionalismo democrático social contemporáneo del proceso de internacionalización del trabajo, pues la dinámica histórica muestra el carácter interdependiente y encadenado de ambos procesos de modernización ampliada de índole jurídica y política. Son procesos *diferenciados, pero inescindibles* en esa trayectoria histórica que relativiza –más allá de su carácter expresivo- de necesaria distinción entre el movimiento "interno" y movimiento "externo" en el proceso de reforma social del constitucionalismo contemporáneo[80]. Se explica, de este modo, como observa Jiménez de Asúa, que se proyectaría en las Constituciones la preocupación por los derechos de fondo, preocupación por los derechos de los grupos sociales y de los seres colectivos, y preocupación, asimismo, por la efectividad y garantía de la órbita de derechos y libertades reconocida a los ciudadanos de toda clase. Se trata de la parte dogmática de la Constitución no se limite a "Declarar" derechos, sino ante todo garantizarlos[81]. En efecto, entiende, que las declaraciones de derechos no deben ser meras declamaciones, a través de su regulación concreta y normativa, y el corolario de unos recursos y una jurisdicción ante la cual acudir para promover la queja o exigir el cumplimiento del derecho desconocido por quien suele ostentar un poder o autoridad. Por ello, las nuevas Constituciones deben acoger derechos y libertades que reclama la ciudadanía, pero en normas que imponen deberes de actuación positiva a los poderes públicos y también deberes de respeto para los poderes privados sometidos ambos al texto fundamental de valor "supralegal" (Jiménez de Asúa, alude frecuentemente a la metáfora kelseniana de la supralegalidad de la Constitución como vértice del ordenamiento jurídico que edifica en su cimientos y pilares fundamentales). La Constitución Republicana de 1931

los trabajadores ocupados en el Extranjero, a la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica y a otras medidas análogas;

"Considerando que la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros en sus propio países,

"Las Altas Partes contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad, así como por el dese de asegurar una paz mundial duradera, han convenido lo que sigue:

"Se funda una Organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el Preámbulo.

"Los miembros originarios de la Sociedad de las Naciones serán miembros originarios de dicha Organización y, en adelante, la calidad de miembro de la Sociedad de las Naciones implicará la de miembro de la expresada Organización.

"La Organización permanente comprenderá: 1º. Una Conferencia general de los representantes de los miembros. -2º. Una Oficina Internacional del Trabajo, bajo la dirección de una Consejo de Administración". Véase Valticos, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970), trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, espec., Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115, y Capítulo III ("La evolución constitucional y la actividad normativa de la OIT de 1919 a 1976"), págs. 90 y sigs., y Capítulo I ("El porqué de una reglamentación Internacional del Trabajo") de la Segunda Parte; Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*. Vol. I, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[80] Véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulo II.3 ("Internacionalización y constitucionalismo "social" en la consolidación del Derecho del Trabajo en el marco del Estado democrático"), págs. 157; *Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 21 y sigs., 116 y sigs., y 191 y sigs.; *Ibid.,* "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, pp. 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622 , y la amplia bibliografía allí citada, que excusa aquí su cita.

[81] Para esta distinción véase, Monereo Pérez, J. L., "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)", en *REDT*, núm. 56, 1992; *Ibid.,* "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (II)", en *REDT*, núm. 57, 1993; *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J. L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 166–273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6323; *Ibid.,* Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009, Capítulo 4, págs. 39 y sigs. (Sobre la "Constitución del Trabajo y derechos sociales de la ciudadanía", y el "Significado de las Declaraciones de Derechos Sociales: Idea social y democracia participativa. La aportación de Georges Gurvitch a la teoría de las Declaraciones de Derechos Sociales").

consagra un modelo socioeconómico que admite distintas opciones de política legislativa, pero que ya en sí mismo contiene elementos socializadores que se apartan de la visión del individualismo liberal, tanto en la esfera de los derechos económicos relativos a la propiedad (artículo 44), como en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 46)[82]. El Proyecto que tuvo aceptación[83] el que se elaboraría después por la "Comisión Parlamentaria de Constitución", presidida por Luis Jiménez de Asúa[84], el cual proponía un sistema unicameral. Rechazada la Cámara profesional o corporativa, si se aceptó parcialmente la propuesta de Fernando de los Ríos de establecer Consejos Técnicos de aseguramiento, dentro la preocupación por la eficiencia de la actividad parlamentaria. En efecto el art.93 de la Constitución de la II República definitivamente aprobada establecía que "Una ley especial regulará la creación y funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos funcionará un Cuerpo Consultivo Supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley"[85]. El Proyecto de Constitución parlamentario –nacido de la Comisión de Constitución parlamentaria presidida por Jiménez de Asúa-, apostaba nítidamente por la creación de los "Consejos técnicos" (artículos 92, 39 y 94 pertenecientes al que fuere por entonces Título VII, "Consejos Técnicos", del Proyecto parlamentario), indicando, entre otras cuestiones en las referidas disposiciones, que "Una ley especial determinará la organización y funcionamiento de Consejos técnicos, con carácter autónomo, en los

[82] Véase Jiménez de Asúa, L.: *La construcción de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, 1946, pág. 70; Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Editorial Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs., en particular págs. 64 y sigs. Este libro de Jiménez de Asúa contiene una crónica precisa del proceso de elaboración de la Constitución republicana de 1931, realizando una labor de comparación entre los proyectos y el texto constitucional finalmente aprobado. Pero, además, contiene una versión más elaborada de su discurso de presentación del Proyecto constitucional de la Comisión en las Cortes generales.

[83] Véase Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII.)*,* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. 639 y sigs. ("La República. La Constitución de 1931"). Adolfo Posada destaca que la nueva Constitución de la Segunda República se realizó bajo el influjo persistente de las nuevas necesidades sociales y las reivindicaciones de las clases que se estiman víctimas de la injusticia social y como consecuencia de las transformaciones reales e ideológicas características de la postguerra mundial. Aprecia, asimismo, el influjo, inmediato, sin duda, de la Constitución de Weimar. En la definición de la República (art. 1: "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia", aprecia el influjo del elemento socialista en la elaboración de la Carta constitucional (*Ibid.*, págs. 644-648). Con todo destacando que la Constitución es la "Ley suprema del Estado"; y más incisivamente: "La Constitución es la *fuente* primaria de nuestro Derecho constitucional escrito" (*Ibid.*, pág. 650).
Las reflexiones hechas por Adolfo Posada en 1935, venían precedidas de un estudio más amplia –y más crítico-, Posada, A.: *La Nouvelle Constitution Espagnole (Le Régime Constitutionnel en Espagne.-Evolution.-Textes.-Commentaires),* París, Bibliothèque Constitutionnelle, Librairie du Recueil Sirey, 1932, donde, sin embargo, sí destacaba que la Constitución republicana de 1931 establecía "Los fundamentos constitucionales del "Derecho social"" (Capítulo IX. "La Constitución de 1931. Declaraciones y normas fundamentales", apartado VI.).

[84] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942; Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; Jiménez de Asúa, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.

[85] En su exposición del contenido del proyecto de constitución presentado al Parlamento, trató la figura de los "Consejos técnicos (Título VII)", el establecimiento de estos consejos se ha inspirado profundamente en los trabajos de la Comisión Asesora Jurídica. Los Consejos técnicos, tal como se establecen en el Proyecto, tienen antecedentes en los Consejos Económicos de Alemania, Irlanda y Yugoeslavia; pero en el Proyecto, de una parte, se ha achicado su poder, y de otra, ensanchado. No se llega a tanto como en la Constitución alemana, en donde, cuando no quiere el Gobierno llevar al Reichstag las iniciativas del Consejo, uno de los miembros de él podrá presentarse al Parlamento para defenderlas. Pero, en cambio, no son sólo consejos económicos, sino que son diversas clases de Consejos técnicos los que se crean. Se ve nítidamente que esta propuesta no tuvo aceptación plena, siendo un sucedáneo la previsión del art. 93 de la Constitución Republicana de 1931. Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 7-73.

distintos sectores de la actividad de la Administración y de los intereses culturales y económicos de la Nación" (art. 92 del Proyecto Parlamentario). Por su parte, el art. 93 del Proyecto parlamentario establecía que "el Gobierno, salvo en caso de urgencia, deberá someter al examen del Consejo técnico respectivo, toda medida de importancia que afecte a las materias de su competencia, así como todo proyecto de ley, antes de presentarlo a la aprobación del Congreso. Acompañará al proyecto presentado al Congreso el informe del Consejo, que podrá proponer, si así lo creyere conveniente, una distinta regulación de la materia. El Gobierno podrá también encomendar a un Consejo técnico la redacción de un proyecto de ley o de un Reglamento". Por último, se incrementaba su ámbito de competencias de esos Consejos técnicos (conjugados en plural, pues no se trataba de un solo Consejo técnico, sino de varios posibles con funciones distintas), al disponer que "el Congreso, a propuesta del número de Diputados exigido para presentar una proposición de ley, podrá encomendar a un Consejo técnico la preparación de una determinada ley, que servirá de base a los trabajos de la Comisión parlamentaria correspondiente. En este caso, como en el del artículo anterior, cuando el informe del Consejo técnico se aparte del Proyecto del Gobierno, será oído por la Comisión un delegado de dicho Consejo". Sin embargo, esta institución se diluye en el debate parlamentario y se subsume en el tenor más genérico del art. 93 del texto de la Constitución definitivamente aprobada: "Una ley especial regular la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de la Cortes. Entre estos organismos figurará un *cuerpo consultivo supremo de la República* en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley" (art. 93 de la Constitución aprobada).

Jiménez de Asúa, apostilla que hubo un gran debate en el Parlamento sobre el Título VII del Proyecto parlamentario que trataba de los Consejos Técnicos y fue defendido por él mismo como pieza inexcusable del sistema interno del Proyecto parlamentario. Con la controversia apasionada se acabó suprimiendo dicho Título completamente, aunque el discurso de Fernando de los Ríos fue causa de que los Consejos renaciesen, con vida más modesta, al amparo del art. 93 de la Constitución aprobada. Ya antes en el proceso de elaboración del proyecto parlamentario, Fernando de los Ríos –por entonces Ministro de Justicia- había compuesto una enmienda interna, muy acabada, en la que se proponía establecer el *"Consejo de Estado",* y se regulaban, con más minuciosidad los *"Consejos técnicos"*. En la proposición reformulada de Fernando de los Ríos se redactaba todo un grupo normativo sobre el "Consejo de Estado y Consejos Técnicos" (artículos 92 a 97 de la Proposición interna). Entre otras cuestiones se indicaba que "El Consejo de Estado es el órgano supremo consultivo de la República en asuntos de gobierno y administración. Una ley detallará su organización, atribuciones y funcionamiento" (art. 93 de la Proposición interna). Por su parte, "Los Consejos Técnicos son los órganos asesores del Gobierno y del Congreso; están investigado de un derecho de iniciativa, y sus atribuciones son las siguientes" (dictaminar los proyectos de ley; emitir dictámenes sobre cualquier problema técnico; proponer por propia iniciativa al Gobierno anteproyectos de ley o Reglamentos) (art. 92 de la Proposición interna). En el debate parlamentario se hicieron varias modificaciones, siendo la más importante la supresión del primer párrafo del art. 93, sobre el "derecho de iniciativa" de los Consejos Técnicos. Ayuso propuso una enmienda de supresión del Título completo –enmienda apoyada por Valle Gracia. Esta enmienda sorpresivamente fue aceptada en votación nominal. Por consecuencia, quedó suprimido de la Constitución el Título VII del Proyecto Parlamentario, y ya no había medio de introducir la enmienda de Fernando de los Ríos en sentido contrario. Tras una intervención de Fernando De los Ríos (Ministro de Justicia) en defesa de esos órganos de asesoramiento, se propuso en la cámara –a propuesta de Gomaríz- que ese asunto fuese tratado de nuevo de manera que se buscase una fórmula en que se estableciera, al menos, la posibilidad de crear órganos asesores de la Administración. Después de una reconsideración en la Comisión parlamentaria se formularían dos propuestas que conducirían a la redacción de los dos apartados del art 93 del Texto constitucional definitivamente aprobado. En definitiva, es lo cierto que desaparece toda mención expresa a los Consejos Técnicos como pieza constitucional, que era considerada como

esencial en el Proyecto parlamentario elaborado por la Comisión parlamentaria de Constitución. No obstante, aparte de mantenerse el Consejo de Estado (no otra cosa era el "Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración", al decir del art. 93, apartado 2º de la Constitución definitivamente aprobada), se mantiene, igualmente, la posibilidad de crear órganos asesores y de ordenación económica de la Administración del Gobierno y de las Cortes[86].

La proclamación de la IIª República se realizó con un programa de paz y de justicia social. No sólo se mantuvieron las relaciones con la OIT, sino que estas se intensificaron. Albert Thomas –Director de la Oficina Internacional del Trabajo- ya tenía unas excelentes relaciones con los socialistas (antes y durante la Dictadura de Primo de Rivera[87]), la conexión entre Antonio Fabras Ribas, Largo Caballero y Albert Thomas era particularmente estrecha y de colaboración activa. Una vez que se proclamó la IIª República Albert Thomas felicitó personalmente a Largo Caballero y Fabra Ribas por sus nombramientos respectivos, como Ministro de Trabajo y Previsión y Director General de Trabajo. Luis Araquistaín sería nombrado representante del Gobierno español en el Consejo de Administración de la OIT. Pero, además, el nuevo régimen democrático-republicano puso un mayor empeño en la implicación no sólo con la OIT, sino también con la Sociedad de Naciones desde el inicio de su instauración, de manera que la España democrática ponía de manifiesto su mayor compromiso integrador con las actividades de la Sociedad de Naciones en el marco de una nueva política exterior. En la dimensión sociolaboral de esa mayor integración se trazó todo un programa de ratificación de los convenios de la OIT (incluyendo la ratificación del convenio que establecía la jornada máxima de las ocho horas como prioridad). Proclamada la República, se decide enviar a Adolfo G. Posada como represente del Gobierno Republicano español a la reunión del Consejo de Administración. Ya resulta la presencia significativa como Delegados gubernamentales en las Conferencias Internacionales de Trabajo (1931-1938) de personalidades como Luis Araquistáin (1931, 1933), Juan Negrin (1933), Demófilo De Buen Lozano (1936), Leopoldo Palacios Morini[88] (1936), el propio Fabra Ribas (1936, 1937 y 1938), León Martín Granizo (1936, suplente). O como Asesores Técnicos, Manuel Pedroso (1931, 1932), Carlos González Posada[89] (1932, 1934), José Álvarez Ude (1934, 1935) León Martín Granizo (1932, 1933, 1934, 1935, 1936), José Ruiz Manent (1934. 1935), Alejandro Gallart Folch[90] (1934). No es baladí hacer notar que la amplia participación de los intelectuales en el establecimiento de la República, 1930-1931[91]; una participación que tuvo continuidad más allá de los grandes dilemas que se plantearon, pues al fin y al cabo el intelectual (incluidos los intelectuales "orgánicos" en el

[86] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.394-404.

[87] Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del Trabajo,* Prólogo de A. Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata, 1929 (¿?). Fabra Ribas ya dejaba constancia de la influencia de la OIT en los países ibéricos e iberoamericanos (*Ibid*., págs. 179 y sigs.). Asimismo, Monereo Pérez, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec., págs. 181 y sigs., 227 y sigs. y 255 y sigs.

[88] Monereo Pérez, J. L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 134, 2007, págs. 307-358.

[89] Monereo Pérez, J.: "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 13, 2017, págs. 313-334.

[90] Monereo Pérez, J. L. y Peláez, M. J.: "Alexandre Gallart Folch (1893-1972)", en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos,* Zaragoza-Barcelona, 2005, Vol. I, págs. 337-339, núm. 332; *Ibid.,* "Alejandro Gallart Folch (1893-1972): Los fundamentos políticos y científico-jurídicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 37, 2023, pp. 263-304. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/844. De mismo pensador, Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; *Ibid., Derecho Español del Trabajo,* con Prólogo de P. Sangro y Ros de Olano Ex Ministro de Trabajo, Barcelona, Labor, 1936.

[91] Bécarud, J. y López Campillo, E.: *Los intelectuales españoles durante la II República,* Madrid, Siglo XXI, 1978, págs. 13 y sigs.

sentido de Gramsci[92]) está inmerso en una sociedad y en una cultura determinada que se desarrolla y evoluciona dinámicamente y, de ordinario, en un sentido cambiante, que afecta a su posición y mentalidad.

La política republicana de ratificaciones sería especialmente impulsada por Largo Caballero[93], Fabra Ribas, pero también por Fernando de los Ríos y el equipo dirigente de la INP (Inocencio Jiménez[94], y el gran Adolfo G. Posada[95], que había sido repuesto en su cargo). La idea es que se ratificaran todos los convenios de la OIT aprobados en la Conferencia General de la OIT y pendientes de ratificación por nuestro país, por un lado, y por otro, preparando la legislación interna nacional para garantizar su aplicación efectiva[96]. El art. 75 del *Proyecto* de Constitución Republica (votado en las Cortes en la sesión de 3 de noviembre de 1931, que en el texto definitivo pasaría a ser el art. 65 *de la Constitución* de la República Española de 1931[97]), contenía una *obligación constitucional de autosometimiento al orden internacional*. En efecto, ya en el mismo *Título Preliminar* (*pórtico* de la Constitución, que recoge las normas de valores y principios comunes y fundantes de la sociedad democrática que se irán desarrollando a lo largo de toda la Constitución y que vienen al sintetizar los principales rasgos del Derecho constitucional español) de la Norma Fundamental se establecía que "El Estado español acatará [mandato imperativo categórico] las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo".

Materializando esa decisión fundamental de "autosometimiento" constitucional, el art. 65 de la Constitución es redactado con el siguiente tenor: "Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a la que en aquéllos se disponga. Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos. No podrá dictarse ley alguna en contradicción con

[92] Monereo Pérez, J. L.: *El sistema educativo y la función de los intelectuales en una nueva sociedad regulada*, estudio preliminar a Gramsci, A.: *La formación de los intelectuales,* trad. A. González Vega, edición, revisión y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; Gramsci, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado moderno,* trad. y notas de J. Aricó, revisión, edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci" (pp. IX-LIV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018; Gramsci, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna,* edición y estudio preliminar, "La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía" (pp. IX-CI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017.

[93] Monereo Pérez, J. L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 28, 2021, pp. 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

[94] Sobre su pensamiento, puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 20, 2019, págs. 267-301. Constancia breve de su quehacer en INP.: "Homenaje a la memoria de Don Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre de 1942", Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, núm. 555 (1943). Sobre la legislación de previsión social, alcanzando a la IIª República, véase Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de P. Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 348 y sigs. ("La previsión social" como instrumento de protección de los trabajadores fuera del trabajo).

[95] Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[96] Véase la excelente investigación de Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*. Vol. I, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[97] "Gaceta de Madrid", núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588. Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008.

dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido. La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes"[98].

No obstante, el proceso fue algo más lento de lo esperado, porque, entre otras cosas, no debe olvidarse que las ratificaciones de los Convenios de la OIT exigían modificaciones y adaptaciones previas de la legislación nacional y esto planteaba problemas de tramitación y de obtención de los consensos necesarios en las Cortes Generales. La etapa de más intensidad las ratificaciones coinciden significativamente con la IIª República española, sobre todo en su momento inicial, con las medidas sociales de Largo Caballero, y su momento final, con las ratificaciones tardías de 1938. Es revelador el hecho de que, en 1939, cuando el gobierno republicano marcha de España, éste es el país que había conseguido el mayor nivel de ratificaciones hasta el momento, esto es, un total de 34; le sigue Bélgica, con 33. De modo incidental, es de realzar que, en la actualidad, nuestro país es el primero de la lista de Estados Miembros de la OIT en número de ratificaciones de los convenios de esta organización internacional de la cual emana un Derecho internacional uniforme[99]. Destáquese que los Convenios de la OIT relativos a las libertades y derechos fundamentales presuponen un orden democrático constitucional pluralista. Por lo demás, por sus propios fines y estructura interna tripartita, la OIT nunca fue un organismo internacional que pudiera ser calificado como revolucionario en el sentido fuerte de la expresión (Es suficiente una lectura de la Parte XIII del Tratado de Versalles, que acogía la Constitución de la OIT, con un Preámbulo extraordinariamente expresivo de su función institucional y fines político-jurídicos)[100]. De ella –con base el principio constitutivo del tripartismo- se busca implantar una legislación avanzada de compromiso social entre Gobiernos y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de los Estados Miembros. Y a esto es lo que se sometía explícitamente la Constitución de la IIª República, y por extensión inevitable – y lo fue por imperativa- el Gobierno republicano-socialista del primer bienio.

Pero también –y esto es todavía más relevante desde el punto de vista estrictamente jurídico- todo esto cristalizó en *el texto definitivo* de la Constitución de la IIª República contenía esa misma regulación preceptiva en el art. 65 (en relación con el art. 76 de la referida Norma Fundamental)[101]. Como se puede apreciar sólo esta norma ya garantiza el sometimiento al orden internacional y el carácter democrático-social de la República Española, de manera que salvo reforma constitucional

[98] Por su parte, el art. 76 de la Constitución de la República (relativo a determinadas competencias del Presidente de la República) incluía un párrafo e), a cuyo tenor: "Los proyectos de convención de la organización Internacional del Trabajo *serán* [imperativo categórico] sometidos a las Cortes en el plazo máximo de un año, a partir de la clausura de la Conferencia que les ha votado. Este plazo podrá ser de 18 meses en circunstancias excepcionales. Tan pronto como los textos de los convenios hayan sido aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República firmará la ratificación, que será comunicada, a efectos de registro, a la Sociedad de Naciones".

[99] Véase Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, *passim*.

[100] Es suficiente retener la exposición del que ya es todo un libro clásico en la materia, Valticos, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970)*,* trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, espec., Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115.

[101] Conforme al art. 76 de la Constitución de la IIª República (1931): "Corresponde también al Presidente de la República: […] e) Negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional. Los Tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden legislativo, sólo obligarán a la Nación si han sido aprobados por las Cortes. Los proyectos de Convenio de la organización internacional del trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República subscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones. Los demás Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen. Los Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación".

el régimen democrático-social y pluralista de partidos y organizaciones profesionales quedaba plena e indiscutiblemente garantiza en la propia Norma Fundamental constitutivo y central de nuestro ordenamiento jurídico general. Esto refleja que en sí misma Constitución de la IIª República formalizaba una *democracia constitucional* autosometida al estándar mundial multinivel en construcción de garantía jurídica de los derechos fundamentales. No era una Constitución jurídica que consagrara nada parecido a un orden "revolucionario", aunque, sin duda, estaba abierta a distintas opciones políticas legítimas, siempre que respetasen las bases y pilares estructurales del sistema político y jurídico edificado por el propio Texto Fundamental pluralista.

La legislación laboral y de protección social pública en su conjunto constituyó un avance extraordinario en la dirección de realizar el programa de construcción de un *verdadero Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social de base constitucional-garantista, es decir, como parte y especificación de la constitución democrático-social del trabajo*[102]. Es entonces es cuando se puede hablar con propiedad de la existencia jurídica de un Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social como una rama singular o sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico constitucional asentado en sus principios, valores, y normas comunes en la Constitución jurídica. Para ello no era suficiente que la Constitución garantizara los derechos sociales de desmercantilización, sino que estos fuesen –como en parte se logró en el primer bienio republicano- garantizados en su efectividad a través de la legislación estatal y de la actuación de la Administración del Trabajo, dentro de cual adquiere un protagonismo innegable el Ministerio de Trabajo y la Inspección de Trabajo y Previsión Social. De ahí el mandato constitucional ex art. 46 de la Constitución Republicana, el cual reconoce el derecho al trabajo y el derecho a "una sentencia digna"[103].

Hay que tener en cuenta que el constitucionalismo social de la primera postguerra mundial (1919-1938) es, en cierto modo, un intento de formalizar o racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los regímenes políticos liberales habían experimentado *de hecho* en el último siglo, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad del Estado: el llamado Estado social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad en la línea de suprimir la inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales: el Estado deviene de Estado gendarme a Estado gestor, a fin de desempeñar una función reguladora e interventora en los procesos económicos y en los conflictos propios del naciente sistema neocapitalista. *En esta línea del constitucionalismo de entreguerras se inscribe la Constitución española de 1931*, que dispensa una

[102] En este sentido, Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 116 y sigs., y 134 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: "Las (pre) supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en Rojas Rivero, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 203-218; Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 191 y sigs. (sobre "Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora", "Reformas social y constitución del trabajo" y "La combinación de status y contrato en la "constitución del trabajo).

[103] "El trabajo, en sus diversas formas es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las Empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores". Por otra parte, "La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdidas de cosechas. Cooperativas de producción y consumo, Cajas de previsión, Escuelas prácticas de agricultura y Granjas de experimentación agropecuaria, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores" (art. 47).

protección especial al trabajo y establece todo un programa jurídico laboral de la República que ha de ser garantiza eficazmente por el Estado en desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales (cfr. artículos 39, 39 y 46, especialmente)[104].

Se entra también en la delicadísima cuestión de la influencia de la extensión del sufragio universal, por definición democrática, a la mujer -y no sólo al varón- y la influencia que ello pudo tener en la derrota de las elecciones generales de 1933. Había un consenso general al respecto, pero no respecto al momento político en el cual debería ser operativo ese derecho con todas sus consecuencias legítimas. Según indica el mismo Jiménez de Asúa, él coincidía con Victoria Kent[105] (que antes lo había propuesto para dirigir el Instituto de Estudios Penales)[106], en ser prudentes ralentizar su operatividad (aun siendo partidarios de su reconocimiento), mientras que, por el contrario, Clara Campoamor sostenía que debería ser un reconocimiento inmediato como expresión del principio de igualdad en la titularidad de los derechos políticos. Esta es la posición que predominó. Jiménez de Asúa, entiende que ello pudo influir en esa derrota electoral, acaso sólo como un factor más entre otros muchos[107]. Pero no fue la causa principal de ese resultado electoral. Destaca que el trabajo está regulado en la Constitución de modo minucioso: se garantizan los derechos al trabajo de la persona del campo[108], del industrial y hasta del pescador y, en general de todos[109]. Conforme al art. 36 de la Constitución aprobada, "Los ciudadanos de uno y de otro sexo mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes".

[104] Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 123-125; Gusy, C.: «Las constituciones de entreguerras en Europa Central», en Fundamentos, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 2, 2000. (revista electrónica: http://www.constitucion.rediris.es/fundamentos); Frías Núñez, M.: *Las democracias parlamentarias en el período de entreguerras,* Madrid, Akal, 1990.

[105] Puede consultarse las semblanzas de estos dos grandes protagonistas del parlamentarismo de la Segunda República, en Gutiérrez Vega, Z.: *Victoria Kent, una vida al servicio del humanismo liberal*, Málaga, Universidad de Málaga, 2001; Balaguer Callejón, M. L.: "Victoria Kent: vida y obra".
González Sanz, A.: *Clara Campoamor. La lucha política por los derechos de la mujer,* Barcelona, RBA, 2019; y obras suyas, Kent, V.: «Las reformas del sistema penitenciario durante la II República», en *Historia* 16 extra VII, 1978; *Ibid., Cuatro años en Paris*, Universidad de Málaga,1997; Campoamor, C.: *Mi pecado mortal, el voto femenino y yo,* Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, 2001.

[106] Véase Gutiérrez Vega, Z.: *Victoria Kent. Una vida al servicio del humanismo liberal*, Málaga, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001, pág. 104.

[107] Respecto al derecho al sufragio de la mujer y sus consecuencias prácticas observaría Jiménez de Asúa que toda profecía que ensaye puede ser desmentida por la realidad. No se olvide, dice, que en Inglaterra y en Alemania dio resultados distintos al que esperaban sus mismos propugnadores. Cuando el Partido Conservador esperaba en Inglaterra que las mujeres votaran con él, el "sexo femenino" votó por los laboristas. Y cuando los alemanes pensaban que la mujer buscaría un hombre de izquierdas, la mujer alemana votó a los nacionalistas. Era, por tanto, harto difícil predecir entonces el futuro del "voto femenino". Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 33-35.

[108] Conforme al art. 47 de la Constitución de la República: "La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores".

[109] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 12-15.
El precepto nuclear es el art. 46 de la Constitución de la República: "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. *La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna*. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

La Constitución Republicana era una Constitución Social que consagraba la forma política de Estado Social de Derecho, en una dirección próxima a la Constitución de Weimar y la Constitución de la República Austriaca, no sólo en el sistema de derechos, sino en el establecimiento de un Tribunal de garantías constitucionales (un defensor de la Constitución), que había en la Constitución Austriaca había sido inspirados directamente por Hans Kelsen. La fórmula de la República de trabajadores de toda clase, leída en su contexto sistemático, que muestra la consagración de un Estado Social de Derecho, se situaría también en la dirección interpretativa del Estado intervencionista de "procura existencial", que, aunque con planteamiento crítico original respecto a su "juridicidad", había formulado Ernst Forsthoff[110].

En cuanto a la propiedad privada, Jiménez de Asúa observa que evidentemente, la Constitución Republicana no era una Constitución socializadora de la propiedad, pero que sí que había introducido algunas limitaciones al derecho de propiedad, como la posibilidad de la expropiación forzosa, la nacionalización de las grandes empresas y grandes negocios que diera una dimensión más socializadora[111]. Ello es parte de la Constitución también de un más amplio modelo de Constitución socioeconómica, pues la Constitución económica (y su grupo de normas ordenadoras funcionalmente orientadas) está ensamblada con la Constitución social (y su correspondiente grupo normativo garantista), de manera que de lo que se trata es de conciliar la racionalidad económica y la racionalidad social.

[110] Forsthoff, E.: "Problemas constitucionales del Estado social" (1961), y "Problemas de la Administración prestadoras de servicios", en Forsthoff, E., Abendroth, W., y Doehring, K.: *El Estado Social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania),* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1985. Para Forsthoff el Estado surgido desde el paradigma de la Constitución de Weimar es un Estado intervencionista, el cual ha de dotarse de una "Administración *de intervención*", una "Administración prestadora". Forsthoff, E.: "Problemas de la Administración prestadoras de servicios", en Forsthoff, E., Abendroth, W., y Doehring, K.: *El Estado Social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pág. 36 y sigs. Sobre el pensamiento de Forsthoff, véase Magaldi, N.: *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social. Ernst Forthoff y la crisis de Weimar,* Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2007.

[111] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (Colección pensamiento socialista en el exilio), pág. 14.
Según el art. 44 de la Constitución Republicana "toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. *La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización*, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. *Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada*. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser *nacionalizados* en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes". Resulta harto significativa la influencia de esta disposición en el art. 128 de la Constitución Española de 1978, cuando establece en su apartado primero, que "Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general" (apartado 1º), añadiendo seguidamente que "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reserva al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general" (apartado 2º). Pero también respecto al art. 33 CE, cuando después de reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia (apartado 1º), dispone que "La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes" (apartado 1º), añade, por otra parte, que "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes" (apartado 3º) (cfr. art. 53.1 CE).

En cuanto al derecho a la educación (otro de los grandes derechos sociales elevado a uno de los pilares nucleares del Estado Social de Derecho), subraya que se consagra la "Escuela única"[112]. En efecto, conforme al art. 48 de la Constitución Republicana de 1931 "el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la *escuela unificada*. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la votación. La enseñanza será laica, *hará del trabajo el eje de su actividad metodológica* y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos". Con esa redacción quedó bien definida la "escuela única" en la frase instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada y se hace constar el método y orientación de la enseñanza con estas palabras felices de Sabrás y Llopis: hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidad humana[113].

En la Constitución republicana se afirmaba, pues, su carácter eminentemente social, organizada en un sistema de libertad y justicia (artículo 1). Declarando que España renuncia a la guerra como instrumento de política internacional, reconociendo los principios universales como integrantes de sus relaciones con los demás pueblos[114]. Había recogido, por consiguiente, las conocidas declaraciones de Kellog-Briand que la Sociedad de Naciones consideraba como las máximas aspiraciones de su pacto y estatutos. La Constitución Republicana construyó una parte dogmática sobre estos principios esenciales.

A partir de ello abría su parte orgánica: los derechos del Presidente, del Parlamento, del Poder Ejecutivo, del Judicial, de hacienda, etcétera. En suma, la organización de los poderes públicos fundamentales. Se rechazó el régimen presidencialista, y se apostó por un Parlamento *único* y un

[112] Esa centralidad estaba presente en Francisco Giner de los Ríos, y en uno de los máximos exponentes de la pedagogía de orientación institucionista, señaladamente Lorenzo Luzuriaga, que llevó al máximo nivel posible, en esa época y circunstancias, la renovación pedagógica democrática a España durante la Segunda República. Pero ya antes Leopoldo Palacios Morini, Adolfo Posada, etcétera. Véase Monereo Pérez, J. L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, capítulo 2.2. ("La reforma educativa (pedagógica) como proyecto político de transformación del paradigma de modernización liberal restringida. Influencia de la antropología krausista"), pág. 104 y sigs., y Capítulo 3 ("Institucionismo social-liberal y reformismo social y jurídico en Giner de los Ríos"), págs. 159 y sigs.; *Ibid., "*Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330; *Ibid.,* "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. revista española de derecho del trabajo,* núm. 134, 2007, págs. 307-358; *ibid.,* Gumersindo de Azcárate y Menéndez (1840-1917): Krausoinstitucionismo republicano, organicismo y reforma social integral, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 34, 2023, pp. 281-330. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/712. Lorenzo Luzuriaga, también tendría después un papel muy importante en Latinoamérica, como lo tuvieron también el propio Jiménez de Asúa, Francisco Ayala, etcétera. Al respecto, puede consultarse, Tagliabue, N.: "El exilio español en Argentina: la labor de Francisco Ayala, Luis Jiménez de Asúa y Lorenzo Luzuriaga", en Abellán, J.L., Y Monclús, A. (Coords.): *El pensamiento español contemporáneo y la idea de América*, vol. 2, Barcelona, Anthropos, 1989; Martín Casas, J., y Carvajal Urquijo, P.: *El exilio español (1936-1978),* Barcelona, Círculo de Lectores/Planeta, 2002.

[113] Respecto a la Escuela única cita significativamente a Lorenzo Luzuriaga: *La escuela única*, Madrid, Publicaciones de la Revista de Pedagogía, 1931. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.302-305.

[114] Art. 77 de la Constitución de la República: "El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones […]".

Presidente fuertemente dotados de competencias. Un Presidente elegido por el pueblo. Al lado del Parlamento único (con una sola cámara parlamentaria) y del Presidente, se establecían los consejos técnicos[115].

El sistema parlamentario no era federal, sino "integral" y se rechazaba también la instauración de una "cámara corporativa" de representación profesional, como pretendido encaje jurídico-institucional para afrontar la solución de los conflictos entre el capital y el trabajo. Pero Jiménez de Asúa consideraba que no eran los mecanismos adecuados y que estas segundas cámaras acaban por "convertirse siempre en reaccionarias"[116]. La Constitución Republicana de 1931 fue el primer texto vigente de nuestra historia constitucional que, rompiendo con el centralismo iniciado por la dinastía borbónica a principios del siglo XVIII y manteniendo por el liberalismo español desde principios del siglo XIX (ante todo de la reforma de Javier de Burgos en 1833) habilitando a las nacionales y regiones de nuestro país a disponer de un Estatuto de Autonomía[117]. Otra cosa son los "consejos técnicos", organismo necesario para asesorar en materias complejas sobre las cuales hay que decidir y legislar. Precisamente Jiménez de Asúa, indica que había encargado de la defensa de tales "consejos técnicos" a Fernando de los Ríos Urruti. Sin embargo, tal y como lo había concebido no están en la Constitución, y fueron remitidos sin más al artículo noventa, es decir, al final del texto constitucional[118]. Junto a las estructuras del poder legislativo y ejecutivo se organizaron la Justica y Hacienda.

En el campo de régimen de garantías jurídicas no puede faltar el tratamiento de la Justicia. Y a ello se dedica el Título VII de la Constitución aprobada por el Parlamento (artículos 94 y siguientes). Tras un debate intenso, y no exento de contradicciones internas en los discursos jurídicos (y correspondientes ideologías subyacentes) entre los interlocutores parlamentarios, se aprobó una enmienda transaccional[119] que acabó teniendo una inequívoca *dimensión y contenido social*, pues se establecía un modelo de justicia gratuita por razón de vulnerabilidad social. En efecto, conforme al apartado 2º del art. 94 de la Constitución Republicana aprobada, "la República asegurará (mandato,

[115] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 14-16.

[116] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de reforma s la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (Colección pensamiento socialista en el exilio), pág. 16-17.

[117] Valera Suanzes-Carpegna, J.: "La Constitución española de 1931. Reflexiones sobre una Constitución de vanguardia", en Valera Suanzes-Carpegna, J.: *Política y Constitución en España (1808-1978),* Prólogo de F. Rubio Llorente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 581 y sigs., en particular págs. 590-591.

[118] El debate sobre los consejos técnicos entronca con la posición de pensadores parlamentarios como Fernando de los Ríos (y en parte también Adolfo Posada). Véase Monereo Pérez, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Cámara Villar, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136. Y antes su Maestro Monereo Pérez, J. L.: "El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social", en *Cívitas. Nueva revista española de derecho del trabajo,* núm. 142, 2009; *Ibid., El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, espec., Capítulo 2.1 ("Liberalismo organicista: El organicismo social. El papel de las sociedades intermedias. Sociedad y Estado orgánico"), págs. 33-103; Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, Capítulo II, págs. 133 y sigs., en particular págs. 176-231 ("La revisión de la "Constitución política" en el sentido de la implantación de un sistema democrático"; "Reformas de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos ("Parlamento industrial o "Cámara social"), y págs. 506 y sigs.; *Ibid.,* "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm.1, 2022, pp. 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[119] Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.404-408.

nótese, imperativo categórico ineludible) a los litigantes económicamente necesitados la gratuidad de la justicia".

De gran relevancia es el art. 100 de la Constitución, cuya redacción es idéntica a la del precepto establecido en el art. 100 del Proyecto parlamentario (que, a su vez, era muy similar en contenido al art. 78 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora), que refuerza la fuerza normativa vinculante del Texto Constitucional y su necesaria observancia también frente al poder legislativo ordinario. Conforme a dicha disposición "Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales"[120].

El cierre de la Constitución Republicana era una institución de garantía de los derechos y deberes en ella establecidos. Es decir, un Tribunal de Garantías Constitucionales[121], inspirado en el régimen constitucional austriaco a impulso del jurista Hans Kelsen[122]. Refiriéndose a esta institución de garantía y conectándola con la reforma de la Constitución (Título X en el Proyecto de Constitución, y IX en la versión finalmente aprobada), señala Jiménez de Asúa que el Tribunal de Garantías Constitucional es una institución que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales y en gran medida el buen funcionamiento de las instituciones democrática. Por su parte, "las garantías de reforma constitucional dan a nuestra Carta política el aspecto de Constitución rígida; pero es que en esta hora han desaparecido, casi en absoluto, las Constituciones flexibles, bien exigiendo una mayoría calificada para la reforma, o pidiendo unas Cortes Constituyentes para enmendarla. Es evidente que hoy la flexibilidad va perdiendo terreno"[123].

Ahora bien: La Constitución es un gran instrumento jurídico que tiene que atender a la realidad viva del pueblo que, como instancia viva, ha sido su fuente de legitimación. Incluso antes de aprobarse la Constitución de la República, España tenía cuatro grandes problemas sustancialmente políticos: el militar, el religioso, el agrario y el regional. Los dos primeros planteaban problemas de injerencia en el régimen de democracia constitucional (la tendencia a intervenir en forma de pronunciamiento de los militares, y la injerencia en cuestiones educativas y en políticas de un Estado democrático, que

[120] Esta disposición sólo tuvo dos enmiendas que fueran rechazadas. Véase Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 417-418.

[121] Dentro del Título IX ("Garantías y reforma de la Constitución), se dispone en el artículo 121: "Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un *Tribunal de Garantías Constitucionales*, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros. f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República". Puede consultarse, Ruiz Lapeña, R. M.: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española,* Barcelona, Bosch, 1982.

[122] Puede consultarse, Monereo Pérez, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4 ("La democracia parlamentaria en Kelsen. "Esencia y "valor" de la democracia"; "La defensa de la constitución"; "La crítica de Hans Kelsen a la concepción schmittiana del control de constitucionalidad"), págs. 103-288. Del propio Kelsen, Kelsen, H.: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional),* trad. R. Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001; Kelsen, H.: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (1931), trad. y notas de R. J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, estudio preliminar de G. Gasió, Madrid, Tecnos, 1995 (1º edición; 2ª edición 1999). Para la evolución jurídico-política de esta problemática, véase Patrono, M.: «Giustizia costituzionale in Europa: Dalla «corte di Kelsen» alla corte dei diritti. Una prospettiva comparata», en *Hans Kelsen. Storia di tre storie*, Milán, Giuffrè Editore, 2000, págs. 76 y sigs.

[123] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs.75-76.

como tal ha de ser laica y aceptar con todas sus consecuencias la libertad religiosa y la separación Iglesia y Estado). El tercero, agrario, planteaba el problema de la concentración de los latifundios y de los influyentes grupos de presión de los grandes terratenientes y, por lo tanto, exigía de una reforma agraria. Y finalmente estaba el problema del "separatismo latente". La solución de estos problemas se realiza sobre la base de un criterio eminentemente social y democrático, pero no socialista, pues estaba abierta a distintas opciones políticas, como todas las Constituciones democrática de entreguerras.

Para afrontar estos problemas, la República trató de resolverlos mediante una reforma técnica el primero; mediante una reforma liberal el segundo (Estado laica, separado Iglesia-Estado); el religioso (en la Constitución republican la enseñanza era competencia del Estado y las órdenes religiosas solo deberían limitarse a enseñar religión sin interferir en la educación pública organizada por el Estado); de un modo tardío el tercero, el agrario (se acometió una reforma agraria que quedó varada en trámites jurídicos y estructuras burocráticas, y para su abordaje en 1936, sería muy tarde porque las clases y grupos dominantes se inclinarían por el golpe de Estado contra la República democrática, uniéndose a países extranjeros en su apoyo como la Alemania nazi y la Italia fascista); y mediante una fórmula patriótica el cuarto, el cada una de las regiones que conforman el Estado integral. Pero entiende que hay perfiles propios en las regiones Catalana, Vasca y Gallega y había que atender esa singularidad histórica y cultural. Se fomentó un régimen estatutario de autonomía en diálogo con el poder central. Pero las autonomías territoriales no son Estados, porque la Constitución no consagraba un Estado federal, por lo que tampoco tenía cabida la reivindicación de independencia nacionalista. Jiménez de Asúa defiende que la "región autónoma" tenga un elevado nivel de competencias, porque "la armonía está hecha de variedad", pero dentro de un común sentido de estar unidos. Para el futuro hay que tomar nota de que la República había hecho una Constitución liberal avanzada, una Constitución parlamentaria, una Constitución democrática, y una "Constitución prematura". En lo que pueda ser el porvenir después de la guerra quizás no responda de todo a las exigencias de la nueva época. Aparte de otros defectos, entiende que el principal reside en establecer una "Constitución prematura" (antes daba cuenta la afirmación de que "España se acostó monárquica y se levantó republicana", pero añadiendo críticamente que eso no fue así, porque desde hacía muchísimo tiempo atrás se estaba luchando por una República Democrática. De ahí, aunque fuese una bella frase debe ser tildada de errónea en su trasfondo). Él pensaba que no existía todavía un "cuerpo formado", pues "la Constitución no es sino una vestidura jurídica". Así era muy difícil hacer un "traje a la República". Hacer la "revolución desde arriba" planteaba riesgos innegables por falta de sintonía con la realidad constitucional del momento. Los individuos partidarios de la República se dejaron atar en una legalidad que pudo caso ser prematura[124]. "Pero con todo y con eso, con los defectos que la Constitución tiene, con lo prematuro que advino al mundo español, era una República, era una Constitución Republicana que pudo dar largos días de paz y progreso a España. *Se cortó su existencia a destiempo.* Los traidores de dentro con los invasores de fuera hicieron entenebrecer el porvenir. Nosotros que habíamos plantado fuertes árboles, aún nos los vimos crecer, pero ahí están en España, sembrados con nuestras manos, y ningún viento podrá desarraigar lo que nosotros hicimos. Ahí está fuera toda la República, doblegada, esperando que pase el temporal; ahí está, a despecho de todas las palabras, de todas las traiciones, de

[124] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), págs. 5 y 19-24. En el mismo sentido Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 67 y sigs., reitera como características de la Constitución republicana de 1931: constitución liberal (basada en un liberalismo avanzado y social que no fue correspondido por las clases conservadoras y sus élites), constitución democrática y constitución parlamentaria. Considera también que en gran medida fue prematura en el tiempo para su materialización y no dio tiempo para que pudiera desarrollarse plenamente. Los cambios necesarios no se hacen sólo con Constituciones y leyes, sino que necesitan periodos de ejecución y actos de gobierno político. Según Jiménez de Asúa la Constitución de la República española pudo haber dado una etapa de prosperidad a España, aunque no era perfecta; ni pudo ni la dejaron ser perfecta. Considera que al tiempo el porvenir es el de las ideas de la republica democrática (*Ibid.,* págs. 75-80).

todas las enemistades de dentro y de fuera. Nuestra República está ahí y, afirma, todos los hombres de España la contemplamos, seguros de volverla a vivir, de volver a nuestra Patria. Nuestra Patria, tan varia y rica, con su cielo y con su mar; con sus árboles y sus desiertos; con sus montañas y con sus valles. La Patria más variada que el hombre pudo soñar, la más ubérrima; pero si no fuera así, aunque solo fuese un peñasco pelado batido por los vientos, es nuestra Patria que espera de nosotros, angustiada, dignidad y redención"[125]. Pero interesa subrayar que la Constitución de 1931 supera con creces el test del principio democrático como Constitución Normativa y en una interpretación unitaria. Comenzando por sus artículos 1º (el pueblo como soberano/forma-Estado república democrática; Estado integral descentralizado a través de principio de autonomía), 7º (mandato de asunción legislativa de las normas del Derecho Internacional), transitando por todo el Título III ("Derechos y Deberes de los Españoles"), artículos 25 y siguientes, y alcanzando la consagración del régimen parlamentario de democracia (Titulo IV, artículos 51 y siguientes), para llegar o alcanzar al Título IX ("Garantías y reforma de la Constitución"), con el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales. Con esta justicia constitucional se cierra el sistema de garantías de la Constitución normativa[126].

Con todo, la Constitución de la República Española de 1931 ya tenía los mimbres del nuevo constitucionalismo, que configuraba a la Constitución con la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico que construye, siendo así su fundamento. Se trata de un neoconstitucionalismo garantista que hay que ponerlo en valor porque era, desgraciadamente, la excepción. Sus bases –no obstante, sus diferentes enfoques- estaban en el pensamiento de tres pensadores fundamentales: Hugo Preuss, Hans Kelsen y Hermann Heller[127]. La vigencia plena de las normas constitucionales está garantizada por la Jurisdicción y por un aparato institucional que trata de asegurar su efectividad. El entramado de normas constitucionales, contemplado como un todo esencialmente unitario da fundamento no sólo a un orden jurídico y político, sino también a un orden integrador de la sociedad democrática y pluralista. Por lo demás, pronto la Constitución de Weimar sería neutralizada para finalmente ser

[125] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio), pág. 28.

[126] Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Reus, 1932, págs. 471 y sigs. Observa Jiménez de Asúa que en el curso del debate, por sugerencia de Sánchez Albornoz, se añadió en el apartado c) al art. 121 de la Constitución: que este Tribunal de Garantías conocerá de los conflictos de competencia *legislativa y cuantos otros surjan* entre el Estado y las Regiones autónomas (*Ibid.,* pág. 475). En el curso de los debates no se produjeron importantes reformas, salvo la indicada. La redacción final del art. 121, apartado C), quedo como sigue: "Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de estas entre sí".

[127] En cualquier caso, no debe olvidarse la aportación de Carl Schmitt -dentro de su "liberalismo autoritario" que se radicalizaría después con su implicación en el régimen totalitario del nazismo alemán-, con una obra cumbre del pensamiento constitucional como es su "Teoría de la Constitución" (Schmitt, G.: *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y presentación de F. Ayala y Epílogo de M. García-Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982) y obras de filosofía política clásicas (Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de gestes del "ius publicum europaeum",* edición y estudio preliminar, "Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt" (pp. XI-CXXVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; *Ibid., El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes (1938),* trad. F. Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en Carl Schmitt", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Este libro incluye también el ensayo de Carl Schmitt, "El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica de la decisión".). Tampoco podemos ignorar las aportaciones de Hugo Preuss, Rudorf Smend y de otros constitucionalistas y juristas en general del periodo de entreguerras como Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Ernst Fraenkel, etcétera. Y en la República Austriaca, Hans Kelsen (fundamental también para la teoría e ideología que presidió el debate constitucional en la época de la Constitución de la República democrática de Weimar y su Constitución Normativa), Otto Bauer y Karl Renner. Véase las referencias bibliográficas citadas en las notas de este trabajo de investigación.

abrogada a principios de la década de los treinta y otro tanto acontecía con la Constitución Austriaca, por la "adhesión" más que la "anexión" de Austria al régimen nazi de la Dictadura Alemana[128].

En definitiva, como se puede apreciar de lo indicado, para Jiménez de Asúa, efectivamente, "una Constitución es la vestidura jurídico-política de un pueblo, es la garantía de las conquistas logradas y es una traba contra la arbitrariedad de los gobernantes"[129]: vale decir esto respecto de la Constitución de la Segunda República española.

Como ha sido advertido, en realidad, cabría hablar de que "la Constitución republicana era una síntesis interesante de las nuevas tendencias del Derecho constitucional de la postguerra", enmarcándose la constitución republicana de 1931 en la nueva orientación del constitucionalismo social de la Constitución de la República de Weimar[130].

3. PENSAMIENTO (II). LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

En lo principal la Constitución Republicana de 1931 garantizaba los principios fundamentales de un Derecho penal moderno (artículos 28[131], 29[132], 30[133]…). Sin embargo, había una cuestión problemática que no tuvo un final satisfactorio, porque no estuvo en la Constitución finalmente aprobada. Se trata de la cuestión de la pena de muerte, que el propio Jiménez de Asúa consideraba que no era nada ejemplar y que debería estar prohibida en la Constitución. Señala que en el Proyecto parlamentario se pretendía "que la Carta Magna inscribiera en su superlegalidad la abolición de la pena de muerte. La Cámara sin pronunciarse por ello en favor del castigo irreparable, creyó mejor que aquel precepto no figurase en la Constitución"[134].

Jiménez de Asúa realizó una brillante tarea universitaria, basada no sólo en el compromiso con la sociedad como intelectual y con un conocimiento completo del Derecho Penal, siendo uno de los mejores especialistas internacionales de su tiempo en esta materia. Su producción en esta materia es innovadora e impresionante por su cantidad y calidad.

---

[128] Monereo Pérez, J. L.: "Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austriaca" (I y II), en *Revista derecho del trabajo,* La Ley-Uruguay, núm. 33-34, 2021.

[129] Jiménez de Asúa, L.: *Anécdotas de las Constituyentes*, pág. 28. En otra ocasión hablaría "del Código político que daba vestidura jurídica al Estado republicano". Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, Prólogo, pág. 7. No es irrelevante subrayar que cuando se publicó este libro (año 1946) existía un ambiente de esperanza de la restauración de la República democrática española en el nuevo horizonte de la postguerra no sólo entre los exiliados españoles, sino entre todos los demócratas a nivel internacional.

[130] Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Prólogo de F. Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 213, con cita, en este sentido, de la obra de Mirkine-Guetzevitch: *La nouvelle Constitution espagnole",* en *Revue Politique et Parlamentaire,* enero de 1932, pág. 141.

[131] "Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales".

[132] "Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dicte será por auto judicial, y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo y los agentes y funcionarios que las ejecuten con evidencia de su ilegalidad". La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género".

[133] "El Estado no podrá suscribir ningún convenio o tratado internacional que tenga por objeto la extradición de delincuentes político-sociales".

[134] Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, págs. 38-39.

Como ha sido advertido, la excelente grandiosa obra –por su extensión y calidad de Jiménez de Asúa tuvo su centro de gravedad en la dogmática penal y la política criminal. Estas dos disciplinas llevaron a cabo una profunda transformación cualitativa del pensamiento jurídico, basado sustancialmente en una rigurosa y original aplicación del método comparatista. Las bases del futuro desarrollo de su pensamiento jurídico-penal encuentran su raíz en la lección inaugural del curso de 1931-1932 en la Universidad de Madrid sobre la "Teoría jurídica del delito", en la que propuso un método de análisis y aplicación del Derecho penal muy influido por las concepciones de la dogmática alemana de la época, ante todo por F. Von Liszt, Beling y M. E. Mayer. Dichas ideas fueran desarrolladas más tarde en la *Ley y el delito* (1945) y en los siete volúmenes de su "*Tratado de Derecho penal*" (1950-1970). Publicó numerosos artículos y conferencias que se publicaron en la serie "*El Criminalista*", cuya aparición empezó en 1941. Enrique Bacigalupo hace notar, por otra parte, que las ideas científicas de Jiménez de Asúa provienen del pensamiento correccionalista español y reflejan igualmente una fuerte influencia de los regeneracionistas españoles. Su concepción jurídica de la teoría del Derecho penal desligada del Derecho positivo que la inspiró originariamente, aplicable *mutatis mutandis* a la interpretación y la práctica de todo Derecho penal positivo, sería aceptada en todo el ámbito cultural hispanoparlante y, lo que es de destacar, perdura hoy como fundamento de la dogmática practicada en España e Iberoamérica. Dentro del desarrollo de su pensamiento, debe destacarse que a partir de 1930 se opera una ruptura radical con el positivismo y se refuerza la orientación al neokantismo cada vez más acentuada y precisa. Con el transcurso del tiempo, en la última fase de su evolución intelectual, Jiménez de Asúa atenúo considerablemente el peso de la prevención especial en su producción científica y desarrolló sobre todo la significación del principio de culpabilidad en la teoría del delito, en la que se había adelantado a la ciencia penal de su época cuando en 1942, en Buenos Aires, publicó sus tesis sobre el error de Derecho. Subraya, además, que la renovación de pensamiento jurídico-penal introducida por Jiménez de Asúa fue desarrollada por sus más antiguos discípulos, tanto en España como en Latinoamérica. La Escuela penalista y criminalista de Jiménez de Asúa fue más tarde continuada por sus discípulos de la Universidad de Buenos Aires[135]. Por lo demás, Jiménez de Asúa otorga una gran importancia a la enseñanza del Derecho penal dentro de un compromiso por su conocimiento al servicio de los fines que consideraba que le eran propios[136].

Luis Jiménez de Asúa pronunció la lección inaugural del curso 1931-32 sobre la «Teoría jurídica del Delito», en la que se hacía referencia a las aportaciones más relevantes de la Dogmática jurídico-penal alemana, proponiendo un sistema y una metodología para el estudio de la teoría del delito muy similar a los dominantes en ese momento en Alemania[137]. Él había valorado muy positivamente las aportaciones de la Dogmática alemana del Derecho penal de la época y envío a diversos discípulos suyos a estudiar temas como la tipicidad (Ballvé) o la antijuridicidad (Guallart) a

[135] Bacigalupo, E.: "Luis Jiménez de Asúa", en Domingo, R. (ed.): *Juristas universales*, Volumen IV. "Juristas del Siglo XX", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, págs. 202-204. Una prueba manifiesta de su influencia es la continuidad y renovación de su pensamiento llevada a cabo por sus discípulos: Sebastián Soler publicó en Buenos Aires en 1940 su importante "Tratado de Derecho penal argentino", el primer libro sistemático de la dogmática penal moderna de habla en castellano. Por su parte, en España, José Antón Oneca editaría en 1949 su "Derecho penal", de gran importancia para generaciones de penalistas españoles. Relevante influencia tuvo también las notas a la traducción del *Lehrbuch* de Mezger, de las que sería autor José Arturo Rodríguez Muñoz.

[136] Vidaurri Aréchiga, M.: "La enseñanza del Derecho penal y el modelo pedagógico de Luis Jiménez de Asúa", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay)*, Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 147 y sigs.

[137] Jiménez de Asúa, L.: *Teoría jurídica del delito,* 1931. Sobre estas bases redactó años después su monumental (de dimensiones enciclopédicas) e incompleto *Tratado de Derecho penal,* siete volúmenes que han alcanzado diversas ediciones, apareciendo en Buenos Aires durante el exilio Luis Jiménez de Asúa en Argentina, entre 1950 y 1970. La importancia e influencia de este Tratado es extraordinaria. Véase Nuñez Ruíz, J.: "Trascendencia del Tratado de Derecho Penal de Luis Jiménez de Asúa", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay),* Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 129 y sigs.

Alemania, e hizo que otro discípulo, seguramente el más destacado, José Arturo Rodríguez Muñoz, tradujera en 1935 la segunda edición del *Tratado* de Mezger de 1933, a la que además añadió valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la Dogmática jurídico-penal en España. Jiménez de Asúa asumió esta nueva orientación, que después desarrollaría y ampliaría en los distintos volúmenes de su monumental *Tratado de Derecho Penal* que publicó en el exilio, ya que, aunque formado en Alemania en el seminario de Derecho penal que dirigía en Berlín a principios de siglo Franz von Liszt, cuyo *Tratado de Derecho penal* también vertió al español[138], se había inclinado más hasta ese momento por la orientación sociológica y político-criminal del maestro berlinés e incluso por el positivismo sociológico de Ferri en Italia[139], que por la Dogmática jurídica. Y ello es tanto más destacable, cuanto Jiménez de Asúa era miembro importante del Partido Socialista Obrero Español y fue uno de los penalistas más influyentes en la reforma penal de la 2ª República española, de cuya Constitución, inspirada en gran parte en la de la República de Weimar, fue uno de sus principales redactores. Parece paradójico que asumiera un planteamiento jurídico de orientación conservadora o propugnado por juristas claramente conservadores. Pero igual que, en parte, se podría afirmar del originario neokantismo respecto a Radbruch, la orientación dogmática común con muchos juristas conservadores no le impedía mantener su coherencia ideológica (pero precisamente partiendo de la influencia de la escuela de Von Liszt)[140] que, igual que en el caso del filósofo alemán, le llevó al

[138] Respecto a la traducción de Mezger, *Tratado de Derecho penal,* traducción y notas de Rodríguez Muñoz, dos volúmenes, 1.ª ed., 1935; y en cuanto a la traducción de Liszt, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917. De interés, por su reflexión crítica y contextual es la obra de Muñoz Conde, F.: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo,* 4º edición, revisada y ampliada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

[139] La recepción en España de Enrico Ferri no fue nada desdeñable, y significativamente se tradujeron sus obras tempranamente. Paradigmáticamente, Ferri, E.: *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal,* Profesor de Derecho y Procedimiento Penal en la Universidad de Siena, trad. I. Pérez Oliva, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887.

[140] En realidad, la influencia Franz Von Liszt fue penetrante en toda una época de dominio del enfoque del liberalismo penal avanzado. Su influencia su penetrante en Gustav Radbruch, y también lo fue respecto el modo de pensar de Jiménez de Asúa. De interés para la actividad científica y parlamentaria de Liszt es la obra de Elbert, C.: *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política-criminal (1899-1919),* Prólogo de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 2018, Capítulo IV, con referencia, entre otras cuestiones, a Liszt y su concepción de la política criminal: el programa de Marburg y la "Escuela sociológica", Liszt y la dogmática penal: partidarios y adversarios. El litigio de Escuela; la reforma del Derecho penal (págs. 131 y sigs.), Capítulo V, sobre los orígenes del liberalismo alemán y la ideología política de Liszt; la elección de Liszt en tres parlamentos alemanes. Los capítulos siguientes (Capítulos V a X) se centran en la tarea político-parlamentaria de von Liszt, en estos tres parlamentos de Prusia y del Reich alemán entre 1908 y 1918. El discípulo más destacado de Franz von Liszt, de entre los muchos que tuvo, fue Gustav Radbruch, que fue mucho más allá del liberalismo avanzado postulado por su maestro, para asumir un enfoque más comprometido en la ciencia jurídica y en la política en cuanto partidario del socialismo democrático y de la vía democrática para su implantación, junto con una concepción del Derecho como instrumento activo de transformación social (vio con simpatía incluso a la corriente de pensamiento jurídico conocida como "socialismo jurídico" encabeza por el brillante jurista Anton Menger). Véase ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/ El Viejo Topo, 2020, págs. 97 y sigs., 141 y sigs., 161 y sigs. 179 y sigs., y 225 y sigs. Llámese también la atención sobre la corriente de pensamiento del socialismo jurídico que influyó en el Derecho penal y en el Derecho criminal en nuestro país, como es el caso de Pedro Dorado Montero, pero también otros pensadores como es el caso de Álvaro Navarro de Palencia. De éste último puede consultarse Navarro de Palencia, Á.: *Socialismo y Derecho Criminal,* Madrid, Reus, 1919, desde los capítulo VI a X, se incide en la temática de "El Derecho criminal del socialismo" (Cap. V), "El delito según la doctrina socialista" (Cap. VI, "El delincuente de la sociedad socialista" (VII), "La pena en la organización socialista" (Cap. VIII), "Tradición penal: penitenciarismo y positivismo" (Cap. IX), "El tratamiento socialista de la pena" (Cap. X). Sobre esa corrientes del pensamiento socialista, que abarca a numerosos pensadores, véase Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, Capítulo 1 ("Los fundamentos doctrinales del derecho social: la contribución del socialismo jurídico"), págs. 21 y sigs., Capítulo 2 ("La influencia del socialismo jurídico en la cultura jurídica europea entre las dos guerras mundiales"), págs. 79 y sigs., capítulo 3 ("La formación del derecho social y el socialismo jurídico en España: El

exilio[141], donde los de Cuello Calón, Del Rosal (discípulo directo de Jiménez de Asúa) y Rodríguez Devesa, que dominaron el panorama jurídico-penal español en los años cincuenta y sesenta. Sólo a partir de los años sesenta, con la traducción del Tratado de Maurach por Córdoba Roda y del Nuevo sistema del Derecho penal de Welzel por Cerezo Mir, se va introduciendo en la dogmática jurídico-penal española el sistema de la teoría final de la acción y la polémica entre los partidarios de ésta y los de la tradicional concepción causal de la acción de E. Mezger, reproduciendo en España una polémica que había surgido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial y que había servido, aparte de sus indudables repercusiones en el perfeccionamiento del sistema de la teoría del delito, de pretexto para marginar, consciente o inconscientemente, los grandes problemas político-criminales que se habían puesto de relieve con la reforma penal inconclusa de la República de Weimar[142].

Tras una larga experiencia, y ya en el exilio, Jiménez de Asúa aporta un concepto propio de la disciplina que cultivaba: Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sanador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. En gran medida de esta definición se infieren sus

socialismo jurídico en la formación del Derecho Social", págs. 87 y sigs.; *Ibid., Reformismo Social y Socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, páginas 7 a 112; *Ibid., "La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política",* estudio preliminar a Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª edición (originariamente publicada en Edersa en 1959), sin constancia del traductor (atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Gustav Radbruch: un lectura jurídica y política" (pp. XVII-CIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; Radbruch, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, "Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social" (pp. IX-LXIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020. Y las obras de Monereo Pérez, J. L.: "El modelo de jurista crítico en el Estado constitucional: Gustav Radbruch", en Revista Derecho del Trabajo (La Ley-Uruguay), Año 8, núm. 28, 2020, págs.173-228.

[141] Para lo que fue el exilio español tras la guerra civil, en una perspectiva más amplia, puede consultarse Martín Casas, J., y Carvajal Urquijo, P.: *El exilio español (1936-1978),* Barcelona, Círculo de Lectores/Planeta, 2002, con aportación de hechos y testimonios, que recuperan el necesario perfil humano, de una diáspora de miles de hombres, mujeres y niños condenados a los caminos del exilio durante décadas de dictadura franquista. Con destinos diversos (luchando contra el fascismo con la esperanza de que ello supusiera restaurar la Republica en España; acabando en los campos de concentración y de exterminio alemanes; la Rusia de régimen totalitario; el mantenimiento del "gobierno de la República en el exilio", donde tuvo un papel importante Jiménez de Asúa; todo el exilio "creativo" y cultural de pensadores españoles de todos los saberes y disciplinas científicas en Latinoamérica, donde fueron acogidos por los distintos gobiernos democráticos, etcétera).

[142] Cfr. Muñoz Conde, F.: "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar" https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10667/1/doxa15-16_52.pdf . Hace notar Muñoz Conde que "No fue hasta los años setenta, y coincidiendo con el final de la larga dictadura franquista, cuando en la Ciencia penal española volvieron a plantearse cuestiones que ya se habían planteado en la República de Weimar y que incluso en Alemania habían quedado pospuestas hasta mediados de los años, por razones ideológicas evidentes. E igual que en el Romance del Cid, se puede decir que el espíritu liberal y democrático que, en sus orígenes, tuvo la República de Weimar ha ganado sus mejores batallas, tanto en Alemania como en España, mucho después de la desaparición de dicho régimen político, demostrando que las ideas básicas que inspiraron sus proyectos de reforma del Derecho penal siguen vigentes y, en cierto modo, muchas de ellas todavía sin realizar" (*Ibid.,* pág. 1030). En España estas propuestas (eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, configuración de la multa conforme al sistema de las cuotas-multa, introducción del sistema vicarial en la relación entre penas y medidas, etc.) no empezaron a ser acogidas hasta el advenimiento del régimen democrático, a partir de la muerte del dictador General Franco (20 de noviembre de 1975) y la promulgación de la Constitución Española de 1978, cuajando algunas de ellas ya en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, y en los sucesivos: Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, Proyecto de Código penal de 1994. En Alemania la reforma penal de la postguerra no comenzó realmente hasta los años sesenta, en los que el Proyecto oficial de 1962 fue seguido en 1966 por un Proyecto Alternativo de un grupo de Profesores de Derecho penal que en buena parte acogieron los postulados de Von Liszt y Gustav Radbruch (*Ibid.,* pág. 1029-1030, nota 21). Postulados, acabarían siendo asumidos, en lo principal, por el propio Jiménez de Asúa.

caracteres tipológicos básicos. En su opinión, el Derecho penal es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora[143].

El Derecho penal de hoy, entiende Jiménez de Asúa, es un *Derecho público*, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. No es un simple Derecho disciplinario. Es también un Derecho normativo, valorativo y finalista. La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho, y por eso se ha de afirmar que nuestra disciplina es valorativa. Las corrientes neokantianas (el neokantismo, que Kelsen y Mezger, en Derecho penal) afirman la índole normativa de la Ciencia jurídica, hasta el punto de que sólo en ese carácter de norma se halla su esencia científica. Según Jiménez de Asúa, los dos polos del eje del Derecho son la norma y el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Éstos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica. En él el pensamiento de Ihering[144] se filtra atendiendo tanto a la concepción funcional del Derecho, como a la política del Derecho que reclama la lucha por la protección garantista de los derechos y libertades fundamentales[145].

Por otra parte, Jiménez de Asúa no acepta la índole constitutiva del Derecho penal y afirma su naturaleza sancionadora. El Derecho penal garantiza, pero no crea las normas[146].

[143] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág.18.

[144] Entiende Jiménez de Asúa que el Derecho penal es un *Derecho normativo, valorativo y finalista.* Por influjo de Windelband y Rickert, los juristas de hoy aceptan una clasificación de las ciencias que tiene su origen en el neokantismo y que Kelsen y Mezger, en Derecho penal, han llevado a sus últimas consecuencias. De un lado están las ciencias del ser (que incluyen a las naturales), del otro, las del deber ser (entre las que se halla el Derecho). La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho. De ahí que el Derecho penal sea una disciplina valorativa. Las corrientes formalistas a que se acaba de hacer referencia afirman la índole normativa de la Ciencia jurídica, hasta el punto de que sólo en ese carácter de norma se halla su esencia científica.
Siguiendo a Heidegger, Eric Wolf ha tratado de emplear otra terminología, la de "realidad" y "significación", e incluye también el aspecto teleológico en el contenido del Derecho. Al jurista se le plantea hoy una cuestión relevante y compleja. Los kelsenianos afirman que el fin no pertenece al Derecho, cuyo contenido es la Política. El fin lo determinará ésta o la Sociología, pero no las leyes. Considera que la Dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y el Derecho penal tiene carácter finalista. El Derecho, que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, Parte Tercera ("El Delito"), págs. 19-20.

[145] Para la concepción funcional del Derecho en el pensamiento de Ihering hay que reclamar sus propias obras, Ihering, R. Von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" (pp. VII-LVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2008, 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011; Ihering, R. Von: La Lucha por el Derecho, trad. A. Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", (pp. VII-XXXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; Ihering, R. V.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomas A. Banzhaf e introducción de J. Vallet de Goytisolo, Madrid, Civitas, 1987. Véase, Monereo Pérez, J. L.: *"Ihering, ensayo de explicación"*, estudio preliminar a Ihering, R. Von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo,* trad. por E. Príncipe y Satorres, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, 1ª edición, 1998, 2ª edición, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, pág. XVII-LXXIX.

[146] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág.21.

El Derecho penal es una rama jurídica que posee dos elementos fundamentales: delito[147] y pena. Cuando un Código positivista o de índole político-criminal, como lo son casi todos los de fecha moderna, incluye en su texto el estado peligroso[148], proporciona material bastante para construir un título nuevo en la Parte general: el delincuente. Es lícito, pues, hacer Dogmática sobre el sujeto del derecho, con cierta independencia del hecho que cometió y que asume la calidad de ente jurídico.

Según entiende Jiménez de Asúa, el Derecho es una ciencia cultural. El Derecho, como ciencia cultural, no puede ser indagado con métodos experimentales, y si una ciencia se caracteriza por su objeto y su método privativo, el Derecho ha de poseer un método jurídico. Parece ser que fue Brugi quien habló de él en el año 1890, a pesar de que Radbruch atribuye a Otto Mayer la gloria de inventarlo. Se dice a menudo que el método lógico-abstracto es propio del Derecho, y nada hay más falso que esta afirmación. No sólo porque hablar de método lógico se presta a confusiones, sino también porque el contenido del Derecho es muy vario y no puede esclarecerse con esa metodología.

Si el Derecho es una ciencia finalista, requiere un método teleológico, que se ha defendido como reacción al formalismo últimamente imperante. Este método teleológico, que en Derecho civil recibe el nombre de *Interessenjurispntdenz*, ha sido hoy ilustrado en interesantes monografías por Grünhunt, Schwinge, Hippel, Treves, etc. Pero antes de ellos, Liszt había construido su teoría de la pena finalista, y hasta había fundado su famoso Lehrbuch en las ideas de "fin" expuestas por Von Ihering. El método teleológico averigua la función para que fuera creada la Ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático, etc., etc., y con ello logra una correcta interpretación de la Ley, descubriendo la voluntad de ésta, según veremos más tarde. El método teleológico admite todas las variedades: es inventivo, para los nuevos hechos; ordenador y constructivo, para la Dogmática, y expositivo, para la docencia. Se vale del análisis, de la síntesis, de la deducción, y hasta de la inducción cuando es preciso[149].

Según Jiménez de Asúa el Derecho es una ciencia del deber ser. Pero el mundo de normas puede también concebirse como fenómeno que pasa, como objeto que cambia en la cultura y también puede reclamar la curiosidad de la Filosofía, que se demanda el porqué del castigo. El científico, a su vez, puede hacer la crítica de las leyes y reclamar su reforma. Todos estos son aspectos del Derecho penal, que es susceptible de ser estudiado filosófica, histórica y críticamente. Pero si nos circunscribimos al mundo del deber ser, al que el Derecho propiamente pertenece, la cuestión varía. Entonces no se estudia filosóficamente el quid de la penalidad, ni la historia de las leyes penales, ni su crítica, sino la Dogmática. Estableciendo su auténtico significado se puede decir que la Dogmática jurídico-penal consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica[150].

---

[147] Jiménez de Asúa realiza un estudio profundo de la teoría del delito -aún antes de la elaboración de su *Tratado de Derecho Penal-*. Véase Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, Parte Tercera ("El Delito"), págs. 199-544.

[148] Recuérdese que Jiménez de Asúa publicó un libro sobre "El estado peligroso" que fue traducida al italiano y prologada por Enrico Ferri, *El estado peligroso,* en una época de proximidad con el positivismo y una relación de magisterio que se rompería con la adhesión de Enrico Ferri al fascismo italiano. Cfr. Jiménez de Asúa, L.: *La pericolositá. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo,* pp. XI-XV. Jiménez de Asúa, L.: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Imprenta Juan Pueyo, 1922; *Ibid., Problemas de derecho penal. Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso*. Conferencias pronunciadas en la Universidad del Litoral, Santa Fe, Instituto Social de la Universidad del Litoral, 1931. Puede consultarse, Ruiz Guarneros, A.I.: "Luis Jiménez Asúa y su aporte a la criminología: Estado peligroso del delincuente", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España*, México, Uruguay), Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 135 y sigs.

[149] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 28-29.

[150] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, págs. 20-29.

Considera que no puede construirse la Dogmática penal sino sobre la base del Derecho vigente; pero el Derecho no es únicamente la Ley. Los dogmáticos legalistas que, en holocausto de la Libertad, creen que la Ley lo ha agotado todo y que sólo debe interpretarse gramaticalmente ésta, se aproximan más a los prácticos de los siglos XVI y XVII que a los dogmáticos modernos. La Dogmática se edifica sobre el Derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy. El Derecho vive y se aplica, y aunque el Derecho penal se halle limitado por la Ley, que es la única que lo crea, es Derecho cuanto en el marco de esa Ley rige y se actúa por la voluntad y la inteligencia, de los jueces. Sin embargo, la Dogmática rechaza la idea de un Derecho superior y racional que se halle por cima del vigente, lo que sería resucitar el Derecho natural, ya sepultado; y también huye de ocuparse en problemas causales y explicativos del crimen y del delincuente, porque con ello caería en la confusión positivista. A esto se debe el descuido de la Dogmática en estos países. Los positivistas lograron resonantes triunfos en los pueblos iberoamericanos y les hicieron mirar el fenómeno jurídico como objeto, más que como deber ser. La crítica, ya que los Códigos vigentes no son positivistas, sustituyó a la interpretación, y los jueces y abogados olvidaron que la peor Ley es más imperativa que el mejor libro. La Dogmática jurídica, dentro del Derecho penal, debe diferenciarse de las demás "ciencias penales". Destaca Jiménez de Asúa que la ciencia del Derecho penal no puede considerarse nunca como una rama aislada. Para ello recurre a la Teoría General del Derecho, y en relación a ello, entiende que existe una unidad de todo el sistema jurídico. Han olvidado en demasía los hombres de leyes la unidad de nuestra ciencia, y preocupados por la especialidad, se ha ido insensible dando un sentido propio a conceptos e instituciones que deben ser comunes a todo ordenamiento del Derecho. Así, acontece que el iuspenalista pretende tener una noción propia de la causalidad, de la ilicitud, de la culpabilidad, del dolo, del domicilio, etc., etc., cuando son conceptos comunes a todos los ramos legales. Cierto que nuestro Derecho, por su característica sanción —más grave que las que se usan en Derecho civil, administrativo, etcétera—, reclama principios limitativos, tales como el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene sus bases filosóficas y hasta científicas.

Pero no es menos exacto que hay que esforzarse en construir una Teoría general, para que cuando hable un penalista de dolo, de culpa o de domicilio, coincida con las concepciones que sobre la materia tiene el privatista o el cultivador del Derecho público.

Es en un enfoque clásico el sistema bipartito de nuestra disciplina que distingue entre Parte general y Parte especial. Está clara la especificidad de la ciencia del Derecho penal y la centralidad de la dogmática jurídica. Pero si el jurista no quiere caer en la seca práctica, ha de dedicarse al estudio de otros problemas que, por no estar dentro de la Dogmática propiamente dicha, deben ir a parar a una Introducción, conforme han hecho Liszt y Hippel en sus más conocidas obras. En ésta han de ser estudiados conceptos filosóficos, históricos, político-criminales y de legislación penal comparada. Hasta las fuentes del Derecho penal deben ser incluidas en esta parte introductoria, aunque la Ley

penal ya entra en la Dogmática, a pesar de que von Liszt[151] la trató en la Introducción[152]. Subyace al Derecho penal y a su ciencia el interrogante sobre si tiene el Estado derecho a castigar. Siguiendo la terminología hegeliana, ocupémonos de la Tesis, de la Antítesis y de la Síntesis. A primera vista, parecería superfino preguntar si hay derecho a penar, ya que, desde hace muchos siglos, el organismo colectivo que hoy denominamos Estado descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos. *Homines non requirunt rationes carum rerum quas semper vident*. El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura, y cuando ésta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos. Pero el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocamos al tema filosófico de por qué se pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan. Incluso la investigación histórica cobra nuevo sentido si la interpretamos con aliento filosófico. Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de cultura que el mundo vivía. Por eso es por demás injusto medir con las normas de hoy los hechos del pasado. Se ha dicho que los españoles cometieron crueldades innúmeras con los indígenas primero y con los insurgentes después. Si nuestros antepasados clavaron en una pica a Caupolicán, y si ataron a un poste, abriéndole las entrañas, a Tupac Amaru, no hacían más que aplicar las penalidades entonces vigentes. En las postrimerías del siglo XVI, Damiens murió en el cadalso de modo análogo, además de haber vivido dos horas atormentado, por haber hecho un leve rasguño al monarca francés. Hoy, como antes, el Estado tiene derecho a castigar, pero repetimos que es preciso que investiguemos el porqué. Cuanto hemos de decir más tarde sobre las escuelas penales explica las razones del castigo, ya que las tendencias relativas no conciben más que penas finalistas. Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo. El psicoanálisis nos ha dado mucha luz sobre estos temas. Nos ha enseñado que venganza y represión son formas tan distintas que hasta el destinatario es diverso. Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del super yo. Esta instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el super yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro ello que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro super yo, y por eso la pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida. Esperemos, como he de decir al final de este estudio filosófico, que así ocurra. La venganza se proyecta contra el criminal, y no han añadido nada los exploradores de psicología profunda a la vieja concepción. Pero en cambio, sí interesa subrayar que la pena es la compensación de la renuncia al sadismo. El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar. La pura tesis, es decir, la afirmación de esa

[151] La influencia de Franz von Liszt es visible en su concepción del Derecho penal. A modo de ejemplo, véase Jiménez de Asúa, L.: "'Corsi e ricorsi': La vuelta de von Liszt", en *Nuevo Pensamiento Penal,* Buenos Aires, 1, vol. 2, 1972, págs. 191-203. También en relación con la traducción de la obra de Von Liszt: *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* publicado originariamente en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, III, 1882, pág. 1 y sigs. (recogido después en sus *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze,* tomo I, Berlín 1905. págs. 126 y sigs., reimpresión de 1970). La traducción española de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba, se hace acompañar de un trabajo de Jiménez de Asúa sobre Von Liszt, aparecida en Valparaíso (Chile), 1984, con el título *La idea de fin en el Derecho penal.* La obra cumbre de Franz von Liszt, es sin duda su gran "Tratado", Liszt, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917. Esta traducción (realizada por un joven Jiménez de Asúa, por entonces Profesor de Estudios superiores de Derecho penal y de Antropología criminal en la Universidad de Madrid) constituyó una aportación fundamental en la cultura jurídica de nuestro país.

[152] Véase Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, págs. 24 y sigs.

facultad punitiva del Estado se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin. Ese es el supremo derecho. Cuando surge el talión, el puro derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas. Esta tesis, que la moderna filosofía ha transformado, en síntesis, según después veremos, tiene una robusta antítesis. No todos admiten que el Estado tenga derecho a castigar. Jiménez de Asúa describe esas teorías negacionistas y sus fundamentos.

En cuanto la filosofía pone mano en el Derecho penal, la tesis se convierte en auténtica síntesis. Las teorías sobre el fundamento del Derecho de penar surgen y aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia. No podríamos ocuparnos ahora de esclarecer esas teorías que Bauer clasificó. Por lo demás, sería una tarea inútil porque han sido superadas en su estructura sistemática. Lo único que nos interesa es decir que la síntesis se logra cuando, traspasado el criterio expiacioncita y retributivo, se llega al que Dorado denomina "Derecho protector de los criminales". A la síntesis pertenece la historia de las escuelas, pero no sólo tratan de esclarecer el fundamento del Derecho de penar, sino que se ocupan, en la más amplia acepción, de la teoría del delito y de la pena[153].

El Derecho penal lucha por hacerse "público", es decir, objetivo, imparcial. Jiménez de Asúa *realza la tendencia humanista*. Todo el Derecho penal, que está cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la Humanidad. De este tremendo afán iba resultando el Derecho penal liberal. Alboreaba el siglo XIX y aun no lo era, a pesar de Beccaria y de Howard. Durante muchos siglos, después de proclamado el Derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras).

Al tiempo surge el Derecho penal revolucionario: Como siempre, una revolución, primero en las ideas (Enciclopedia y Aufklarung[154]) y luego en la realidad política, ha parteado un nuevo modo de ser. La Filosofía penal liberal ha nacido revolucionariamente en las postrimerías del siglo XVVII. Como siempre en toda labor revolucionaria, su acento fue primero crítico y se preocupó ante todo de destruir. Las tres figuras de la época: Beccaria[155], Howard y Marat, más que edificar un Derecho penal y carcelario nuevo, censuran lo existente, procuran destruir lo ya caduco. Por eso son revolucionarios. Lo que de la revolución nace quiere ante todo afianzar su existencia. La Revolución Francesa vino a favorecer de manera decisiva el movimiento de reforma penal. La nueva Francia inspiró en las páginas del Contrato social de Rousseau y en la Enciclopedia sus Códigos penales: el de 25 de septiembre de 1791; el de Brumario del año IV (más procesal que punitivo), y el de 1810, que rige aún hoy, y que promovió la Codificación penal en Europa. El Código de Napoleón templa, en parte, la injusticia de las penas fijas, cláusula penal del citado libro de Rousseau, establecida en el Código de 1791. Un "nuevo liberalismo" surge en la legislación penal francesa, al extenderse las "circunstancias atenuantes" en 1824 y 1825.

Al mismo tiempo se iniciaba en Italia, Alemania e Inglaterra la creación de una doctrina penal liberal, con Romagnosi, Feuerbach y Bentham, que luego se construiría con caracteres al parecer definitivos, por Carmignani y Carrara y por los penalistas alemanes, desde el gran bávaro citado, hasta Binding y Beling, por no mencionar más que los dogmáticos puros, para no hacer la lista interminable.

[153] Véase Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, págs.40-45.

[154] Kant, E.: *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Edición de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza editorial, 2023.

[155] Véase Becaria Bonesana, C.: *Tratado de los delitos y de las penas,* trad. de de Las Casas, J.A., Introducción (pp.7-40) de F. J. Álvarez García, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Sobre el pensamiento de esos grandes autores se basó el fundamento del Derecho de penal liberal y se edificó la escuela que más tarde se llamaría clásica[156].

Después de un análisis histórico-critico, breve pero riguroso, de las distintas "Escuelas" de Derecho penal, Jiménez de Asúa consideró que se había producido el "final de la lucha de escuelas" y a la par que una reflexión realista tras la segunda postguerra mundial[157]. Jiménez de Asúa tuvo la inicial esperanza de que durante la segunda postguerra mundial se impondría por vía democrática los regímenes socialistas, aunque esas esperanzas utópicas se verían frustradas ante una realidad que hacía visible la creación de un orden internacional bipolar de bloques de poder en el sistema de relaciones internacionales que conduciría al status quo de la llamada "guerra fría"[158].

Por otra parte, sitúa Jiménez de Asúa a la justicia y la libertad como contenido del Derecho. Entiende que el Derecho se dirige a las conductas y es finalista porque enfoca éstas hacia el *telos* de la existencia. Recibe en su seno los bienes jurídicos y tiene, como fundamental contenido, la justicia y la libertad. Siempre nos ha parecido un sofisma afirmar que las sentencias injustas constituyen Derecho injusto y que, sin embargo, es tal Derecho obligatorio. En primer término, observemos que la justicia la hacen los hombres y que las injusticias contenidas en una sentencia son la negación del Derecho más que el Derecho mismo. Decir que la sentencia injusta es obligatoria por ser sentencia, constituye el sofisma a que aludí, ya que es obligatoria, no por ser sentencia, aunque sea injusta, sino porque hay una norma generalizada, que es justa, en la que se ordena que todos los fallos ya inapelables son ejecutivos. El Derecho que tiene como contenido la justicia y la libertad, es una norma en sí misma viviente y el juez la actúa. Creemos que es un tremendo error afirmar que el verdadero Derecho es sólo el que se contiene en las sentencias y en los actos administrativos. Como veremos en su momento oportuno, la ley es la única productora del Derecho penal, aunque el sistema jurídico, como viviente que es, esté formado por ese conjunto a que antes nos hemos referido y que se integra por las leyes y disposiciones legiferantes y por la norma stricto sensu, así como por el Derecho aplicado. Puesto que hemos dicho que la justicia y la libertad son contenido del Derecho, Stammler tiene razón al distinguir entre concepto e idea del Derecho. Lo primero es la síntesis de los datos que nos permiten conocer lo que el Derecho es; y la idea del Derecho es la síntesis de categorías ideales que hacen justo un Derecho[159].

---

[156] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, págs. 31-39.

[157] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, págs. 68 y sigs.

[158] Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Tesis doctoral para la obtención del Grado de Doctor en Derecho, dirigida por Sebastián Martín, 2017/2018, pág. 247. https://idus.us.es/server/api/core/bitstreams/f67d0ac3-b19c-4516-ac43-c6ecf82b885e/content. Roldán Cañizares, señala que "si durante la II guerra mundial consideraba que una vez que finalizase la contienda el mundo se organizaría bajo un régimen socialista, en su mente debía estar la creencia de que el fin del derecho penal liberal, y su sustitución por la criminología, no tardaría en llegar. Sin embargo, no tardó en toparse con la realidad. El contexto internacional, marcado por la polarización del mundo en torno a los Estados Unidos y a una Unión Soviética cuyas leyes penales cada vez se asemejaban más a las de corte capitalista, y el contexto nacional argentino, en el que un peronismo aliado del franquismo llegó al poder en 1946, reforzaron la posición penal de Jiménez de Asúa, quien no solo siguió avanzando en sus construcciones dogmáticas tal y como demostró en La ley y el delito, sino que decidió elaborar un ingente Tratado de derecho penal que, llegando a escribir sus últimas páginas bajo el gobierno dictatorial de Onganía [Juan Carlos *Onganía*, dictador argentino], se apoyó fundamentalmente sobre la ley española y la argentina. Asimismo, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2019. https://core.ac.uk/download/pdf/288500753.pdf

[159] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 82.

Importa subrayar la aguda crítica de Jiménez de Asúa al Derecho penal liberal y autoritario[160]. Destaca que el Derecho penal liberal sabía defender los derechos individuales. Mientras la norma de cultura de la mayor parte de los pueblos descanse en el individualismo demoliberal, el Derecho punitivo, puesto que es meramente sancionador, deberá resguardar esos principios. Por eso ha de mantenerse el Derecho penal liberal, y hasta definirse y penarse todo ataque a los sistemas liberales y democráticos. Es peligroso injertar en un régimen dado principios que se piensan y construyen para otro. Esto ocurrió con el positivismo, que trazó sus disposiciones de acuerdo a criterios universalistas. El fascismo los aprovechó, y Ferri tuvo la osadía de aplaudirlo, sin reconocer que lo proyectado para una civilización socialista se desnaturalizaba en favor de la dictadura de Mussolini. Ahora bien, no nos damos cuenta exacta de que en la hora que corre somos a la vez espectadores y actores en el nacimiento de un mundo nuevo. No asistimos a un cataclismo, sino a la muerte de una era y al nacimiento de una edad futura. En estos tiempos que han de llegar, ¿la libertad será concebida como antaño? ¿Volverá el liberalismo del siglo XIX, qué inauguró la Revolución Francesa y que claudicó en 1914? La llamada libertad política pretendía liberar al hombre del Estado y hacía de la libertad un valor en sí. Pero este punto de vista era errado. La libertad es, en efecto, un don del hombre; pero, como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización: cuanta más libertad, mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje. La libertad es un instrumento para bienes más altos. El hombre es libre para conseguir la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura. No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal del futuro. Mientras tanto, y puesto que la libertad no es un valor en sí, sino que persigue un fin, tendremos que proclamar que no hay libertad contra la libertad, y que el Estado tiene derecho de defenderse.

Pero, mirando al futuro, Jiménez de Asúa llegó a avanzar la utopía de que en un futuro más o menos lejano la Criminología imperará sobre el Derecho penal. Puesto que la libertad, para el liberalismo, consistía en ser máximamente libres, el conflicto entre la defensa social y ese derecho aparecía paladino. Pero acaso llegue un día en que el Derecho penal deje de existir. Para ello entendía que, entonces no perturbarían el ánimo las garantías y derechos del hombre y del ciudadano, y no habría riesgo de que los principios del Derecho penal sirvan a regímenes dictatoriales. Al delincuente se le corregirá, curará o inocuizará en establecimientos que nada tendrán de cárceles. Así lo vio ya Dorado Montero con sus ojos románticos y lo predicó insistentemente en libros famosos. Al final acertó incluso con el título: "El Derecho protector de los criminales"[161]. Hay que afirmar que puede que el Derecho penal vaya más allá. El Derecho será cancelado y sólo la Criminología, ciencia causal explicativa, completada con remedios, imperará en el futuro. Es una utopía, pero aduce que de ningún ideal puede decirse que es ajeno a este mundo. Utopía pareció antaño el hecho de volar con aparatos más pesados que el aire; utopía era el cisne negro, pero se descubrió. Australia y aparecieron esas

[160] Jiménez de Asúa lleva a cabo una crítica contundente al Derecho penal alemán del Reich. Paradigmática, Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág.134 y sigs. ("La analogía en Derecho penal alemán del Reich").

[161] Dorado Montero, P.: *El Derecho protector de los criminales* (1915), 2 vols., Pamplona, Analecta, 1999. No se olvide que Pedro Dorado Montero pueda encuadrarse dentro de esa amplia corriente de pensamiento que se ha denominado técnicamente "socialismo jurídico" o, más ampliamente, "socialismo en el Derecho". Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.: *Reformismo Social y Socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, páginas 7 a 112; *Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, págs. 21 y sigs., y Capítulo 3 ("La formación del Derecho Social y el socialismo jurídico en España: El socialismo jurídico en la formación del Derecho social", págs. 87 y sigs., y capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"), págs. 191 y sigs. Para el pensamiento social, político y jurídico de Dorado Montero, en una perspectiva de conjunto, véase Blanco Rodríguez, J. A.: *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero,* Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos, 1982, págs. 43 y sigs., y 117 y sigs.

aves sombrías, y se ingenió el hombre y los aeroplanos surcan el espacio[162]. A Jiménez de Asúa de preocupaba la dimensión moral de la legalidad penal. Esto, desde luego, no impidió que escribiera su monumental *Tratado de Derecho Penal.*

De interés es también su crítica respecto al modo en que se estaba llevando a cabo los Juicios de Núremberg, porque, a su entender, no garantizaban los principios de una justicia penal internacional y consideró que se había incumplido los principios fundamentales de del Derecho penal (quebrantamiento flagrante del principio de legalidad, derecho a un Tribunal predeterminado por Ley, violación de la imparcialidad de los jueces, ausencia del principio de contradicción, etcétera. Por lo demás, es lo cierto que tenía sus reservas respecto del garantismo que pudiera ofrecer una justicia penal internacional[163].

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Obras de Luis Jiménez de Asúa (Selección)[164]

— *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, Reus, 1913.

— *La recompensa como prevención general. El derecho premial*, Madrid, Reus, 1915.

— *Derecho penal. – Contestaciones al Programa para las oposiciones al cuerpo de aspirantes a la judicatura y ministerio fiscal*, Madrid, Reus. 1915.

— Traducción de F. Von Liszt, *Una Confederación centro-europea*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Fortanet, 1915.

— "Antropología y política criminales", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 126, Madrid, 1915.

— "La pena previamente indeterminada y las penas retenidas", en *Actas del Segundo Congreso penitenciario español*, La Coruña, Papelería é imprenta Garcybarra, 1915.

— *El derecho penal del porvenir. La unificación del derecho penal en Suiza*, Madrid, Reus, 1916.

— Traducción de Liszt, F. V.: *Tratado de Derecho Penal,* traducción de la 20ª edición alemana de Jiménez de Asúa, y adicionado con el "Derecho penal español" por Quintiliano Saldaña, y tres Volúmenes, Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1ª edición, Tomo I, 1914, Tomo II, 1916, Tomo III, 1917.

— "La pena de muerte en el anteproyecto del código penal suizo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 128, Madrid, 1916.

[162] Jiménez de Asúa, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 73-74.

[163] Jiménez de Asúa, L.: "Criminales de guerra", en *El Criminalista,* Tomo VII, Buenos Aires, La Ley, 1947, pág. 291; *Ibid.,* "El Derecho penal del futuro", en *El mundo de la posguerra,* Tomo II, Buenos Aires, Mundo Atlántico, 1944, págs. 57 y sigs. Véase, al respecto, Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019, págs. 274 y sigs., y Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Madrid, Dykinson, 2019, págs. 230-233.

[164] Una completa relación de libros, hasta 136, prólogos y obras menores puede verse en tomo VII de su *Tratado de Derecho Penal, cit.,* págs. 999-1005; Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019, págs. 359-412; Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa. El penalista de la retaguardia imposible,* Tesis Doctoral por la Universidad de Alicante-Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, 2020. Véase también VV.AA.: "Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)", en *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*. https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/15043

— *El anteproyecto del código penal sueco de 1916. Estudio crítico seguido del texto íntegro de la parte general del anteproyecto*, traducido íntegramente del sueco, Madrid, Reus, 1917.

— *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana*, Madrid, Suárez, 1918.

— "La esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles", *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 1, nº 1, Madrid, 1918.

— *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*. – Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Reus, 1920.

— "El delito de disparo de arma de fuego", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 2, nº 6, Madrid, 1920.

— "La responsabilidad sin culpa", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 3, nº 10, Madrid.

— "Los sujetos del delito", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 3, nº 12, 1920.

— *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la parte especial del derecho penal, para uso de los estudiantes*, Vol. 1, Madrid, Suárez, 1921.

— "Una entrevista con Enrique Ferri", *El Liberal*, 12 de julio, 1921.

— "La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital, *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 4, nº 20, Madrid, 1921.

— *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Imprenta Juan Pueyo, 1922.

— *Estudio crítico del proyecto de código penal italiano de 1921*. – Conferencias pronunciadas en el Ateneo Jurídico de la Asociación oficial de estudiantes de derecho, Madrid, Suárez, 1922.

— *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones a la traducción española del Programa del Curso de derecho criminal*, de Francisco Carrara. Parte General. Volumen I, Madrid, Reus, 1922.

— Traducción de F. Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1922.

— *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1922.

— *Trabajos del seminario de derecho penal (museo-laboratorio jurídico de la Universidad de Madrid)*. Tomo I, Madrid, Reus, 1922.

— *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Turín, Bocca,1923.

— "Injuria y crítica", *La Libertad*, 21 de junio, 1923.

— "El estado de necesidad: el hambre ante las leyes penales", *Revista de ciencias jurídicas básicas*, vol. 5, nº 18, Madrid, 1923.

— La legislación penal y la práctica penitenciaria en Sudamérica. – Conferencias pronunciadas en la sección de estudios americanistas de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Talleres tipográficos "Cuesta", 1924.

— *Dos aspectos de la solidaridad social*. En el volumen de *Conferencias del año 1923, publicado por el "Jockey Club" de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta del Jockey Club, 1924.

— *Bibliografía crítica de estudios penales, y revista de leyes y de los proyectos más importantes en materia penal*, Madrid, Tip. De la Revista de archivos, bibliotecas y museos, 1924.

— *Rapport sur le príncipe de la sentence indéterminée. Troisième question. Première section. Congrès -Pènitentiaire international de Londres 1925* – Edición castellana de este trabajo publicada con el título de *Generalización del principio de la sentencia indeterminada*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la penitenciaría nacional, 1925.

— *La lucha contra el delito de contagio venéreo. Problemas de derecho penal y de prevención en torno a las enfermedades del sexo*, Madrid, Caro Raggio, 1925.

— *Die Reform des spanischen Strafgesetzbuches. (Sonderadbruck aus der Monatsschrift für -Kriminalpsuchologie und Strafrechtsreform*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1925.

— *Endocrinología y derecho penal. Eutanasia y homicidio por compasión*. – Dos conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Montevideo, Imprenta Nacional, 1925.

— *El error judicial (a propósito de un caso reciente)*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1925.

— *La legislación penal española y sus reformas*. – Separado de los "Archivos de criminología y de medicina legal" de Jarkof, Ucrania, vol. I, Jarkof, 1925.

— *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal*. – Conferencias pronunciadas en la Universidad de Buenos Aires los años 1923 y 1925, Madrid, Reus, 1928.

— *Política. Figuras. Paisajes*, Madrid, Editorial Historia nueva, 1928.

— *Libertad de amar y derecho a morir-Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología,* Madrid, Historia Nueva, 1928.

— *Crónica del crimen,* Madrid, Historia Nueva, 1929 (4.ª ed., La Habana, J. Montero Editor, 1950; reimpr., Madrid, Ministerio de Justicia, 1989), 1928.

— *Il dilitto di contagio venéreo. Studi e proposte*, Turín, Bocca, 1929

— *Die Reform des Strafrechts in der Ländern spanischer Kultur*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1929.

— *Crónica del crimen*, Madrid, Historia nueva, 1929.

— *Liberda de amar e direito a morrer. Ensaio criminalista*, Lisboa, Livaria Clásica Editora, 1929.

— *Juventud*. – Conferencia en la Casa de pueblo de Madrid y Réplica en nombre de la mocedad, por José López Rey, Madrid, Imprenta Velasco, 1929.

— *El nuevo derecho penal*, Madrid, Biblioteca de ensayos, 1929.

— *La delincuencia juvenil y los Tribunales de niños*, Montevideo, Palacio del Libro, 1929.

— *Derecho penal conforme al código de 1928*. – Obra ajustada al Programa para las oposiciones al Cuerpo d aspirantes a la judicatura. En colaboración con José Antón Oneca, Madrid, Reus, 1929.

— *El Nuevo Derecho Penal-Escuelas y Códigos del presente y del porvenir,* Madrid, Editorial Páez, 1929.

— *Notas de un confinado*, Madrid, Compañía iberoamericana de publicaciones, 1930.

— *Al servicio del derecho penal*. Diatriba del Código gubernativo, Madrid, Morata, 1930.

— *Al servicio de la nueva generación*, Madrid, Morata, 1930.

— *Defensa de una rebelión. Informe ante el Consejo supremo de guerra y marina, como mandatario de D. Santiago Casares Quiroga*, Madrid, Morata, 1931.

— *Pena privativa della libertà única o plurima?* – Città di Castello, Società anónima, 1931.

— *La vida penal en Rusia. Las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética*. En colaboración con José Arturo Rodríguez Muñoz, M. Grodsinsky y M. Figueroa Román, Madrid, Reus, 1931.

— *Problemas de derecho penal. Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso*. – Conferencias pronunciadas en la Universidad del Litoral, Santa Fe, Instituto Social de la Universidad del Litoral, 1931.

— *Temas penales. Dolientes y ciegos. Reforma penal en España. Nuevo sesgo de la criminología. Clínica y derecho del delito político*. – Conferencias pronunciadas en la Universidad de Córdoba, Córdoba, Universidad Nacional, 1931.

— *La teoría jurídica del delito*. – Discurso inaugural del curso universitario 1931-1932, Madrid, Imprenta colonial, 1931.

— *Die Strafgesetzgebung der spanischen Republik*, Heidelberg, Carls Winters Universitätsbuchhandlung.

— *La teoría jurídica del delito,* Madrid, Imprenta Colonial, 1931.

— *La legislación penal de la República española*, Madrid, Reus, 1932.

— *Juventude*, Coimbra, Ediçoes Universidade Nova, 1932.

— "El derecho penal vigente en la República español", *Revista de derecho público*, nº 2, Madrid, 1932.

— *Proceso histórico de la Constitución de la República española,* 1ª edición. Madrid, Editorial Reus (Manuales Reus), 1932, XXIV + 527 págs.

— *Defensas penales*, Tomo I, Madrid, Reus, 1933.

— *O delito do contagio venéreo*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

— *O estado perigoso*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

— *Ao serviço da nova geraçao*, Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1933.

— "Ley de Vagos y Maleantes", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Tomo 163, nº 9, Madrid, 1933.

— *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delito. (La legge spagnuola sui vagabondi e malviventi del 4 di agosto 1933)*, Città di Castello, Tip. Leonardo da Vinci. – Edición en español: *Ley de Vagos y -Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, Madrid, Reus, 1934.

— *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, Madrid, Manuales Reus, 1934.

— *España ante la última Conferencia de unificación penal* (Separado de la *Revista de derecho público*), Madrid, 1934.

— *Manual de derecho penal*, vol. I, tomo I, Madrid, Reus, 1934.

— *Defensas penales*, Tomo II, Madrid, Reus, 1935.

— *Quelle doit être la compétence du juge pénal, dans l¡execution des peines? Rapport au Congrès penal et pénitentiaire de Berlín* (Separado de los *Travaux préparatoires*). – Edición en español: *El juez penal y la ejecución de la pena* (Separado de la *Revista de derecho público*), Madrid, 1935.

— *Conférence internationale pour l'Unification du droit penal. Sous les auspices du Gouvernement de la République Espagnole. Actes de la Conférence, publiés spus la direction de Luis Jiménez de Asúa, avec le concours de Vespasien Pella*, Paris, Pedone, 1935.

— *Valor de la psicología profunda (Psicoanálisis y psicología individual) en ciencias penales*, Madrid, Reus, 1935.

— *Responsabilidad de un rey por presentación en juicio de un documento mercantil falso. Querella y Escrito pidiendo el procesamiento a nombre de Alfonso Sanz*, Madrid, Reus. 1935

— "Un nuevo derecho penal", *Revista de técnica policial y penitenciaria*, Vol. II, nº 3, La Habana, 1935.

— "Valor de la psicología profunda. Psicoanálisis y psicología individual", en *Ciencias penales,* Madrid, Reus, 1935 (Buenos Aires, Losada, 1940).

— *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la justicia*, Madrid, Gráfica socialista, 1936.

— *El principo "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía* (Separado de la *Revista de derecho público*), 1936.

— *Defensas penales*, Tomo III, Madrid, Reus, 1936.

— *O delito do contagio venéreo*. Sao Pablo, Ediçoes e Publicaçoes Brazil, 1936.

— *The agony of Spain.Socialist appeal to the British democracy. Spanish envoys tell the facts*, Edimburgo, 1936.

— "El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley penal", *La Ley*, nº 15, Buenos Aires (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950), 1939.

— "La relación de causalidad y la responsabilidad criminal", *La Ley*, nº 16, Buenos Aires. (Recopilado en El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950), 1939.

— "Don Pedro Dorado Montero", España republicana, 21 de octubre de 1939, Buenos Aires, 1939 (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949).

— *Psicoanálisis criminal*, Buenos Aires, Losada, 1940

— "El juez penal: su formación y sus funciones", *Revista de psiquiatría y criminología*, nº 25-26, Buenos Aires, 1940.

— "La metodología docente del derecho penal y la misión de la Universidad", *Aequitas*, *Revista del centro de estudiantes de la facultad de derecho de la Universidad nacional de Tucumán*, I, Tucumán, 1940. (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).

— "Lo que hizo la República española con la enseñanza superior", *España Republicana*, 12 de abril de 1941, 1941. (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).

— *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1942

— *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942.

— *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.

— *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobe eugenesia y eutanasia*, Buenos Aires, Losada, 1942.

— *El derecho penal hispano-árabe*. – Conferencia, Buenos Aires, Publicaciones del Instituto Cultural argentino-hispano-árabe. (Recopilado en El Criminalista, Tomo V, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945).

— *Conferencia sobre el problema universitario y temas de criminología: misión de la Universidad. Libertad y derecho penal. El juez del crimen. Psicoanálisis, delito y pena*, La Paz, Tip. Salesiana, 1943.

— *Defensas penales,* Madrid, 1933-1936, 3 vols. (reed., Buenos Aires, 1943).

— *La Constitución política de la democracia española. Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, el 23 de febrero, en el Ateneo Dominicano*, Ciudad Trujillo, R.D., 1943, Edición Partido Socialista Obrero Español, 1943. Reedición digital facsímil (pensamiento socialista en el exilio).

— *El derecho penal del futuro*, en la colección *El mundo de la postguerra*, Buenos Aires, Editorial Mundo Atlántico, 1944.

— *Lombroso*, Buenos Aires, Editorial La Universidad, 1944.

— *Psicoanálisis criminal*. – Conferencia en la Universidad de Cuenca, Cuenca, Publicaciones del Centro de Estudios de Medicina legal y más ramas conexas, 1944.

— *Las ciencias penales y otros ensayos*, Caracas, Ediciones Librería Caracas, 1945.

— *La ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945.

— "El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista", *Revista de derecho penal*, I, Buenos Aires, 1945 (Recopilado en *El Criminalista*, Tomo VII, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1947).

— *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946.

— *Códigos penales iberoamericanos*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1946.

— *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

— *Derecho penal soviético*, Buenos Aires, Editorial La ley, 1947.

— *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Tea, 1947.

— "El método en derecho penal", *La Ley*, nº 49, Buenos Aires, 1948.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Buenos Aires, Losada, 1950.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo II, Buenos Aires, Losada, 1950.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo III, Buenos Aires, Losada, 1951.

— *Defensas penales en América*, La Habana, Jesús Montero, Editor, 1951.

— "Legítima defensa del Estado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 29, México D.F, 1951.

— *Le droit pénal espagnol (Confèrence prononcée le 28 septembre 1950 en la Sorbonne)*, Casablanca, Imprimerie Latine, 1952.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, Buenos Aires, Losada, 1953.

— *Principios del Derecho penal. La Ley y el Delito,*

— *Tratado de derecho penal*, Tomo V, Buenos Aires, Losada, 1956.

— *El PSOE, la democracia, la ley y la Universidad*, Buenos Aires, 1956.

— *Bases para una restauración del derecho penal democrático*, Córdoba, Cuadernos del centro de estudiantes de derecho, 1957.

— "El método de casos en la enseñanza del derecho penal", *Cuadernos de ciencia penal y criminología*. Nº I, Santa Fe, 1957.

— "La protección penal de los convenios internacionales humanitarios", *Revista de Criminología*, nº 7, Montevideo, 1957.

— *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

— *La teoría jurídica del delito*, nueva edición con un *Prólogo* para ella, en *Cuadernos de ciencia penal y criminología*, nº IV, Santa Fe, 1958.

— *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

— *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito,* 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot/Editorial Sudamericana, 1958.

— *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo VI, Buenos Aires, Losada, 1962.

— *Comentarios al proyecto de código penal argentino*, en colaboración con Francisco P. Laplaza, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1962.

— *Actas de las Jornadas de derecho penal*, Buenos Aires, Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1962.

— *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963.

— *Estudios de derecho penal y criminología*, Tomo III, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1966.

— "El estado de la reforma jurídico-penal en Alemania Occidental y sus perspectivas", *La Ley*, nº 123, Buenos Aires, 1966.

— *Anteproyecto del código penal de 1967 y exposición de motivos*, Caracas, Publicaciones de la secretaría del Senado, 1967.

— "Proyectos de reforma del código penal alemán", *Revista de derecho penal y criminología*, nº 2, Buenos Aires, 1968.

— "La modificación del código penal español de abril de 1967", *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, Buenos Aires, 1968.

— Comentario de Rocco Sesso, *Imputabilita e sistematica del reato*, Milán, Giuffré editore, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, Buenos Aires, 1968.

— *Evolución del derecho penal argentino*, Rosario, Ediciones jurídicas Orbir, 1969.

— "*Corsi e ricorsi*, Die Wiederkehr Franz von Liszt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, *-Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Berlín, 1970.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Buenos Aires, Losada, 1970.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo VIII: El delincuente, 1970.

— *Tratado de derecho penal*, Tomo IX: La pena y las medidas de seguridad, 1970.

— *Introduction générale de Législation penale iberoaméricaine*.

— *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito,* 3º edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997.

— *El criminalista,* primera serie, *La Ley,* Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1941-1952, 10 vols.

— *El criminalista,* segunda serie, vols., XI a XVII, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1955-1966.

— *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Losada, 1950-1970, 7 vols.

— "'Corsi e ricorsi': La vuelta de von Liszt", en *Nuevo Pensamiento Penal,* Buenos Aires, 1, vol. 2 (1972), págs. 191-203.

4.2. Sobre Luis Jiménez Asúa, su época, pensamiento y recepción

Abásolo, A.: "Jiménez de Asúa, autoridad constitucional en tres experiencias iberoamericanas de la década de 1930 (Argentina, Perú y Brasil)", *AHDE*, tomo XCI, 2021, págs. 719-731.

Alcalá Zamora, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucion*al, Madrid, 1936 (Reeditada: Alcalá Zamora, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, advertencia y notas de N. Alcalá Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981).

Alcalá-Zamora y Torres, Niceto, *Los defectos de la Constitución Española de 1931,* Madrid: Imprenta de R. Espínola, 1936 (reeditado en 1981 por Civitas junto al ensayo *Tres años de experiencia constitucional*).

Andrés-Gallego, J.: *El socialismo durante la Dictadura 1923-1930*, Madrid, Tebas, 1977.

Antón Oneca, J.: "La obra penalista de Jiménez de Asúa", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 23, 2, 1970, págs. 547 y ss.

Atienza, J.: "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", en *Historia Contemporánea*, núm. 6 (1991), págs. 15-45.

Ayala, F.: *El Derecho social en la Constitución de la República española*, Madrid, M. Minuesa de los Ríos, publicaciones de la Sociedad para el Progreso Social, 1932.

Bacigalupo, E.: "En el Centenario de Don Luis Jiménez de Asúa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* núm. 42 (1989), págs. 479 y sigs.

Bacigalupo, E.: "En el centenario de don Luis Jiménez de Asúa", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 42, 1989, p. 479 y sigs.

Bacigalupo, E.: "Jiménez de Asúa, un exiliado que creó escuela", *Cuadernos de la Fundación Españoles en el mundo*, nº 73, págs. 7-32.

Bacigalupo, E.: "Luis Jiménez de Asúa. Un exiliado que creó escuela", en *Cuadernos de la Fundación españoles por el mundo*, nº 1 (1993).

Bacigalupo, E.: "Luis Jiménez de Asúa", en Domingo, R. (ed.): *Juristas universales*, Volúmen IV. "Juristas del Siglo XX", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Bacigalupo, E.: *Luis Jiménez de Asúa; Un exiliado que creó escuela*, Madrid, Fundación Españoles en el Mundo (Colección Cuadernos de la Fundación Españoles en el Mundo), 1993. [Se trata de una Conferencia pronunciada el 20 de enero de 1993 dentro del Ciclo 'Españoles en América'].

Bauer, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp. IX-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

Bauer, O.: *El camino hacia el socialismo*, trad. A. Révész, Madrid, Ed. América, 1934 (¿?).

Bernstein, E.: *El socialismo evolucionista*, versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein" (pp. IX-XC), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.

Blanco Rodríguez, J. A.: *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero,* Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos, 1982.

Bobbio, N.: *El problema de la guerra y las vías de la paz* (1979)*,* Barcelona, Gedisa, 1992.

Cabrera, M. y del Rey, F.: *El poder de los empresarios. Política y economía en la España contemporánea (1875-2010)*, Barcelona, RBA Libros, 2011.

Carreño, L.: "Intelectuales durante la dictadura de Primo de Rivera: Luis Jiménez de Asúa, una vía disidente hacia Hispanoamérica", en Castro Montero, Á. (coord.): *Españoles en el diario La Prensa*, Buenos Aires, Bergerac Ediciones, 2012.

Casanova, J.: *República y guerra civil*, Vol.8 de Histórica de España, Fontana, J. y Villares, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007, y la amplia bibliografía allí citada (págs.419-431).

Clavero, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español,* Madrid, Tecnos, 1986.

Corcuera Atienza, F. J.: "La Constitución Española de 1931 en la historia constitucional comparada", *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional,* nº 2, 2000.

Corcuera Atienza, J.: «El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931», en *Historia Contemporánea,* n. 6, 1991.

Cuesta Bustillo, J.: *Francisco Largo Caballero. Su compromiso internacional*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 1997.

Cuesta Bustillo, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*. Vol. I, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994.

De Miguel Pérez, I.: *Jiménez de Asúa-Jurista y Político,* Madrid, Editorial Científica Iberoamericana, 1985.

De Riquer, B.: *La dictadura de Franco,* Volumen 9, *Historia de España,* Fontana, J. y Villaress, R. (Dirs.), Madrid, Crítica, 2010 (4º reimpresión 2017).

Dorado Montero, P.: "Valor y función del Estado", en *RGLJ* 113 (1908).

Dorado Montero, P.: *El Derecho protector de los criminales* (1915), 2 vols., Pamplona, Analecta, 1999.

Dorado Montero, P.: *El derecho y sus sacerdotes* (1909), Pamplona, Analecta, 2003.

Dorado Montero, P.: *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana,* Madrid, 1891.

Dorado Montero, P.: *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, Madrid, Hijos de Reus, 1910.

Dorado Montero, P.: *Valor social de leyes y autoridades* (1903), Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, sf. 1903).

Dorado Montero, P.: *Valor social de leyes y autoridades* (1903), Digitalización KCL.

Dorado Montero, P: *Bases para un nuevo derecho pen*al (1902), Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, sf. (1902).

Dorado Montero, P: *Bases para un nuevo derecho pen*al (1902), Buenos Aires, Depalma, 1973.

Esteve Pardo, J.: *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

Fabra Ribas, A.: *La Organización Internacional del trabajo*, Prólogo de A. Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?).

Fabra Ribas, A.*: Origen y carácter del movimiento laborista*, Madrid, Calpe, 1924.

Fernández Almagro, M.: *Orígenes del régimen del Régimen constitucional en España,* Barcelona, Labor, 1928.

Ferri, E.: *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal,* Profesor de Derecho y Procedimiento Penal en la Universidad de Siena, trad. I. Pérez Oliva, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887.

Giménez, E.: *Francisco Largo Caballero y la República futura*, México, 1956.

Gómez Molleda, D.: *El socialismo y los intelectuales. Cartas de líderes del movimiento obrero a Miguel de Unamuno,* Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1980,

González Calbet, T.: *La dictadura de Primo de Rivera. El directorio militar*, Madrid, Ediciones El Arquero, 1987.

González Calleja, E., Cobo Romero, Martínez Rus, A., Sánchez Pérez, F.: *La segunda República española*, Barcelona, Pasado y Presente, 2016.

González Calleja, E.: "La politización de la vida universitaria madrileña durante los años veinte y treinta", en E. González Calleja (Dir.): *La Universidad Central durante la II República: Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

González Calleja, E.: *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930,* Madrid, Alianza Editorial, 2005.

González Calleja, E.: *Rebelión en las aulas. Movilización y protesta estudiantil en la España contemporánea (1865.2008)*, Madrid, Alianza, 2009.

Gordillo, L., Martín, S., Víctor Vázquez, V. (Dirs.): *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español,* Madrid, Marcial Pons, 2017.

Graham, H.: *Socialism and War The Spanisch Socialist Party in Prowerand Crisis, 1936-1939,* Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Graham, H.: *The Spanish Republic at War, 1936-1939*, Cambridge, Cambridge Universtiy Press, 2002.

Grimm, D.: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1991.

Heller, H.: *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929-1930)", trad. F. Javier Conde (durante la Segunda República), edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXIV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Hernicero Díaz, C. A.: *El Estado integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos territoriales,* Cádiz. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007.

Jiménez de Asúa, L.: Anécdotas de las constituyentes, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.

Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional,* Buenos Aires, Losada, 1946.

Jiménez de Asúa, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942.

Jiménez de Asúa, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932.

Jiménez de Asúa, L.: *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia*, Madrid, Gráfica Socialista, 1936.

Kirchheimer, O. (2001): *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Lamo de Espinosa, E. y Contreras, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro*, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990.

Lamo de Espinosa, E.: *Filosofía y política de Julián Besteiro,* Madrid, Edicusa, 1973.

López Sevilla, E.: "Luis Jiménez de Asúa: el político", M. Jiménez Huerta, "Luis Jiménez de Asúa: el profesor", A. Quiroz Cuarón, "Luis Jiménez de Asúa: el criminólogo", F. Laplaza, "Homenaje a la memoria de L. J. A.", E. González López, "El maestro L. J. A." y J. Antón Oneca, "Don Luis Jiménez de Asúa-Notas para una biografía", en *Criminalia,* núm. 2, 1972, págs. 33-43, págs. 45-49, págs. 51-53, págs. 71-78, págs. 79- 80 y págs. 81-92, respectivamente.

López-Rey, J.: *Los estudiantes frente a la dictadura*, Madrid, Javier Morata, 1930.

Martín Casas, J., y Carvajal Urquijo, P.: *El exilio español (1936-1978),* Barcelona, Círculo de Lectores/Planeta, 2002.

Martín Nájera, A.: *El grupo socialista en la Segunda República: estructura y funcionamiento*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 2000.

Martín, S.: "La modernización del discurso jurídico en la II República", en González Calleja, E. (Dir.), *La Universidad Central durante la II República: Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

Martín, S.: "Modernización doctrinal, compromiso técnico, desafección política. Los juristas ante la segunda República", en Gordillo, L., Martín, S., Vázquez, V. (Dirs.): *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Martínez Cánovas, G. J.: "Mensaje a la juventud". Luis Jiménez de Asúa y el movimiento estudiantil opositor a la Dictadura de Primo de Rivera ", en *CIAN-Revista de Historia de las Universidades*, Vol. 24, núm. 2, 2021, pp. 37-68 - DOI: https://doi.org/10.20318/cian.2021.6440

Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970): Utopía socialista y revolución jurídica al servicio de la Segunda República,* Madrid, Dykinson, 2019.

Martínez Cánovas, G. J.: *Luis Jiménez de Asúa. El penalista de la retaguardia imposible,* Tesis Doctoral por la Universidad de Alicante-Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, 2020. https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/112283

Mattes, H.: *Luis Jiménez de Asúa-Vida y obra,* trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977 [original alemán en *ZStW,* Berlín, 1972, págs. 149- 197].

Monereo Pérez, J. L.: "Francisco Largo Caballero (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española", *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 28, 2021, pp. 265-314. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 347–435, y la bibliografía allí citada https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

Monereo Pérez, J. L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020.

Monereo Pérez, J. L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024.

Monereo Pérez, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría política de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J. L*: La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

Monereo Pérez, J.: "Anton Menger (1841-1906)", en Domingo, R. (ed.): *Juristas universales*, Volumen III. "Juristas del Siglo XIX", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494.

Monereo Pérez, J.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426.

Monereo Pérez, J.: "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón", estudio preliminar a Laski, H. J.: *La libertad en el Estado Moderno*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCVII.

Monereo Pérez, J.: "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca", estudio preliminar a Bauer, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización, Granada*, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV.

Monereo Pérez, J.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J.: *Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger*, estudio preliminar a Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. XI-LXXVIII.

Monereo Pérez, J.: El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la Política social moderna, en *Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas*, 2017, issue 11. https://econpapers.repec.org/article/ervrehipi/y_3a2017_3ai_3a11_3a03.htm

Monereo Pérez, J.: *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada*, estudio preliminar a Posada, A.: *Tratado de Derecho Política*, edición crítica íntegra en un solo volumen, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. VII a CLXIII.

Monereo Pérez, J.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

Monereo Pérez, J.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

Monereo Pérez, J.: *La crisis de la Socialdemocracia Europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

Monereo Pérez, J.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005.

Monereo Pérez, J.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.: *Reformismo Social y Socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, páginas 7 a 112.

Müller, H.: *La República de Weimar. Una democracia inacabada,* Madrid, Antonio Machado Libros, 2012.

Muñoz Conde, F.: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Nuñez Ruíz, J.: "Trascendencia del Tratado de Derecho Penal de Luis Jiménez de Asúa", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay),* Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 129 y sigs.

Oliver Araujo, J.: *El sistema político de la Constitución española de 193*1, Palma de Mallorca, Universidad de las Islas Baleares, 1991.

Oliver Araujo, J.: *El Sistema Político de la Constitución Española de 1931,* Palma, Universitad de les Illes Balears, 1991.

Otero Carvajal, L. E. (Dir.): *La destrucción de la ciencia en España, Depuración universitaria en el franquismo,* Madrid, Editorial Complutense, 2006

Payne, S. G.: *La primera democracia española. La Segunda República, 1931-1936*, Barcelona, Paidós, 1995.

Pérez Serrano, N. y González Posada, C.: *Constituciones de Europa y América. Selección de textos vigentes, traducción y notas,* 2 Tomos, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927.

Pérez Serrano, N.: *La Constitución española*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976.

Pérez-Serrano, N.: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, C. Bermejo, Impresor, 1934.

Posada, A.: *La Nueva Constitución Española El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*, Estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2006. (La edición original en francés la publicó la editorial Sirey, Paris, 1932).

Posada, A.: *La sociedad de las naciones y el derecho político. Superliberalismo*, Madrid, Caro *Raggio*, 1924.

Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII)*,* a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

Posada, A.: *Woodrow Wilson y su obra el Estado*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921.

Preston, P.: *La destrucción de la democracia en España. Reformas, reacción y revolución en la Segunda República*, nueva edición revisada y ampliada, Barcelona, Grijalbo, 2001.

Puyol Montero, P., José María Y Roldán Cañizares, J. E.: *Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)* en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho (1847-1943)* [en línea]. Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: http://www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos, 2013, actualizado en 2018

Ramírez Jiménez, M.*: Los grupos de presión en la Segunda República Española*, Prólogo de F. Murillo Ferrol, Madrid, Tecnos, 1969.

Ramsay Macdonald, J.: *Socialismo,* trad. Manuel Sánchez Sarto, 1ª ed., 1925, 2ª ed., 1928, reimpresión 1931, Barcelona-Buenos Aires, Labor, reimpresión de la 2ª ed., 1931.

Real Academia de la Historia: "*Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 – Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970*". Semblanza hecha por L. Arroyo Zapatero. https://dbe.rah.es/biografias/13291/luis-jimenez-de-asua

Ritter, G. A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio*, Madrid, Universidad Carlos III/Dykinson, 2019. http://hdl.handle.net/10016/28236

Roldán Cañizares, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Tesis Doctoral, Curso 2017/2018.

Royo Villanueva, A.: *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931, con glosas jurídicas y apostillas políticas,* Valladolid, Imprenta Castellana, 1934.

Ruiz Guarneros, A. I.: "Luis Jiménez Asúa y su aporte a la criminología: Estado peligroso del delincuente", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay),* Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 135 y sigs.

Sánchez Agesta, L.: *Historia del Constitucionalismo español,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpresión de la tercera edición revisada (1974), 1978.

Santos, J.: *La Constitución de 1931*, Colección «Constituciones Españolas», dirigida por M. Artola, vol. VIII, Madrid: Iustel, 2009.

Sevilla, A. A.: *Constituciones y otras Leyes y Proyectos de España,* Tomo II, Madrid, Editorial Nacional, 1969 (Recoge el Anteproyecto de la Constitución redactada por la Comisión Jurídica Asesora y el Proyecto de Constitución aprobado por la Cortes Constitucionales, págs. 139-198, y pp. 203-213).

Sosa Wagner, F.: *Juristas en la Segunda República, 1. Los iuspublicistas*, Madrid, Marcial Pons. 2009, págs. 137-146.

Stolleis, M.: *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der issenschaftsgeschichte?,* Stuttgart, Steiner, 2001.

Stolleis, M.: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich, C. H. Beck, 1988, 1992 y 1999.

Stolleis, M.: *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI),* Madrid, Marcial Pons, 2018.

Stolleis, M.: *La Historia del Derecho como obra de arte*, traducción y edición de I. Gutiérrez Gutiérrez, Granada, Comares, 2009.

Stolleis, M.: *La textura histórica de las formas políticas*, Edición, presentación y traducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Tagliabue, N.: "El exilio español en Argentina: la labor de Francisco Ayala, Luis Jiménez de Asúa y Lorenzo Luzuriaga", en J. L. Abellán y A. Monclús (Coords.): *El pensamiento español contemporáneo y la idea de América,* vol. 2, Barcelona, Anthropos, 1989.

Thomas, H.: *La guerra civil española*, 2 vols., Barcelona, Grijalbo, 1976.

Thomas, H.: *La guerra civil española*, trad. de la edición inglesa de 1990, Barcelona, Random House-Mondadori, 2003.

Tomás Y Valiente, F.: "Los derechos fundamentales en la Historia del Constitucionalismo Española", en Tomás y Valiente, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978),* Madrid, Alianza Editorial, 1989, págs. 153-173.

Tomás y Valiente, F.: «El «Estado integral»: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en J. L. García Delgado, (ed.), La II República española. El primer bienio, Madrid, Siglo XXI, 1987.

Tooze, A.: *La Gran Guerra y la reconstrucción del orden mundial (1916-1931),* Barcelona, Crítica, 2016.

Tuñón de Lara, M.: *La II República,* 2 volúmenes, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 3ª edición, 1976.

Tuñon de Lara, M.: *La Segunda República*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1976.

Urbina Tortella, S.: *Ética y Política en Luis Jiménez de Asúa,* Palma, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

Varela Suanzes-Carpegna, J.: "La Constitución Española de 1978 en la historia constitucional española", en Varela Suanzes-Carpegna, J.: *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 599-633.

Varela Suanzes-Carpegna, J.: *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Varela Suanzes-Carpegna, J.: *Textos Básicos de la Historia Constitucional,* Madrid, CEPC, 1998.

Vidaurri Aréchiga, M.: "La enseñanza del Derecho penal y el modelo pedagógico de Luis Jiménez de Asúa", en VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay),* Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 147 y sigs.

Villanueva, F.: *El momento constitucional*, Madrid, Javier Morata editor, 1929

Viñas, A. y Hernández Sánchez, F.: *El desplome de la República*, Barcelona, Crítica, 2009.

Viñas, A.: ¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración, Barcelona, Crítica/Planeta, 2019.

Viñas, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno*, Barcelona, Crítica/Planeta, 2021.

Viñas, A.: *El honor de la República. Entre el acaso fascista, la hostilidad británica y la política de Stalin*, Barcelona, Crítica, 2009.

Viñas, A.: *La Alemania nazi y el 18 de julio*, Madrid, Alianza, 2ª ed., 1977 (ediciones ulteriores, de 1977 y 2001).

Viñas, A.: *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada*, Barcelona, Crítica, 2011.

Viñas, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética*, Barcelona, Crítica, 2006.

VV. AA.: *A la Memoria del profesor Luis Jiménez de Asúa,* Valparaíso, Instituto de Ciencias Penales, 1972

VV. AA.: "Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (Madrid) (junio de 1986) [con estudios biográficos y notas de M. Barbero Santos, J. Prat, J. Ruiz-Giménez, J. Cerezo Mir, M. Rivacova, R. Gibert, H. H. Jescheck, G. Landrove, F. Muñoz Conde, M. Pisani y C. Tozzini].

VV. AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

VV. AA.: *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la filosofía del Derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa,* Buenos Aires, Pannedille, 1970.

VV.AA.: *Estudios de derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº extraordinario11, junio, 1986.

VV.AA.: *Luis Jiménez De Asúa 1970 - 2020 libro Homenaje (Argentina, España, México, Uruguay),* Nava Garcés, A. (Coord.), Barcelona, Tirant lo Blanch, 2020.

Zaffaroni, E.R.: *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 361-398

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Sumario

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS
   1.1. Unión Europea
   1.2. Modificación del Estatuto de los Trabajadores
   1.3. Tiempo de trabajo
   1.4. Empresas de Trabajo Temporal
   1.5. Igualdad
   1.6. Fondo de Garantía Salarial
   1.7. Extranjería
   1.8. Inspección de Trabajo
   1.9. Garantía de indemnidad de los trabajadores
   1.10. Cotización y recaudación
   1.11. Sanidad
   1.12. Servicios sociales y dependencia
   1.13. Planes y fondos de pensiones
   1.14. Medidas urgentes ante los daños causados por la depresión aislada en niveles altos (DANA) en diferentes municipios
   1.15. Otras normas
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. Unión Europea

— Trabajo en plataformas. - Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (DOUE núm. 2831, de 11 de noviembre de 2024).

La presente Directiva tiene por objeto mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas y proteger los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas.

Cita Sugerida: MORENO VIDA, M.N.: «Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, 13 (2024): 361-398.

En su Preámbulo, la Directiva reconoce que el trabajo en plataformas puede difuminar los límites entre una relación laboral y una actividad por cuenta propia así como las responsabilidades de los empleadores y las de los trabajadores, teniendo consecuencias para las personas afectadas al restringir su acceso a los derechos laborales y sociales vigentes.

Por ello, la presente Directiva establece normas destinadas a apoyar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas y a mejorar las condiciones laborales y la transparencia en lo concerniente al trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas, así como a proteger a los trabajadores en el contexto de la gestión algorítmica. Además, establece normas para mejorar la protección de las personas que realizan trabajo en plataformas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante el aumento de la transparencia, la equidad, la supervisión por humanos, la seguridad y la rendición de cuentas de los procedimientos de gestión algorítmica pertinentes en el trabajo en plataformas.

Presunción legal: en la Directiva se establece una presunción legal de una relación laboral en favor de las personas que realizan trabajo en plataformas, considerando dicha presunción como un instrumento eficaz que contribuye en gran medida a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de plataformas. Debe presumirse que, desde el punto de vista jurídico, una relación contractual es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control.

En virtud de todo ello, la Directiva establece:

1. El objetivo de la Directiva es mejorar las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas mediante:

a) la introducción de medidas para facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas;

b) la promoción de la transparencia, la equidad, la supervisión por humanos, la seguridad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el ámbito del trabajo en plataformas, y

c) la mejora de la transparencia en relación con el trabajo en plataformas, también en situaciones transfronterizas.

2. La Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen, o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se considera que tienen, un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3. La Directiva establece además normas para mejorar la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante la introducción de medidas sobre gestión algorítmica aplicables a las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión, incluidas aquellas que no tienen un contrato de trabajo o una relación laboral.

4. La Directiva se aplica a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento o del Derecho aplicable.

5. El Capítulo II de la Directiva se dedica a la regulación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas:

1º Determinación de la situación laboral correcta: La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la realización real del trabajo, incluida la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones en la organización del trabajo en plataformas, independientemente de cómo se denomine la relación en cualquier estipulación contractual que puedan haber convenido las partes implicadas.

2º Presunción legal: Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral.

La presunción legal se aplicará únicamente al período que comience a partir del 2 de diciembre de 2026.

6. En el Capítulo III de la Directiva se regula la Gestión Algorítmica, estableciendo limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de seguimiento o sistemas automatizados de toma de decisiones y regulando medidas de transparencia en relación con los sistemas automatizados de seguimiento y con los sistemas automatizados de toma de decisiones.

Se deberá garantizar la supervisión por humanos de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones.

Las plataformas digitales deberán garantizar la seguridad y salud de forma específica en lo que respecta a los trabajadores de plataformas.

7. El Capítulo IV de la Directiva establece medidas en relación con la transparencia respecto al trabajo en plataformas.

8. El Capítulo V se dedica a las vías de reparación y cumplimiento efectivo, estableciendo medidas como el derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada por el perjuicio sufrido, en caso de vulneración de los derechos que les confiere la presente Directiva; el establecimiento de canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas; la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables como consecuencia de la interposición de una reclamación contra la plataforma digital de trabajo o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva; y la protección contra el despido o la extinción del contrato de personas que realizan trabajo en plataformas, o cualquier medida equivalente, así como todo acto preparatorio a ese respecto, por el hecho de haber ejercido los derechos establecidos en la presente Directiva.

— Nacionales de terceros países. - Directiva (UE) 2024/2842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, por la que se amplía la Directiva (UE) 2024/2841 a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro (DOUE 14-11-2024 nº 2842 -L-2024-81689)

El objetivo de la presente Directiva es ampliar las normas, los derechos y las obligaciones establecidos en la Directiva (UE) 2024/2841 a las personas con discapacidad que sean nacionales de un tercer país que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro y que no sean beneficiarios de la Directiva (UE) 2024/2841, y cuya situación de discapacidad o cuyo derecho a servicios específicos sobre la base de una discapacidad, o cuyos derechos a las condiciones y facilidades de estacionamiento reservadas a las personas con discapacidad hayan sido reconocidos por el Estado miembro de residencia, así como a las personas que los acompañan o asisten —incluidos los asistentes personales— o a los animales de asistencia, y, de este modo, facilitar también sus posibilidades de circular o viajar a otros Estados miembros.

El objetivo de dicha Directiva es fortalecer el ejercicio de los derechos de libre circulación de las personas con discapacidad y de mejorar las posibilidades de las personas con discapacidad de viajar a otro Estado miembro o visitarlo durante una estancia corta.

Para ello, la Directiva (UE) 2024/2841 establece el marco de normas y condiciones comunes, incluido un formato común uniforme y accesible, aplicables a la Tarjeta Europea de Discapacidad como prueba de reconocimiento de la situación de discapacidad, o de un derecho reconocido a servicios específicos sobre la base de una discapacidad, para acceder, en igualdad de condiciones, a cualesquiera condiciones especiales o trato preferente ofrecido por autoridades públicas u operadores privados en una variedad de servicios, actividades o instalaciones, incluidos los que se proporcionan sin que medie remuneración, y aplicables a la Tarjeta Europea de Estacionamiento para personas con discapacidad como prueba de su derecho reconocido a las condiciones y facilidades de estacionamiento reservadas a las personas con discapacidad en un Estado miembro distinto de aquel en el que residan.

El artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la acción de la Unión tiene por objeto garantizar, entre otras cosas, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. Es por ello que esta Directiva (UE) 2024/2842 establece la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/2841 a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, garantizando así la igualdad de trato.

Se establece como fecha máxima para la transposición de esta Directiva el 5 de junio de 2027.

1.2. Modificación del Estatuto de los Trabajadores

— "Permisos climáticos" y otras reformas. - Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 29-11-2024)

La Disposición Final 2ª modifica el Estatuto de los Trabajadores con el objetivo de establecer, con carácter permanente y estable en la ordenación de las relaciones de trabajo, soluciones que permitan que las empresas y las personas trabajadoras puedan llevar a cabo sus actividades en condiciones

de seguridad jurídica y de protección de la seguridad y salud, frente a la previsible recurrencia de fenómenos atmosféricos de consecuencias graves y otras catástrofes en el futuro, como consecuencia del impacto del cambio climático.

- Se añade una nueva letra g) al artículo 37.3 del ET, por el que se introduce un nuevo permiso retribuido, de hasta cuatro días, para cuando no sea posible acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, cuando se deban prestar los servicios de manera presencial, como consecuencia del seguimiento de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento de las autoridades competentes, así como, en general, cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso.

Transcurridos los cuatro días, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron, sin perjuicio de la posibilidad de la empresa de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6.

Cuando la naturaleza de la prestación laboral sea compatible con el trabajo a distancia y el estado de las redes de comunicación permita su desarrollo, la empresa podrá establecerlo, observando el resto de las obligaciones formales y materiales recogidas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y, en particular, el suministro de medios, equipos y herramientas adecuados.

- Se modifica el apartado 6 del artículo 47 del ET para aclarar la posibilidad de que el mantenimiento de esas circunstancias pueda dar lugar a la tramitación de un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

Así, se establece que la fuerza mayor temporal también estará determinada por el mantenimiento, transcurridos los cuatro días previstos en el artículo 37.3.g), de la imposibilidad de acceder al centro de trabajo o a las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, salvo que sea posible el trabajo a distancia en los términos recogidos en dicho precepto. Por el contrario, estas circunstancias no serán constitutivas de fuerza mayor durante la duración del permiso del artículo 37.3.g). Durante la misma, solo podrá justificarse la fuerza mayor en base a otras circunstancias, en cuyo caso los efectos se retrotraerán al momento del hecho causante correspondiente.

- Se introduce una nueva letra e) en el artículo 64.4 del ET por la que se explicita el derecho de la representación legal de las personas trabajadoras a ser informada por la empresa de las medidas de actuación previstas con motivo de la activación de alertas por catástrofes y otros fenómenos atmosféricos adversos, sin perjuicio de los derechos de información, consulta y participación previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Todo ello a los efectos de la adopción de las respectivas medidas y decisiones, incluidas, entre otras, las previstas en el artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

- Se modifica el apartado 1 del artículo 85 del ET, para introducir el deber de que la negociación colectiva incluya protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos.

1.3. Tiempo de trabajo

— Calendario laboral. - Resolución de 15 de octubre de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2025 (BOE 18-10-2024)

Vista la relación de fiestas laborales para el año 2025 remitida al Ministerio de Trabajo y Economía Social por las diecisiete comunidades autónomas y por las ciudades de Ceuta y Melilla, mediante esta Resolución se publica la relación de fiestas laborales para el año 2025 de ámbito nacional, de comunidad autónoma y de las ciudades de Ceuta y Melilla que figuran como anexo de esta resolución.

1.4. Empresas de Trabajo Temporal

— Orden TES/1324/2024, de 20 de noviembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal (BOE 25-11-2024)

Esta orden tiene por objeto, en virtud de lo previsto en la Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio, por la que se desarrolla el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal:

-Aprobar la relación de códigos de identificación que forman parte del número de autorización administrativa de las empresas de trabajo temporal, necesaria para su inscripción en el Registro de Empresas de Trabajo Temporal.

-Establecer el modelo de contrato de puesta a disposición. Se aprueba un nuevo modelo de contrato a disposición, que se ajustará al modelo formalizado que se establece en el anexo II de la Orden TES 1324/2024.

-Regular el modelo de la relación de contratos de puesta a disposición celebrados que las empresas de trabajo temporal deben remitir mensualmente a la autoridad laboral competente.

Esta nueva regulación viene determinada fundamentalmente por la necesidad de adaptación a las importantes modificaciones legales en materia de contratación laboral operadas por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

La disposición derogatoria única deroga la anterior Orden ESS/1680/2015, de 28 de julio, al entenderse actualizada por esta nueva orden.

Los anexos I, II y III recogen, respectivamente, los códigos de identificación de las empresas de trabajo temporal, el modelo de contrato de puesta a disposición y el modelo de comunicación de la relación de contratos de puesta a disposición.

La orden entró en vigor el 1 de diciembre de 2024.

1.5. Igualdad

— Personas LGTBI. - Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas (BOE 9-10-2024)

Este Real Decreto contiene el desarrollo del artículo 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que establece la obligación de que las empresas de más de 50 personas trabajadoras cuenten con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

La regulación del contenido y alcance de estas medidas es fruto del diálogo social desarrollado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y las organizaciones sindicales y empresariales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, que acordaron junto con el Gobierno las medidas, contenidas en el real decreto, avalando así el proceso de elaboración de la norma.

- Este Reglamento se aplicará a todas aquellas empresas comprendidas en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores que cuenten con más de 50 personas trabajadoras en su plantilla. La negociación de las medidas planificadas será voluntaria en las empresas de 50 o menos personas trabajadoras. Estas medidas se extienden también a los trabajadores cedidos por las ETT a empresas usuarias durante los períodos de prestación de servicios.

El protocolo de actuación frente al acoso y la violencia contra las personas LGTBI se aplicará a las personas que trabajan en la empresa, independientemente del vínculo jurídico que las una a esta, siempre que desarrollen su actividad dentro del ámbito organizativo de la empresa. También se aplicará a quienes solicitan un puesto de trabajo, al personal de puesta a disposición, proveedores, clientes y visitas, entre otros.

- En el contexto del citado artículo 15, la determinación del alcance y contenido de estas medidas se llevará a cabo en el seno de la empresa a través de la negociación colectiva y con el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, las medidas planificadas se negociarán en el marco de aquellos.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, las medidas planificadas serán negociadas en el marco de dichos convenios, los cuales podrán establecer los términos y condiciones en los que tales medidas se adaptarán en el seno de las empresas.

c) Respecto de los convenios colectivos que se encuentren firmados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, la comisión negociadora se reunirá para abordar exclusivamente la negociación de las medidas planificadas previstas en el anexo I, en los plazos establecidos en esta norma.

d) En ausencia de convenio colectivo de aplicación, las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras negociarán las medidas planificadas mediante acuerdos de empresa.

e) En las empresas que no cuenten con un convenio colectivo de aplicación y carezcan de la representación legal de las personas trabajadoras, la negociación de estas medidas planificadas se hará de acuerdo con el artículo 6.4.

- El capítulo III desarrolla el contenido de las medidas planificadas. Se establece su estructura y contenido dentro de los convenios colectivos o acuerdos de empresa y se aclara su periodo de vigencia, así como sus mecanismos de seguimiento, evaluación y revisión.

-Los anexos recogen las medidas planificadas que como mínimo deben contemplarse y la estructura y contenido del protocolo ante situaciones de acoso por orientación e identidad sexual y expresión de género.

1.6. Fondo de Garantía Salarial

— Fondo de Garantía Salarial. - Resolución de 14 de noviembre de 2024, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, O.A., por la que se modifican los modelos de certificación individual y colectiva de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal, que han de acompañar la solicitud de prestaciones de garantía salarial reguladas en el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 2/2015, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 3-12-2024)

Conforme se explica en la Exposición de Motivos, en la instrucción de los expedientes administrativos de prestaciones de garantía salarial, la práctica demostró que el certificado de inclusión de los créditos en la lista de acreedores o por el órgano del concurso se ha mantenido como requisito para el reconocimiento de las prestaciones, si bien las administraciones concursales utilizaban modelos y redacciones particulares. Para solventar posibles incidencias, por Resoluciones de 11 de diciembre de 2018 y de 13 de octubre de 2020 se aprobaron los modelos de certificación individual y de certificación colectiva, respectivamente, de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal.

La interpretación rigorista que en la instrucción de las solicitudes de prestaciones con causa concursal se ha venido realizado de la utilización del certificado y su uso abusivo le han convertido, de facto, en la única forma exigida para acreditar el reconocimiento del crédito en el concurso, pese que a no esté previsto en la legislación concursal ni esta legislación le atribuya ningún efecto; hasta el extremo de haber inducido, fortuitamente, la confusión entre reconocer y certificar al establecer la fecha del límite del salario mínimo interprofesional aplicable a las prestaciones de garantía salarial.

Para evitar confusiones al establecer la fecha del límite del salario mínimo interprofesional aplicable a las prestaciones de garantía salarial es necesario incluir un campo en los modelos de certificación individual y de certificación colectiva en la que se indique la fecha de inclusión del crédito en el procedimiento y, de esta manera, evitar la confusión entre ésta y la fecha de la certificación.

1.7. Extranjería

— Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 20-11-2024).

Debido a la evolución del fenómeno migratorio y a la necesidad de adaptar la normativa a una realidad cambiante, se considera necesario aprobar un nuevo reglamento que aglutine las diversas reformas, en lugar de llevar a cabo una modificación parcial del mismo.

En concreto, se plantea simplificar y agilizar los procedimientos, evitando la presentación excesiva de documentos o por vías inadecuadas y la doble comprobación de los mismos requisitos; reducir los tiempos, excesivos, empleados para algunas vías de migración regular; mejorar la concreción jurídica respecto a las figuras y situaciones cubiertas por determinados permisos; contemplar, de manera expresa, los derechos de las personas trabajadoras migrantes, consagrados, además, en el derecho de la Unión Europea; conseguir una mayor claridad, también, en lo relativo a aquellas disposiciones comunes a todas las autorizaciones, como es el caso de la presentación de las solicitudes o las extinciones de las autorizaciones; la regulación de en qué supuestos, y bajo qué condiciones, se puede modificar el estatus migratorio de una persona, y de sus familiares, algo que resultaba necesario dada la confluencia de varias figuras jurídicas y la dificultad, tanto para el operador jurídico como para el propio titular de la autorización, de efectuar esa transición con seguridad jurídica.

Este real decreto se estructura en un artículo único que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

Las modificaciones que se introducen en el reglamento afectan de manera generalizada a todas las situaciones de las personas extranjeras en España:

1. En el título I, relativo al régimen de entrada y salida de territorio español, los principales cambios se introducen con el fin de ajustar la normativa española a las disposiciones de la Unión Europea y especialmente al Código de Fronteras Schengen.

2. El título II pasa a disponer todo lo relativo a visados, contemplando su definición, las clases de visado que existen (de tránsito aeroportuario, de estancia de corta duración, y de larga duración), así como el procedimiento y los requisitos en cada caso.

3. El título III, relativo a la estancia, sufre cambios tanto en las estancias de corta duración como en las de larga duración.

-En el ámbito de las estancias de corta duración, se hace una remisión más directa al derecho de la Unión, de aplicación para este supuesto, y se especifican los requisitos para las prórrogas de estancia sin visado, ya en el ámbito del derecho nacional.

-Respecto a las estancias de larga duración, se introducen una serie de modificaciones en la estancia por estudios, movilidad de alumnos, servicios de voluntariado o actividades formativas. El objetivo de la reforma en este ámbito es regular mecanismos que permitan formar talentos, fomentar su empleabilidad y con la nueva regulación de la modificación de estatus, retenerlos.

-Asimismo, se aclara cada tipología de estudios o actividades formativas incluidas en la autorización con el fin de aportar seguridad jurídica y mejorar la transposición de la Directiva 2016/801/UE. Además, se aporta seguridad jurídica respecto al tipo de instituciones y centros en los que se pueden cursar los estudios y las actividades normativas, algo no regulado reglamentariamente hasta ahora.

-Por otra parte, se suprimen de este título las figuras de prácticas no laborales y de actividades de investigación, ya que se encuentran ambas reguladas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

4. El título IV, dedicado a la residencia temporal, recoge grandes cambios respecto a este tipo de autorizaciones:

-Se ordenan los requisitos aplicables, estableciendo unos generales aplicables a todas las autorizaciones de residencia, y requisitos específicos para cada tipo de autorización.

-Se eliminan las figuras de investigación, Tarjeta azul-UE y prestaciones transnacionales de servicios, que se encuentran reguladas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; y se introduce la autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española.

-Se regula la autorización de trabajo de duración determinada como una especialidad dentro de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial en línea con la normativa laboral; y, con el fin de flexibilizar el ejercicio de la actividad laboral, se autoriza el trabajo por cuenta propia en paralelo con el trabajo principal por cuenta ajena.

-Respecto a la reagrupación familiar, se establece una edad mínima de dieciocho años para la reagrupación de cónyuges; se introduce la definición de vivienda de acuerdo con Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. También, se clarifican los miembros de la familia que pueden reagruparse; se modifica el periodo de convivencia requerido para el permiso independiente para el/la cónyuge en línea con la reagrupación de familiares de ciudadanos comunitarios que ejercen la libre circulación; y se transpone al ordenamiento jurídico español parte de la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, regulando la expedición de permisos autónomos a los familiares de las personas titulares de una Tarjeta azul-UE por acumulación de periodos en otros Estados Miembros.

-Se crea un nuevo capítulo para regular la autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española.

Teniendo en cuenta que la figura del arraigo familiar se ha encontrado con importantes limitaciones, se ha considerado la necesidad de regular el estatuto de familiar de personas con nacionalidad española de forma específica en este nuevo Reglamento fuera de la figura de arraigo familiar, dejando la figura de arraigo familiar para regular los supuestos de progenitores de ciudadanos comunitarios.

5. El título V, de nueva creación, está dedicado a las autorizaciones de residencia y trabajo para actividades de temporada.

-Se introduce la autorización de residencia y trabajo para actividades de temporada también a nivel individual.

-Se introducen en el reglamento los contenidos relativos a derechos y garantías de las personas trabajadoras que se preveían anualmente en la Orden Ministerial sobre gestión colectiva de contrataciones en origen, aumentando así la seguridad jurídica y mejorando la correcta trasposición de la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

6. El título VI, relativo a la gestión colectiva de contrataciones en origen regula la contratación de trabajadores de forma colectiva, mientras que los dos títulos anteriores lo permiten de forma individual. Este nuevo modelo de gestión colectiva de contrataciones en origen permite tramitar conjuntamente varias autorizaciones (al menos 10), siempre y cuando las personas extranjeras no se encuentren en España.

7. El nuevo título VII del Reglamento regula los requisitos y el procedimiento para obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en determinadas situaciones, previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tales como por razón de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

-En relación con el arraigo, se ha definido el concepto y los tipos de arraigo que existen: arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral, social, socioformativo y familiar.

-Se han modificado los requisitos que se deben cumplir y las características de estas autorizaciones, favoreciendo así el acceso a las situaciones documentadas regulares e impulsando la integración de las personas extranjeras en el mercado de trabajo. Por eso, se ha reducido el periodo de permanencia en España a dos años, excepto para arraigo familiar, y se habilita a trabajar a todas las personas extranjeras que sean titulares de una autorización de residencia temporal por arraigo.

-Se prevén también las autorizaciones por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público. Estas autorizaciones mantienen sustancialmente la misma regulación que la que tenían anteriormente, pero con algunos pequeños cambios.

-Se desarrollan las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales para las víctimas de violencia sexual, previstas en el artículo 31.bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificado por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para incluir una nueva autorización de residencia temporal y trabajo para las víctimas de violencia sexual, así como para los hijos e hijas menores de ambas figuras, menores tutelados y mayores de edad que no puedan proveer a sus propias necesidades.

8. El título VIII, que se refiere a las personas trabajadoras transfronterizas, no ha sufrido modificaciones.

9. El título IX, sobre menores extranjeros, regula la residencia de hijos o tutelados, el desplazamiento temporal de menores y los menores extranjeros no acompañados. En cuanto al capítulo referente a menores no acompañados no ha habido cambios.

10. El título X, relativo a la residencia de larga duración introduce ligeros cambios procedimentales para estar en consonancia con la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

11. El título XI se refiere a la modificación de las situaciones de las personas extranjeras en España y recoge grandes cambios frente a la regulación anterior con el objetivo principal de trasponer parcialmente al ordenamiento jurídico español parte de la Directiva (UE) 2024/1233, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para las personas trabajadoras de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

12. El título XII regula las disposiciones comunes, clarificando los procedimientos y aumentando la seguridad jurídica.

13. En el Título XIII se regula la documentación de las personas extranjeras.

14. El título XIV se destina a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, derivadas de la reforma legal, y no ha sufrido apenas modificaciones.

15. El título XV contempla las Oficinas de Extranjería y los Centros de Migraciones, reiterando la dependencia orgánica y funcional que aquéllas poseen.

16. Finalmente, el reglamento contiene diecinueve disposiciones adicionales, y una disposición transitoria única relativa a los centros e instituciones de educación superior reconocidos.

— Sistema de acogida de protección internacional. - Orden ISM/1137/2024, de 15 de octubre, por la que se modifica la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada. (BOE 21-10-2024)

La Orden ISM/1137/2024 modifica la Orden ISM/680/2022, de 19 de julio, por la que se desarrolla la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante acción concertada. En concreto se modifica el art, 14. 5 de mencionada Orden.

1.8. Inspección de Trabajo

— Orden TES/1291/2024, de 13 de noviembre, por la que se regula el Registro Electrónico de apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 18-11-2024)

Esta orden tiene por objeto:

-regular los requisitos y condiciones de funcionamiento del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (REA-ITSS),

-adoptar medidas de cooperación por parte de las autoridades competentes que intervienen en el procedimiento sancionador en el orden social para facilitar a las personas interesadas la realización de trámites a través de representante.

-aprobar los modelos que figuran en sus anexos, que podrán utilizarse para su presentación en papel por los sujetos no obligados a relacionarse con el organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social por medios electrónicos.

En el Registro Electrónico de Apoderamientos del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (REA-ITSS), se inscribirán los poderes otorgados «apud acta» a favor de representante, por quien ostente la condición de persona denunciante, de persona inspeccionada o de persona interesada, para actuar en su nombre ante el organismo autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en una actuación inspectora o un procedimiento administrativo.

También, se enumeran los tipos de apoderamiento inscribibles en el Registro (art. 5) y las formas en las que se podrá realizar el otorgamiento de un poder "apud acta" a solicitud de la persona poderdante o de la persona apoderada (art. 8), así como la aceptación y confirmación expresa de los apoderamientos (art. 9).

Esta Orden entrará en vigor el 2 de enero de 2025.

1.9. Garantía de indemnidad de los trabajadores

— Derecho de Defensa. - Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (BOE 14-11-2024)

La LO 5/2024 regula el derecho defensa, reconocido el art. 24 CE como derecho fundamental indisponible. Las leyes procesales desarrollarán el contenido del derecho de defensa en sus respectivos ámbitos.

La Ley incorpora, de forma expresa, en la Disposición Adicional 3ª, una regulación específica de la protección de la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras, ampliando la protección de la misma en los siguientes términos:

-Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales, sea ésta realizada por ellas mismas o por sus representantes legales.

-Además la garantía se extiende expresamente al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos.

En la protección del derecho de defensa se establece, además, que las personas tienen derecho a conocer con transparencia los criterios de inteligencia artificial empleados por las plataformas digitales, incluidas las que facilitan la elección de profesionales de la abogacía, sociedades de intermediación y cualesquiera otras entidades o instituciones que presten servicios jurídicos (art. 12.4).

1.10. Cotización y recaudación

— Cotización. - Orden ISM/1089/2024, de 9 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2024 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 10-10-2024)

Como consecuencia de la prórroga automática de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el

año 2023), se mantienen en sus propios términos las normas de cotización previstas en el artículo 122, hasta tanto se aprueben los presupuestos correspondientes al año 2024, si bien con la necesaria adaptación a las modificaciones normativas que, con posterioridad a la publicación de la Ley 31/2022, han incidido en este ámbito. En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, establece en la disposición transitoria novena las bases mínimas, máximas y tope de cotización de los regímenes de la Seguridad Social, que se mantienen con carácter transitorio en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden, mediante la cual se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

1.11. Sanidad

— Tarjeta sanitaria individual. - Real Decreto 922/2024, de 17 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE 18-9-2024).

El Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, modificado posteriormente por el Real Decreto 702/2013, de 20 de septiembre, regula aspectos relacionados con la tarjeta sanitaria individual (TSI), el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS) y la base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud (BDPP-SNS), en cuanto instrumentos esenciales de la interoperabilidad de la información clínica sobre la población protegida entre las administraciones sanitarias, con el fin de mantener la coherencia de los datos de aseguramiento y ser fuente fiable para la gestión de las políticas de cohesión sanitaria.

En vista del desarrollo que está experimentando la digitalización de los sistemas de información, se precisa adaptar este real decreto a los avances de la tecnología, facilitando que las autoridades sanitarias competentes puedan emitir, complementariamente a la tarjeta en soporte físico, una modalidad de la misma en soporte virtual.

Así, las administraciones sanitarias podrán emitir dicho documento utilizando únicamente soporte físico o utilizando soporte físico y soporte virtual. Cuando la tarjeta sanitaria individual se emita en ambos soportes, físico y virtual, la emitida en soporte virtual podrá sustituir a la tarjeta sanitaria en soporte físico, siempre que la persona titular exprese su conformidad.

Con el fin de posibilitar la adecuación técnica de las tarjetas sanitarias virtuales existentes, se establecerá un plazo para su adaptación a los requerimientos necesarios para que sean interoperables en el Sistema Nacional de Salud.

Las administraciones sanitarias deben garantizar la accesibilidad de la tarjeta sanitaria individual a las personas que presenten una situación de discapacidad.

— Fondo de cohesión sanitaria. - Orden SND/976/2024, de 6 de septiembre, por la que se actualizan los anexos I, II y III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria (BOE 18-9-2024).

El Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria (FCS), contempla que dicho Fondo compensará la asistencia sanitaria prestada a aquellos pacientes residentes en España que se deriven a una comunidad autónoma distinta de aquella en la que tienen su residencia habitual, para ser atendidos en los centros, servicios y unidades designados como de referencia (CSUR) por el Ministerio de Sanidad.

Dicho real decreto establece que serán incorporadas como anexo al mismo las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos atendidos por los CSUR que hayan de ser objeto de compensación con cargo al FCS, recogiéndose en cada caso la cuantía del coste financiado. Asimismo, señala que las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos objeto de financiación por el FCS habrán de ser revisados y actualizados con la periodicidad adecuada para recoger los atendidos en los CSUR designados de acuerdo con sus normas reguladoras.

Desde la última revisión y actualización (por la Orden SND/1505/2021), el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud ha continuado acordando y revisando patologías, técnicas, tecnologías o procedimientos para los que es necesario designar CSUR en el Sistema Nacional de Salud y los criterios que deben cumplir éstos para ser designados como de referencia.

Por ello, estas nuevas patologías y procedimientos para los que es necesario designar CSUR son los que se incorporan, mediante esta orden, al anexo III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, así como la cuantía del coste a financiar en cada caso, y además se revisan los procesos que, como consecuencia de lo anterior, hayan resultado afectados entre los que actualmente se contemplan en los anexos I y II de este real decreto.

El resto de procedimientos ambulatorios incluidos en el anexo II se ha actualizado y se han adecuado las tarifas, excepto en las consultas primeras y sucesivas que mantienen las anteriores tarifas.

Por otra parte, por motivos de racionalidad asistencial y evidencia científica se revisan los procesos de los anexos I y III.B.

— Establecimientos sanitarios. - Orden SND/1002/2024, de 18 de septiembre, por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE 21-9-2024)

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, regula las bases generales de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, y crea el Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el que se recogen las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las comunidades autónomas en materia de autorización sanitaria. En su anexo I se recoge la clasificación de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios y, en el anexo II, las definiciones de centros, unidades asistenciales y establecimientos sanitarios.

La presente Orden modifica el RD 1277/2003 para actualizar la definición de la unidad asistencial «U.47 cirugía estética» del anexo II del real decreto objeto de modificación, reservándose a aquellas especialidades quirúrgicas o médico-quirúrgicas del apartado 1 del anexo I del Real Decreto

183/2008, de 8 de febrero, que tengan competencia para ejercer la cirugía estética de acuerdo con el contenido de sus respectivos programas formativos.

Dicha modificación viene exigida por el continuo incremento de las intervenciones quirúrgicas con finalidades estéticas y de la apertura de centros sanitarios que incluyen entre sus servicios, la oferta asistencial de cirugía estética y la necesidad de conseguir un mayor control en el desarrollo de esta actividad asistencial con la garantía de que sea ejercida por profesionales con las competencias y titulaciones adecuadas.

— Medicamentos. - Orden SND/1074/2024, de 2 de octubre, por la que se procede a la actualización en 2024 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud (BOE 8-10-2024)

A través de la presente orden ministerial se procede a la actualización en 2024 de los conjuntos y precios de referencia establecidos por la Orden SND/1186/2023, de 20 de octubre, y para ello se determinan los nuevos conjuntos y se fijan sus precios de referencia, así como se revisan los precios de referencia fijados por la misma.

Igualmente se procede a la supresión de los conjuntos de referencia previamente determinados por no cumplir, por causas sobrevenidas, los requisitos exigibles para su establecimiento.

Así pues, se ha procedido a la formación de los conjuntos con el mismo nivel 5 de la clasificación anatómico-terapéutico-química de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud (ATC5) y con idéntica vía de administración, según lo establecido en la normativa vigente.

Con objeto de garantizar el suministro de los medicamentos esenciales, en concreto de aquellos no sustituibles por ningún otro de los actualmente financiados por el Sistema, se ha adoptado la solución de no revisar el precio de referencia de determinadas presentaciones incluidas en los conjuntos. A estos efectos, se considera medicamento esencial aquel considerado como tal por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos son los medicamentos que la OMS indica que deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad.

En los diferentes Anexos de esta orden (hasta 7 Anexos) se relacionan los conjuntos de referencia de las presentaciones de medicamentos.

1.12. Servicios sociales y dependencia

— Resolución de 24 de noviembre de 2024, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 20 de noviembre de 2024, por el que se modifica el de 28 de junio de 2022, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 29/11/2024)

El Anexo de esta Resolución recoge el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 28 de junio de 2022, sobre Criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En su redacción inicial, el citado Acuerdo de acreditación establecía en su punto octavo las titulaciones mínimas requeridas para la contratación del personal de atención directa del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En esta redacción inicial, no se prevé que, en situaciones de emergencia social de gran magnitud, puedan quedarse sin cubrir necesidades de atención a la dependencia por escasez de profesionales derivada de la excepcionalidad de la emergencia.

Dada el previsible incremento de situaciones de emergencia social vinculadas con los impactos del calentamiento global o ante la posibilidad de que se den otro tipo de emergencias que puedan conllevar la declaración de estados de emergencia, alarma, excepción o sitio, se considera pertinente permitir a las administraciones competentes la contratación flexible de profesionales, siempre de forma excepcional y vinculados a un tiempo y zona concretos.

Por ello, se acuerda modificar el punto Octavo del título II «Calidad en el empleo», añadiendo un punto 5 al apartado a), personal de atención directa de primer nivel (Ad1N), incluyendo el punto 5), referido a la contratación de personas en estados de emergencia, alarma, excepción o sitio. Se establece un régimen flexible de contratación de personal en situaciones excepcionales de crisis social, ocasionada por desastres naturales, epidemias o contingencias de otro tipo, siempre que la magnitud de las mismas conlleve la declaración de estado de emergencia situación operativa 2 o 3, tal y como se recoge en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil y su real decreto de desarrollo, o la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En estos casos y cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones especificas necesarias en la zona afectada donde esté ubicado, bien el centro o institución social o bien donde se preste el servicio de asistencia personal o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, podrán desempeñar estas funciones personas que, careciendo de titulación, preferentemente, tengan experiencia en cuidado y atención de personas dependientes, debiendo las entidades prestadoras de servicios garantizar la supervisión y formación práctica en el puesto de trabajo para mejorar sus competencias profesionales.

La flexibilidad en la contratación será posible mientras dure la declaración de la crisis o bien por un periodo máximo de tres meses.

Corresponde a las Administraciones públicas competentes en Servicios Sociales dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en su caso, sean necesarias para la aplicación de este régimen provisional excepcional.

1.13. Planes y fondos de pensiones

— Real Decreto 1086/2024, de 22 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 23-10-2024)

Este real decreto realiza una serie de modificaciones al Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, sobre aspectos necesarios y mejoras técnicas del desarrollo reglamentario que ya se llevó a cabo para la aplicación de las modificaciones que la Ley 12/2022, de 30 de junio, había efectuado en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre), así como una modificación de la Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, por la que se determina la remuneración de los miembros de la Comisión de Control Especial de los fondos de

pensiones de empleo de promoción pública abiertos, utilizando un único texto normativo, por razones de economía procedimental, al tener el mismo objetivo la modificación que se quiere hacer.

El artículo único se divide en diez apartados, que modifican los artículos 7, 23, 69, 78, 79, 104, 106, 111, 115 y la disposición adicional decimotercera del Reglamento de planes y fondos de pensiones:

-Se modifica el contenido del artículo 7 para adecuarlo a lo establecido en la redacción actual del artículo 11 del Reglamento de planes y fondos de pensiones. Así, se establece que las personas que se encuentren en la situación de jubilación parcial tendrán como condición preferente en los planes de pensiones la de partícipe para la cobertura de las contingencias previstas en este artículo, pudiendo realizar aportaciones para la jubilación total.

En este caso, las entidades dispondrán de un plazo de seis meses para incluir en su documentación legal el supuesto de cobro de derechos consolidados del plan de pensiones por jubilación parcial y para que los partícipes puedan solicitar el cobro (Disposición adicional única).

-Se delimitan los planes de pensiones que deben realizar la revisión financiera actuarial y se limita la exigencia de la revisión a los planes de aportación definida que garanticen prestaciones causadas solo en el caso de los planes de pensiones de la modalidad de empleo. Se determina que la revisión financiera actuarial de los planes de pensiones se llevará a cabo cada tres años.

-Se clarifica el contenido que deberá incorporar la declaración comprensiva de los principios de la política de inversión en materia de sostenibilidad en el caso de fondos de pensiones de empleo y fondos de pensiones personales, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros.

-Se prevé que la Comisión Promotora y de Seguimiento y la Comisión de Control Especial, en el ejercicio de sus funciones, puedan solicitar asesoramiento jurídico al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

-En relación con la Comisión de Control Especial, por un lado, se establece el régimen de convocatorias y el régimen de remuneración. Por otro lado, se describen las actividades que se consideran incompatibles con la condición de miembro de la Comisión de Control Especial. Además, se aclara que la información que debe publicar anualmente la Comisión de Control Especial sobre política de sostenibilidad, implicación y ejercicio de derechos políticos es la requerida en el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

-La disposición final primera modifica la Orden ISM/1198/2023, de 2 de noviembre, estableciendo la posibilidad de que las organizaciones sindicales o empresariales más representativas puedan percibir directamente las remuneraciones que le correspondan a un miembro de la Comisión de Control Especial propuesto por ellas, en vez de percibirlas el propio miembro, previo acuerdo entre dicha organización sindical o empresarial y el propio candidato. Y, por otro lado, se suprime la actual disposición transitoria única que regula el periodo transitorio para el abono de las remuneraciones de los miembros de la Comisión de Control Especial.

1.14. Medidas urgentes ante los daños causados por la depresión aislada en niveles altos (DANA) en diferentes municipios

— Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de respuesta ante los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 06-11-2023)

[corrección de errores BOE 20-11-2024. Convalidación BOE 29-11-2024]

Este RDL 6/2024 adopta un primer conjunto de medidas dirigidas al restablecimiento de la normalidad de las zonas afectadas.

Básicamente, se adoptan medidas en relación con los daños a las personas; medidas fiscales y tributarias; medidas y ayudas directas para los empresarios y profesionales afectados (ayudas directas a trabajadores autónomos y empresarios) y medidas en materia de Seguridad Social.

-En relación con la Seguridad Social se disponen, en otras medidas, la solicitud de exenciones a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas o reducidas a causa de ERTE. También aplazamientos o moratoria en el ingreso de las cuotas de Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, así como ampliaciones del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social y suspensiones del procedimiento de recaudación.

- Se establece la posibilidad de solicitar el cese de actividad de trabajadores autónomos que cesen totalmente (de forma definitiva o temporal) en su actividad por motivo del impacto de la DANA. En esta línea, no será necesario ni acreditar que existe fuerza mayor ni el requisito de período mínimo de cotización.

- Se prevén determinadas situaciones como situaciones asimiladas a accidente de trabajo a efectos de prestaciones y pensiones (IT, Pensiones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia causadas).

— Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 12-11-2024)

Esta norma incluye medidas dirigidas a continuar con la implementación de los medios necesarios para mitigar los efectos de la DANA: medidas en materia energética; medidas de carácter tributario y de apoyo a la actividad comercial e industrial; medidas en materia agraria; medidas en materia de vivienda; medidas de saneamiento y depuración; medidas en el ámbito educativo y de formación de personas trabajadoras; medidas de apoyo al sector cultural; medidas en materia de transportes; medidas de apoyo a colectivos vulnerables y otras medidas complementarias, incluidas medidas de carácter sanitario y social, medidas en el ámbito de las mutualidades administrativas y medidas en materia de personal de las Administraciones Públicas afectadas.

El título VI contiene *medidas en materia de empleo*. En concreto, se abordan un conjunto de medidas laborales para la protección de las personas trabajadoras y de las empresas para sostener el empleo. Se configura, de nuevo, un verdadero escudo laboral:

1.- Se reconoce que tanto la situación excepcional provocada por la DANA como sus efectos constituyen un «riesgo grave e inminente» en los términos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, teniendo las personas trabajadoras derecho no solo a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, sino también a no acudir al mismo por cuanto se entiende que el desplazamiento desde o hacia el centro de trabajo las podría colocar en una situación de riesgo.

2.- Se prevén los supuestos que dan lugar a ausencias al trabajo justificadas, retribuidas y no recuperables, por ciertas causas relacionadas con la DANA. Se trata de permisos retribuidos, no recuperables y computados como tiempo de trabajo efectivo.

3.- Se prioriza la prestación de servicios a través de la modalidad de trabajo a distancia, cuando sea posible.

4.- Se establecen especialidades en los expedientes de regulación temporal de empleo relacionados con la situación excepcional de la DANA.

5.- Se regula de manera novedosa las consecuencias derivadas de la imposibilidad total o parcial de prestar servicios en el ámbito del servicio del hogar familiar.

6.- Se prohíbe el despido de personas trabajadoras de las empresas que hagan uso de las ayudas directas o de los expedientes de regulación de empleo previstos con ocasión de la DANA. De producirse el despido, se calificará como nulo y la empresa deberá devolver las ayudas recibidas.

7.- Se garantiza que la suspensión de los contratos temporales a causa de la DANA no afecte a la duración máxima de dichos contratos ni a sus periodos de referencia.

8.- Se regulan medidas especiales sobre protección por desempleo, dirigidas a agilizar el reconocimiento de las prestaciones contributivas por desempleo.

9.- Se prevé un plan de empleo para la contratación de personas desempleadas que llegará a todas las comunidades autónomas con municipios afectados por la DANA y previstos en el anexo del Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre.

El título VII es el encargado de las *medidas en materia de Seguridad Social*;

1.- Se mejora la acción protectora de las prestaciones de clases pasivas.

2.- Se prevé, con carácter de supuesto excepcional, la posibilidad de disponer anticipadamente de los derechos consolidados en los planes de pensiones de los que sean partícipes, fijándose las condiciones y el importe máximo de disposición.

3.- El Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, estableció un incremento del 15 % en las nóminas del Ingreso Mínimo Vital y de la Prestación Familiar, pero se considera necesario establecer un incremento adicional del 30 % del Complemento de Ayuda a la Infancia, en el marco del Ingreso Mínimo Vital.

4.- Se establece una moratoria en la reclamación de prestaciones indebidamente percibidas por los afectados por la DANA. En consonancia con ello, se procede a establecer la suspensión de los procedimientos de recaudación de conceptos distintos a cuotas de la Seguridad Social.

5.- Se extiende la exención de cotizaciones a todos los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor que se declaren en la zona afectada por la DANA.

— Prestaciones de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado. -Resolución de 12 de noviembre de 2024, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, para garantizar la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural a las personas mutualistas afectadas por la DANA (BOE 13-11-2024)

Mediante esta Resolución se trata de garantizar de modo urgente la continuidad del pago del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural para quienes ya lo venían percibiendo antes del 29 de octubre de 2024, en previsión de que las personas mutualistas no puedan obtener los partes médicos acreditativos del mantenimiento de la situación.

— Resolución de 12 de noviembre de 2024, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se regula la tramitación electrónica del procedimiento de reconocimiento de las prestaciones por desempleo reguladas en el Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 13-11-2024)

Esta resolución tiene por objeto regular las especialidades de los procedimientos de gestión de las prestaciones por desempleo a las que se refiere el Real Decreto ley 7/2024, de 11 de noviembre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 del mismo.

Se refiere al régimen especial de la prestación por desempleo previsto para los casos de suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, relacionadas con la DANA. Régimen especial que se extiende a la protección de las personas trabajadoras del hogar.

— Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 (BOE 29-11-2024).

Mediante este Real Decreto-ley se aprueba un nuevo conjunto de medidas para reforzar la respuesta del Estado en el marco del propio Plan de Respuesta Inmediata, de Reconstrucción y de Relanzamiento de la Comunitat Valenciana, y, en concreto, de la segunda fase del mismo.

El Real Decreto-ley establece un conjunto de medidas de diversa índole: medidas dirigidas a la renovación y compra de vehículos; medidas de carácter procesal y societario; medidas de apoyo en materia de transición energética; medidas complementarias dirigidas a distintos ámbitos y colectivos en los que la DANA ha tenido una especial incidencia (en materia educativa y universitaria; de apoyo al sector cultural; ayudas dirigidas a entidades deportivas; actuaciones en materia de personas con discapacidad; medidas de apoyo administrativo).

Junto a ellas se establecen *medidas en materia de seguridad social y de apoyo a las empresas*:

- Se establece la exclusión del cómputo de ingresos a los efectos del reconocimiento del derecho o mantenimiento de determinadas prestaciones, así como de los complementos por mínimos de las pensiones de la Seguridad Social (capítulo V del Título V).

- Se prevé que las prestaciones económicas de Seguridad Social reconocidas con ocasión de la DANA se financien desde el Estado (disposición adicional decimotercera).

- Se establece una mejora de la protección de los trabajadores por cuenta propia, incluyendo a aquellos que, a fecha de 28 de octubre, venían beneficiándose de la denominada «tarifa plana» de cotización y no estaban obligados a cotizar por la prestación de cese de actividad, permitiendo formalizar la cobertura por cese de actividad en el mismo momento en que se presente la solicitud (disposición final tercera).

- Se prevé la creación del Mecanismo de financiación a autónomos y pequeñas y medianas empresas industriales y turísticas afectadas por la DANA (Mecanismo REINICIA+ FEPYME DANA) (disposición adicional novena).

- Se dispone una nueva línea de financiación destinada a la reconstrucción y recuperación de las capacidades innovadoras del tejido industrial de las zonas afectadas por la DANA (disposición adicional decimocuarta).

- Se establece el régimen aplicable a la ayuda extraordinaria para compensar la pérdida de renta en las explotaciones agrarias afectadas (disposición adicional decimoquinta).

- La disposición final segunda introduce diferentes *novedades en el ordenamiento jurídico laboral*:

Se modifica así el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo un nuevo permiso retribuido, de hasta cuatro días, para cuando no sea posible acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo; estableciendo una regulación general sobre los ERTEs, derechos de información a la representación legal de los trabajadores y negociación colectiva en supuestos de catástrofe o fenómeno meteorológico adverso.

1.15. Otras normas

— Informante.-Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. (BOE 30-10-2024)

Este Real Decreto aprueba la creación de la Autoridad Independiente de Protección del informante, como consecuencia de lo establecido en el Título VIII de 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.

Se regula la naturaleza y régimen jurídico de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. Se trata de un ente de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena autonomía e independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Se reconoce su autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones, debiendo actuar siempre con plena independencia del Gobierno, de las administraciones públicas y de cualquier otra organización pública o privada.

Se establece como fin de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., garantizar la protección de la persona informante, servir de pilar institucional en la prevención y la lucha contra el fraude y la corrupción, y en la garantía de la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público, actuando en coordinación en su caso, con otros organismos de control ya existentes en la Administración del Estado y con autoridades similares de otras administraciones territoriales.

En lo que concierne a sus funciones, son las derivadas de la aplicación del artículo 43 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero; entre otras:

— Supervisión del cumplimiento de la Ley de Protección del Informante, en especial, ha de servir de pilar institucional en la prevención y la lucha contra el fraude y la corrupción. En este sentido, la Autoridad recibirá las denuncias por medio de un canal seguro, se realizará la correspondiente comprobación y, si procede, se remitirá a la Fiscalía. En todo momento, se mantendrá el anonimato del denunciante.

— Promoción de guías interpretativas útiles para que las entidades implementen de forma adecuada sus sistemas internos de información. Entre otros, adopción de medidas de protección frente a represalias como, por ejemplo, la nulidad de los actos que supongan dicha represalia.

— La llevanza del canal externo de comunicaciones, la asunción de la condición de órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno en materia de protección del informante, la elaboración de modelos de prevención de delito en el ámbito público, o la asunción de la competencia sancionadora en la materia.

— Desarrollo de guías sobre la implementación de modelos de prevención en el ámbito público.

El Real Decreto además establece la estructura orgánica de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., y regula la composición y funcionamiento de la Comisión Consultiva de Protección del Informante, y el régimen de personal, funcionario o laboral, la asistencia jurídica de la citada Autoridad y el procedimiento de elaboración de las Circulares de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

— Cooperación judicial.- Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) (BOE 19-10-2024)

— Facturación de empresarios y profesionales.- Orden HAC/1177/2024, de 17 de octubre, por la que se desarrollan las especificaciones técnicas, funcionales y de contenido referidas en el Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación, aprobado por el Real Decreto 1007/2023, de 5 de diciembre; y en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre (BOE 28-10-2024)

El objeto de la presente orden es detallar los aspectos técnicos, funcionales y de contenido recogidos en el Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación, aprobado por el Real Decreto 1007/2023, de 5 de diciembre.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

— Igualdad de trato: Remuneración: Sentencia Air Nostrum y otros

— -STJUE 04-10-2024, C- 341/23, Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STAVLA), Ministerio Fiscal y Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S. A., Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Comité de empresa de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S. A., Dirección General de Trabajo e Instituto de las Mujeres, con intervención de: Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA), Sindicato Unión Profesional de Pilotos de Aerolíneas (UPPA),

Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en el empleo y la ocupación — Directiva 2006/54/CE — Artículo 2, apartado 1, letra e) — Concepto de "retribución" — Artículo 4 — Prohibición de toda discriminación indirecta por razón de sexo

En el asunto C 314/23, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Nacional, mediante auto de 17 de marzo de 2023, recibido en el Tribunal de Justicia el 22 de mayo de 2023, en el procedimiento entre Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STAVLA), Ministerio Fiscal y Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S. A., Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Comité de empresa de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S. A., Dirección General de Trabajo e Instituto de las Mujeres, con intervención de: Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA), Sindicato Unión Profesional de Pilotos de Aerolíneas (UPPA), el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

Los artículos 2, apartado 1, letra e), y 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, las dietas que indemnizan a tanto alzado determinados gastos que los trabajadores afrontan en razón de sus desplazamientos profesionales constituyen un elemento de su retribución y, por otra parte, una diferencia en la cuantía de tales dietas, en función de si se abonan a un grupo de trabajadores mayoritariamente compuesto por hombres o a un grupo de trabajadores

mayoritariamente integrado por mujeres, no está prohibida por dicha Directiva cuando estos dos grupos de trabajadores no realizan el mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor.

— ***Discriminación por razón de la edad***

— **STJUE 17-10-2024 C-349/23, Zetschek**

Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Directiva 2000/78/CE — Artículo 2, apartado 2, letra a) — Prohibición de las discriminaciones por razón de la edad — Edad de jubilación obligatoria — Legislación nacional que excluye cualquier aplazamiento de la jubilación de los jueces federales —Posibilidad de que funcionarios federales y jueces de los estados federados soliciten el aplazamiento de la jubilación — Diferencia de trato en función de la pertenencia a una categoría socioprofesional o del lugar de trabajo

— **STJUE 17- 10-2024 , C-408/23, Anwaltsnotarin.**

Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Directiva 2000/78/CE — Artículos 2, apartado 2, letra a), y 6, apartado 1 — Prohibición de discriminación por motivos de edad — Límite máximo de edad de 60 años para el primer nombramiento como abogado-notario — Vacantes debido a la ausencia de candidatos más jóvenes — Justificaciones — Carácter adecuado y necesario

— **Trabajo de duración determinada**

— **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2024, caso KV.**

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Contratación de un trabajador con contrato de duración determinada como trabajador con contrato de duración indefinida — Determinación de la antigüedad — No consideración de los períodos de empleo completados en el marco de contratos de trabajo de duración determinada celebrados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 1999/70 — Aplicación inmediata a los efectos futuros de una situación nacida bajo la vigencia de la ley anterior.

En el asunto C 439/23, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale civile di Padova (Tribunal Civil de Padua, Italia), mediante resolución de 22 de junio de 2023, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de julio de 2023, en el procedimiento entre KV y Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

La cláusula 4, puntos 1 y 4, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la antigüedad adquirida por un trabajador en virtud de contratos de trabajo de duración determinada ejecutados total o parcialmente antes de la fecha de expiración del plazo de transposición de esa Directiva no se tenga en cuenta para determinar la retribución del trabajador en el momento de su contratación por tiempo indefinido después de dicha fecha, a menos que esta exclusión esté justificada por razones objetivas.

— ***Prestación por nacimiento y cuidado de menor***

— STC, Pleno, de 6 de noviembre de 2024, Rec. 6694/2023. Permiso por nacimiento y cuidado de hijo de madres biológicas de familias monoparentales

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en conexión con el art. 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Permiso por nacimiento y cuidado de hijo de madres biológicas de familias monoparentales: Inconstitucionalidad del art. 48.4 ET y art. 177 LGSS por no poder las familias monoparentales ampliar el permiso por nacimiento más allá de 16 semanas.

El Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado (siendo ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el art. 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que las previsiones legales cuestionadas suponen un trato discriminatorio hacia el menor perteneciente a una familia monoparental, ya que implican que recibirá un tiempo de cuidado inferior que el nacido en una familia biparental, a pesar de que tiene idénticas necesidades. También que, aunque los preceptos cuestionados tienen carácter neutro, se produce una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el impacto negativo y desfavorable de esa regulación incidiría de manera más intensa sobre las mujeres trabajadoras, que encabezan mayoritariamente las familias monoparentales.

El análisis se circunscribe al art. 48.4 ET, en relación con el art. 177 LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que no prevén un régimen específico para el disfrute de los permisos por nacimiento y cuidado de menor, así como la percepción de las correspondientes prestaciones de la seguridad social, en el seno de una familia monoparental. Ello hace que, en un caso como el que ahora se presenta, en el que existe un único progenitor, que es la madre biológica, la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto (así como la correspondiente prestación económica de la seguridad social, cuando se cumplan los requisitos de afiliación y cotización previstos en la LGSS) se reconoce únicamente a la trabajadora, madre biológica, por 16 semanas, de las cuales son obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto.

Legitimidad constitucional de la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental: finalidad perseguida y proporcionalidad:

Señala el Tribunal Constitucional que las finalidades que persigue la regulación vigente al equiparar los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor son la conciliación y la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Pero lo

que ahora se plantea no pone en duda esa equiparación, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. Es una omisión sin justificación.

La legitimidad en abstracto de las finalidades que persigue la norma no pueden hacer perder de vista que la cuestión que ahora se plantea no pone en duda la equiparación de los permisos de nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor, sino el hecho de que la norma no prevea la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el período que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el impacto que esa omisión tiene en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales. La justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos -indiscutible desde el punto de vista del art. 39.3 CE-, en tanto en las familias monoparentales la corresponsabilidad no es sino una quimera, al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención. Tampoco puede justificarse tal omisión en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, en tanto parece indiscutible que los progenitores de familias monoparentales tienen -al menos- las mismas necesidades de conciliación que los de familias biparentales y, a pesar de ello, las normas enjuiciadas les ofrecen posibilidades de hacerlo distintas.

Más dudas plantea para el Tribunal Constitucional el último argumento aportado por la fiscalía general del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en tanto parecen asumir, sin aportar dato concreto alguno, que la extensión del permiso de nacimiento y cuidado de menor a la trabajadora, madre biológica de familia monoparental, por el tiempo que habría correspondido al otro progenitor, en caso de existir éste, iría en detrimento de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres. Aun siendo conscientes, como ya hemos dicho, de que la maternidad tiene una peculiar incidencia respecto de la situación laboral de las mujeres y puede incidir negativamente en su acceso y permanencia en el empleo, asumir el genérico argumento de la fiscalía general del Estado y del letrado de la Administración de la Seguridad Social, en un contexto normativo de equiparación de los derechos de ambos progenitores en lo que se refiere a los permisos de nacimiento y cuidado de menor, presupone reconocer a los empleadores un conocimiento de aspectos íntimos de la vida de sus empleados; conocimiento que, en principio, les está vedado ex art. 18 CE.

El Tribunal Constitucional establece que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social, pero que, sin embargo, una vez dispuesta una determinada herramienta de protección (art. 39 CE), su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 14 CE. Y es esto lo que legislador no hace, al introducir -mediante su omisión- una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declara que los arts. 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que, en circunstancias como las descritas en el caso del que trae causa la presente cuestión, la madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas, disfrutando del permiso (y también de la correspondiente prestación económica de la seguridad social) que se reconocería al otro progenitor, en caso de existir, generan ex silentio una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar

de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales.

Aunque el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que no es su tarea la de definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste de una ley al texto constitucional, el Tribunal considera necesario (como lo hizo en la STC 15/2020 , de 28 de enero, FJ 3, y las allí citadas) precisar que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 ET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (16 semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras).

Anuncian formulación de voto particular concurrente el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada Concepción Espejel Jorquera.

— ***ERTE por fuerza mayor***

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 908/2024, de 11 de junio de 2024 (Rec. de casación núm. 144/2022).

El ciberataque sufrido por una la empresa puede justificar un ERTE por causa de fuerza mayor.

Declara la Sala que el ataque de ciberseguridad sufrido por una empresa, cuya prestación se desarrolla mediante el uso de sistemas informáticos ha de ser calificado de fuerza mayor y, por tanto, se ha de autorizar el ERTE solicitado, pues el hecho de que sea previsible un ataque de ese tipo en una entidad cuyos medios materiales son esencialmente digitales, no lo convierte en evitable.

Señala que la empresa puede haber previsto en su actividad ordinaria la existencia de un ciberataque, pero hay algunos sucesos de este tipo que rebasan los tenidos en cuenta en el desenvolvimiento ordinario y, por ello, no pueden ser evitados. Así, si se trata de un suceso inevitable, que rebasa los que pueden ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida de la empresa, se estará ante un supuesto de fuerza mayor. Concluye el Tribunal que la concurrencia de fuerza mayor habilita a la empresa a la adopción de las medidas suspensivas reconocidas en el art. 47 del ET respecto de los trabajadores afectados.

Recogiendo los criterios de la Sala primera, esta Sala ha señalado en la sentencia de 22 de julio de 2015, que por fuerza mayor debe entenderse "aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado" (...) También se ha hecho referencia a este elemento como "sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial".

La imprevisibilidad no es preciso, pues, que concurra, siendo suficiente con el hecho de que, siendo previsible, sea inevitable. En todo caso, no se discute, ni siquiera por la propia empresa demandante, el carácter previsible del ciberataque ni tampoco el que se trate de un hecho externo al círculo de la empresa.

En segundo lugar, la afirmación de que un ataque de ciberseguridad sufrido por una empresa, cuya prestación se desarrolla mediante el uso de sistemas informáticos, software, aplicaciones, etc., no pueda ser calificado de fuerza mayor, sino en todo caso una causa técnica o productiva, no es

admisible, pues el hecho de que sea previsible un ataque de este tipo en una empresa cuyos medios materiales son esencialmente digitales, como lo son los ordenadores, no lo convierte en evitable.

Tampoco puede cuestionarse la existencia de fuerza mayor por el hecho de que el "suceso" no haya sido uno de los tradicionalmente considerados como tales, esto es, un incendio o un terremoto, pues el art. 1.105 CC no exige que sea un suceso natural, puede ser de otro tipo, atendida la realidad social en la que nos hallamos, una sociedad tecnológica, donde los sucesos pueden ser provocados por la acción del hombre. En ese sentido, la principal diferencia entre una causa de fuerza mayor y otra de tipo objetivo técnica no está en la causalidad natural de la primera y humana en la segunda, sino en el hecho de que la fuerza mayor es un suceso externo, ajeno a la voluntad de la empresa y de carácter extraordinario, y la segunda es una causa introducida, favorecida o exigida por las circunstancias, pero siempre ordinaria y voluntaria. La empresa puede haber previsto en su actividad ordinaria la existencia de un ciberataque (previsibilidad), pero hay algunos sucesos de este tipo que rebasan los tenidos en cuenta en el desenvolvimiento ordinario y, por ello, no pueden ser evitados (inevitabilidad). Por eso, si se trata de un suceso inevitable, que rebasa los que pueden ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida de la empresa, estaremos ante un supuesto de fuerza mayor.

En el terreno de lo inevitable, los hechos probados ponen de manifiesto que la empresa había previsto la posibilidad de un ciberataque, ya que disponía de las medidas de seguridad necesarias y suficientes para evitar un ataque de ciberseguridad y, pese a ellas, el mismo no pudo ser evitado, como pone de manifiesto el Informe técnico aportado (documento núm. 6) y cuyo contenido está incorporado al relato fáctico en el sentido de que: "es muy complicado mantener una protección total ante la incidencia de este tipo de malware" y que "grandes instituciones nacionales e internacionales han sido atacadas por este tipo malware instituciones y empresas que, a pesar de contar con grandes medidas de seguridad en sus sistemas y la concienciación de sus usuarios, han sido víctimas de esta extorsión no pudieron ser evitados", o también que "es imposible mantener una protección total ante una incidencia de este tipo" (hecho probado quinto que da por reproducida la Memoria explicativa de las causas e informe técnico que se acompañaban a la misma como documentos 5 y 6, que obran en el expediente administrativo y en los descriptores 28 y 29, que se dan por íntegramente reproducidos).

— ***Empleo público***

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 625/2024, de 29 de abril de 2024 (nº de Recurso: 4962/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina)

No resulta discriminatorio que a los trabajadores indefinidos no fijos se les restrinja la participación en un concurso de traslados.

Se estima el recurso de la Junta de Castilla y León y se revoca la sentencia que declaró el derecho de la actora -trabajadora indefinida no fija- a ser admitida en el concurso de traslados abierto y permanente convocado.

Tal y como ha ya resuelto la Sala en un supuesto en el que, como en el presente, se cuestionaba la legalidad de un precepto convencional que limitaba la participación en los concursos de traslados al personal laboral fijo, concurre una circunstancia objetiva y razonable que apoya la exclusión del personal indefinido no fijo del concurso y que descarta cualquier atisbo de discriminación en contra de tal tipo de trabajadores. Señala que la diferencia más trascendente entre el fijo y el indefinido no fijo, para el acceso a una plaza fija, consiste en que este tipo de personal está prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los arts. 23.2 y 103.3 de

la CE. Por otro lado, de lo establecido por el TJUE, en su sentencia de 22 de febrero de 2024, no se deriva, en ningún caso, la necesidad de conversión judicial automática de los trabajadores indefinidos no fijos en fijos, ni una radical igualdad entre su régimen jurídico, permitiendo la Directiva 1999/70/CE un trato diferente entre unos y otros trabajadores por razones objetivas.

La cuestión que aquí se suscita ya ha sido resulta por la Sala en un supuesto sustancialmente igual -en el que se cuestionaba la legalidad de un precepto convencional que limitaba la participación en los concursos de traslados al personal laboral fijo- mediante nuestra STS 277/2022, de 29 de marzo (Rec. 109/2020), seguida por la sentencia recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina 853/2021, a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque, como se razonará, no existen argumentos o motivos para cambiar nuestra doctrina.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

— DERECHO INDIVIDUAL

Álvarez del Cuvillo, A.: *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*. Tirant lo Blanch, 2024 ISBN: 9788410568600 (papel) 9788410568617 (ebook). Páginas 448.

Baylos Grau, A. (Coor.): *La Reforma del despido*, Bomarzo, 2024. ISBN: 978-84-19574-64-0310 págs.

Blasco Jover, C.: *Cuestiones clave sobre la readmisión y los salarios de tramitación en el despido improcedente.* Tirant lo Blanch, 2024. ISBN 978-84-1071-0004-7. 278 páginas.

Gil Otero, L.: *La economía de plataformas ante las categorías clásicas del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410564909. ISBN Ebook: 9788410564916. 260 págs.

López Balaguer, M. (Coord.), Aragón Gómez, C., Fernández Prats, C. García Testal, E., Nieto Rojas, P., Rodríguez Rodríguez, E.: *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad (RD-Ley 5/2023 y RD-Ley 2/2024)*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN: 978-84-1378-066-5. Páginas: 292.

Román Vaca, E. (Coord.): *Necesidades empresariales y tutelas laborales*, Monografía de Temas laborales nº 67, 2024 (Acceso público).

Sala Franco, T.: *La modificación de las condiciones de trabajo*. 1ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, 2024. 132 págs. ISBN Papel: 9788410710597. ISBN Ebook: 9788410710603.

San Martín Rodríguez, A. J.: *El delicado tratamiento del consumo de drogas en el trabajo en España*, Colex, 2024. ISBN: 978-84-1194-640-7. Páginas: 328.

VV.AA.: *Memento de contrato de Trabajo 2025-2026*, Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-10128-89-7. Páginas: 1.200.

VV.AA.: *Memento tiempo de trabajo 2025-2026.* Lefebvre, septiembre 2024. ISBN: 978-84-10128-71-2. Páginas: 775.

— DERECHO COLECTIVO

Collado García, L, Romero Ródenas, M. J, Tarancón Pérez, E. Trillo Párraga, F.: *La representación de los y las trabajadoras en la empresa*, Bomarzo, 2024. ISBN: 9788418330353. Páginas: 340.

Dumortier, G., Loiseau, G., Lokiec, P., Pécaut-Rivolier, L.: *Droit de la négociation collective 2024-2024*, 2ª édition. Dalloz, París, 2024. EAN: 9782247228553, 650 pages.

Gárate Castro, J.: *Derecho Sindical, volumen II. Negociación colectiva laboral*. Bomarzo, 2024. ISBN: 978-84-19574-57-2. Páginas: 357

García Murcia, J., Torres de León, V. (Dirs.): *Negociación colectiva y solución de conflictos de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. ISBN Papel: 9788410716452. ISBN Ebook: 9788410716469. 564 págs.

Gorelli Hernández, Juan: *La dimensión temporal del convenio colectivo*, Editorial BOE, 2024- ISBN: 9788434030091, 268 págs.

— FORMACIÓN

Cristóbal Roncero, M. R.: *El permiso de formación para el empleo (análisis del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores*. Editorial BOE, 2024. ISBN: 9788434029798. Páginas 146

Villalba Sánchez, A.: *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, 2024, ISBN: 9788411240062, 150 págs.

— PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Rodríguez González, S. (Dir.): *La redimensión de la salud laboral con perspectiva de género*, Atelier, 2024. ISBN: 9791387543044, 338 págs.

Vicente Pachés, F.: *La gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. Contenido de un protocolo específico de actuación y prevención del ciberacoso laboral*, Aranzadi, 2024. ISBN: 9788410308343, 180 págs.

— PROTECCIÓN SOCIAL

Alameda Castillo, M. T.: *La flexibilidad del modelo como apuesta en la pensión de jubilación. Especial referencia a las jubilaciones en el RETA*. Dykinson, 2024. ISBN: 9788410705371. ISBN electrónico: 978-84-1070-612-5. Páginas: 237

Laborda Ibáñez, M: *Los planes de pensiones de Empleo. El principio de no discriminación*, Editorial BOE, 2024. ISBN: 9788434030039. Pág.: 244.

Rodríguez Iniesta, G., Sempere Navarro, A.V.: *Protección por desempleo tras la reforma de 2024*, Laborum, 2024. ISBN: 9788410262300. Páginas: 200

— PROCESAL LABORAL

Moreno Pérez, J.M.: *El orden social como jurisdicción integral del empleo público. Balance y propuesta a la luz de la experiencia de la prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, 2024, 324 págs.

Selma Penalva, A. (Dir.): *Derecho Procesal laboral y sociedad digital.* Aranzadi, 2024, 275 págs.

Vizcaino Ramon, I.: *La intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procesos laborales*, Atelier, 2024. ISBN: 9788410174986. Páginas: 166

VV.AA.: *Memento Procedimiento Laboral 2025-2026.* Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-10128-88-0. Páginas: 2.039

— OBRAS GENERALES Y OTRAS

Álvarez del Cuvillo, A.: *El concepto de discriminación grupal y su eficacia en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410568600. ISBN Ebook: 9788410568617. 448 págs.

Arufe Varela, A. y Martín Girón, J.: *El abogado laboralista: nombres ilustres norteamericanos y sus pares asimétricos españoles*, Atelier, 2024. ISBN:9788410174924. Páginas:252

Barrio Andrés, M. (Dir.): *El reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410713031. ISBN Ebook: 9788410713048. 220 págs.

Basterra Hernández, M.: *Repercusiones laborales del Brexit.* Aranzadi, 2024. ISBN: 9788411621618. Páginas: 300

Cabeza Pereiro, J.; Fernández Prieto, M. (Dirs.): *Mecanismos empresariales de adaptación y mantenimiento del empleo: gestión, protección socio-laboral y efectividad*, Colex, 331 págs.

Cairós Barreto, D. M.; Fotinopoulou Basurko, O.; López Terrada, E. (Dirs.): *Cambio climático y Derecho del Trabajo: conceptualización y régimen jurídico*, Aranzadi, 393 págs.

Contino Hueso, L.: *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2024

Fernández Domínguez, J. J., Rodríguez Escanciano, S., Martínez Barroso, M. R.: *Relecturas de la obra del profesor Germán Barreiro González. Un recuerdo de sus discípulos. In memoriam*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410717275. ISBN Ebook: 9788410717282. 276 págs.

Fernández Orrico, F. J. (Dir.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un entorno digital*, Aranzadi, 2024. ISBN digital: 978-84-1163-989-7. ISBN papel + digital: 978-84-1163-990-3, 253 págs.

García Campá, S.: *Manual legal de igualdad en la empresa.* Aranzadi, 2024. ISBN (papel): 978-84-1162-870-9. ISBN (electrónico): 978-84-1162-871-6. Número de páginas: 750 páginas.

González del Rey Rodríguez, I. Méndez Sebastián, P. (Ed.): *El trabajo en el mercado no productivo y en otros ámbitos de interés social*, Ediciones KRK, 2024. ISBN: 978-84-8367-811-4. Páginas: 336.

López González, M. J.: *Las relaciones laborales en el ámbito del deporte*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788491699170. ISBN Ebook: 9788491699187. 104 págs.

Martín Romero, A.M.; *La edad como factor de vulnerabilidad en las relaciones laborales*, Editorial BOE, 2024. ISBN: 978-84-340-3008-4

Monereo Pérez, J. L (Dir.): *Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital*. VIIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de AESSS, Laborum, 2024

Rodríguez Escanciano, S.; Álvarez Cuesta, H. (Dirs.): *Hacia un desarrollo sostenible, cohesionado e inclusivo de los territorios rurales y despoblados: empleo de calidad desde la economía social y solidaria*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, junio 2024. ISBN: 978-84-1162-655-2. Páginas: 526

Rodríguez Escanciano, S. (DIR.), Álvarez Cuesta, H. (Coord.): *Trabajo y género. Transiciones justas hacia la igualdad laboral real.* Editorial Colex, julio 2024. ISBN: 978-84-1194-601-8. Páginas: 404

Rodríguez Escanciano, S., Álvarez Cuesta, H. (Dirs.): *Hacia una transición ecológica justa: Los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación.* Editorial Colex, julio 2024. ISBN: 978-84-1194-603-2. Páginas: 427

Solís Prieto, C. (Dir.): *Incidencia del ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: diálogo, tolerancia y convivencia*, Aranzadi, 2024. ISBN: 9788410308787, Páginas: 390

Trujillo Pons, F.: *El derecho del trabajo explicado a través de publicaciones en Linkedln*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410713536. ISBN Ebook: 9788410713543. 416 págs.

Vigo Serralbo, F: *El deber de trabajar. Significado constitucional y proyección legislativa*, Tirant lo Blanch, 2024. ISBN Papel: 9788410569560. ISBN Ebook: 9788410569577. 626 págs.

VV.AA.: *Memento Derecho Digital 2024-2025*, Lefebvre, 2024. ISBN: 978-84-19896-71-1. Páginas: 1.150.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MIRADAS Y DESAFÍOS JURÍDICOS-LABORALES A LA DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO, *por Estefanía González Cobaleda, Editorial Dykinson, 2024, páginas: 183*

Comentado por:
Belén del Mar López Insua
Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

La búsqueda de la de la igualdad efectiva de todas las personas, desde una perspectiva amplia, se erige como uno de los pilares esenciales de los principios constitucionales de nuestro Estado Social. La lucha por un «Derecho justo y equitativo» constituye un derecho fundamental respaldado por un sólido sistema multinivel de garantías, internacional y nacional, que abarca tanto el ámbito social como el laboral. En efecto, durante décadas se han perpetrado un avance de estos principios consagrados normativamente hacia una mayor equidad y justicia social en nuestra sociedad, si bien, su desarrollo no ha sido homogéneo y uniforme para todos los colectivos de personas. Con carácter general, la realidad sobre el colectivo de personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) ha sido ignorada e invisibilizada durante décadas.

En este contexto, el reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI ha cobrado especial relevancia en los últimos tiempos. Ejemplo de ello es la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas.

En este contexto, en el año 2024 ha visto la luz la nueva monografía de la Prof.ª Estefanía González Cobaleda, Profesora Permanente Laboral (acreditada como Titular de Universidad) del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), bajo el título: «*Miradas y desafíos jurídicos-laborales a la diversidad sexual y de género*». Esta obra ha sido publicada en la prestigiosa Editorial Dykinson, lo que sin duda alguna ha contribuido a su amplia difusión.

Se trata de una monografía que tiene por objeto abordar desde la investigación científica y crítica varias de las claves que permitirán avanzar en las nuevas luces como las persistentes sombras

que permanecen acerca de los desafíos y discriminaciones que vive este colectivo en el ámbito de las relaciones laborales. De hecho, la finalidad perseguida por la autora ha sido el análisis integral, jurídico y vigente, arrojando luz sobre una temática compleja tratada de forma completa y exhaustiva, una materia de enorme actualidad y que ha preocupado no sólo al ámbito jurídico nacional, también a nivel internacional.

Precisamente, no podemos obviar que esta obra se enmarca en las actividades de un conjunto de proyectos de ámbito estatal y autonómicos, así como por grupos de investigación. Igualmente, se encuadra dentro de una estancia de investigación postdoctoral, desarrollada en el «*Dipartamento di Giurisprudenza» de la Università Degli Studi Di Napoli «Parthenope»* (Nápoles, Italia).

La monografía se estructura en seis sugerentes capítulos, en los cuales se recogen las idas y venidas acerca del "silencio" acerca de la precariedad laboral, así como de las conductas discriminatorias y de acoso que sufren en el trabajo por cuestiones relacionadas con la diversidad sexual y de género y que ha incidido en su mayor vulnerabilidad en el mercado de trabajo.

En estricta coherencia con esta visión analítica, se abre esta obra con un amplio estudio de la dificultad sobre la variedad conceptual de los diferentes términos que se encuentran vinculados con esta temática de estudio, no siendo la única dificultad a la que nos enfrentamos. Para ello, la autora analiza de forma relacional y crítica en el Capítulo I una caracterización conceptual y jurídico-técnica sobre la diversidad sexual y de género, aportando una clasificación no exhaustiva de quiénes conforman el colectivo LGTBI que permita comprender y avanzar a todos los efectos. Es indudable que, como pone de relieve la autora, el colectivo LGTBI se encuentra muy fragmentado, siendo un grupo heterogéneo, si bien, advierte que en este trabajo de investigación para poder simplificar la referencia a dicha diversidad sobre la orientación e identidad sexual, expresión de género y de las características sexuales de las personas, se utiliza el constructo social, es decir, colectivo LGTBI, resultando útil para el análisis y tratamiento desde el punto de vista de la disciplina del Derecho del Trabajo, no obstante, por la autora se ha pretendido respetar la diversidad que se produce en el propio colectivo o grupo.

Todo ello, conduce al Capítulo II dedicado al análisis cuantitativo que de las disonancias y desigualdades que aún perviven y se intensifican en algunos casos, en nuestra sociedad, para, con posterioridad, hacer un estudio crítico y desde el conocimiento en virtud de su situación en el ámbito laboral. Se evidencia la necesidad de una mayor protección de la población LGTBI en los lugares de trabajo a consecuencia de su elevada exclusión sociolaboral y de vulnerabilidad.

Por su parte, en el Capítulo III se centra en el estudio comparado de la evolución de los principales avances sobre la igualdad de las personas LGTBI a partir de los Derechos Humanos quedando constatado la inacabada construcción jurídica sobre la diversidad sexual y género, además de las deficiencias y dudas reguladoras que afectan a la población LGTBI, pues perdura su discriminación en las relaciones laborales.

Avanzando sobre el análisis del reciente marco regulador nos encontramos con el Capítulo IV que se centra en el abordaje desde un estudio comparado entre Italia y España de las iniciativas, pasadas y futuras, para proteger la diversidad en los lugares de trabajo no solo desde el marco jurídico, también de políticas y acciones en el ámbito laboral que no solo impliquen la defensa de sus derechos, sino de garantizar de forma efectiva los mismos.

Finalmente, los capítulos quinto y sexto tratan de abordar mediante un análisis crítico de todas aquellas novedades normativas que se han aprobado recientemente en nuestro ordenamiento y que

afectan de forma directa a la realidad del colectivo en las relaciones laborales. En particular, se estudia la discriminación que sufre esta población a partir de su vulnerabilidad sociolaboral que conlleva a su atención prioritaria en materia de empleo, así como por su reconocimiento expreso como nueva causa de discriminación la diversidad sexual y de género, además de las discriminaciones múltiples que sufre (en especial, por edad avanzada y como mujeres trans). En cambio, la autora resalta que, a pesar de la evolución positiva sin precedentes, se analiza la complejidad para el desarrollo del entramado normativo en la realidad práctica de las empresas que se vincula, principalmente, por la gran dispersión de la normativa generando una inseguridad jurídica.

En base a lo anterior, esta investigación se culmina con un conjunto de conclusiones y propuestas que conlleva a repensar, reconcebir y comprender la verdadera realidad invisibilizada que viven las personas LGTBI (en especial las personas trans), teniendo presentes las particularidades que presenta este tipo de estudio y ante la precariedad laboral que viven reflejo en las pensiones presentes y futuras de este colectivo. En esta tarea cognoscitiva trasciende la escasa o nula atención que se les presta a todas estas cuestiones, valorando y desvelando el origen de dicha ausencia de tratamiento que ha incidido decisivamente, a entender de la autora, por el gran desconocimiento que se evidencia todavía sobre la población LGTBI.

En definitiva, podemos comprobar el indiscutible rigor científico de la autora en un tema tan controvertido, como el actual. Los grandes desafíos que ofrece esta temática, unido al carácter crítico y de mejora que ofrece la autora hacen de ésta una monografía de indiscutible lectura. Se trata de un elaboradísimo trabajo de investigación, de carácter jurídico y crítico que añade un gran valor, ofreciendo una visión completa sobre la materia, por consiguiente, se puede considerar prácticamente de obligada lectura y merecedora de ser catalogada como de referencia.

EL DESPIDO COLECTIVO, por Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Editorial Aranzadi, Navarra, 2024, 414 páginas.

Comentado por:
Rafael José López Bedmar.
Contratado predoctoral FPU.
Universidad de Granada.
E-mail: rlbedmar@ugr.es.
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

En el contexto jurídico contemporáneo, el despido colectivo se presenta como una de las figuras más complejas y controvertidas del Derecho Laboral. La legislación y la jurisprudencia enfrentan el reto de equilibrar los intereses empresariales con la protección de los derechos de los trabajadores, un desafío que cobra especial relevancia en épocas de crisis económica o reestructuración empresarial. En este marco, la obra *El despido colectivo* de Pompeyo Gabriel Ortega Lozano se erige como una obra fundamental para el entendimiento y la aplicación del régimen jurídico del despido colectivo.

Se puede apreciar la brillantez y calidad de la obra respaldada por la altura académica y profesional de su autor: Pompeyo Gabriel Ortega Lozano (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), cuya prolífica carrera se refleja en numerosas publicaciones, incluyendo artículos en revistas, colaboraciones en obras colectivas y monografías.

La obra no solo refleja la profundidad de su conocimiento en la materia, sino que también aborda de manera crítica las deficiencias y ambigüedades presentes en la normativa vigente. El autor

ha utilizado su experiencia académica y profesional para elaborar un análisis que combina teoría y práctica, facilitando una comprensión integral del despido colectivo en el contexto español y europeo.

La estructura del libro está organizada en veinticuatro capítulos que abarcan todos los aspectos relevantes del despido colectivo. Esta organización permite al lector una inmersión profunda en cada faceta del tema, desde los principios fundamentales hasta las reformas más recientes, consolidando al libro como una referencia esencial. Cada capítulo está cuidadosamente elaborado para ofrecer un análisis detallado y una reflexión crítica sobre los diferentes elementos que conforman el régimen jurídico del despido colectivo.

— El *Capítulo 1* presenta un prefacio que establece el contexto general del despido colectivo, ofreciendo una visión preliminar del tema y preparando al lector para los análisis más detallados que seguirán en los capítulos posteriores.

— En el *Capítulo 2*, el autor examina el régimen jurídico del despido colectivo en la Unión Europea, analizando cómo las directivas europeas buscan armonizar las legislaciones nacionales y cómo estas se reflejan en la normativa española. Este capítulo es crucial para entender la base legal sobre la que se construye el régimen jurídico del despido colectivo y las diferencias entre los modelos nacionales y comunitarios.

— El *Capítulo 3* se centra en las causas del despido colectivo, diferenciando entre causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. El autor proporciona un análisis detallado de cada tipo de causa, explicando cómo se determina su concurrencia y la racionalidad económica detrás de las decisiones de despido colectivo.

— El *Capítulo 4* aborda la lógica de flexibilidad negociada en el procedimiento de despido colectivo, explorando cómo las partes involucradas pueden llegar a acuerdos que faciliten la aplicación de la normativa y mitiguen los impactos negativos del despido colectivo.

— El *Capítulo 5* se dedica a la reinterpretación del cómputo del factor temporal en el despido colectivo y los tipos de despidos fraudulentos. Este capítulo ofrece un análisis crítico de la doctrina vigente y las recientes modificaciones jurisprudenciales, proporcionando una visión clara de cómo se debe calcular el período de tiempo y cómo se deben tratar los despidos fraudulentos.

— En el *Capítulo 6*, se examina la legitimación para intervenir como interlocutores en el período de consultas, analizando los sujetos que pueden participar en la negociación y las diferentes posibilidades según si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo o a varios.

— El *Capítulo 7* se centra en la documentación e información que la empresa debe proporcionar durante el período de consultas, abordando tanto las obligaciones generales como las específicas en relación con las causas alegadas para el despido colectivo.

— El *Capítulo 8* discute el calendario de reuniones tras la apertura del período de consultas, proporcionando una guía práctica sobre los plazos y las dificultades interpretativas que pueden surgir durante esta fase.

— El *Capítulo 9* explora las medidas sociales de acompañamiento para evitar o reducir los despidos, destacando las prioridades de permanencia y las estrategias que pueden emplearse para minimizar el impacto social del despido colectivo.

— En el *Capítulo 10*, se analiza la buena fe en el período de consultas, abordando la obligación de negociar de manera honesta y constructiva como requisito esencial para la validez del procedimiento.

— El *Capítulo 11* se ocupa de la finalización del período de consultas, diferenciando entre casos en los que se alcanza un acuerdo y aquellos en los que no se logra un consenso, y analizando las implicaciones de cada resultado.

— El *Capítulo 12* examina la intervención de la autoridad laboral en el despido colectivo, proporcionando detalles sobre la competencia y las actuaciones de esta autoridad en el proceso.

— El *Capítulo 13* aborda la inspección de trabajo y seguridad social en el procedimiento de despido colectivo, con especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

— El *Capítulo 14* trata la notificación individual del despido derivada de un procedimiento colectivo, detallando los requisitos de comunicación escrita al trabajador y la puesta a disposición de la indemnización correspondiente.

— El *Capítulo 15* se enfoca en otras obligaciones del empresario en el procedimiento de despido colectivo, incluyendo la aportación económica al Tesoro Público en despidos colectivos que afectan a trabajadores de cincuenta o más años de edad.

— En el *Capítulo 16*, el autor explora el despido colectivo en la Administración y el Sector Público, analizando las particularidades y requisitos específicos que se aplican en estos contextos.

— El *Capítulo 17* trata el despido colectivo en la nueva ley concursal, examinando los aspectos laborales relacionados con esta ley y cómo impacta en los procedimientos de despido colectivo.

— El *Capítulo 18* aborda las modalidades de impugnación de la extinción colectiva, analizando las diferentes formas de impugnación y los sujetos legitimados para presentar recursos.

— El *Capítulo 19* se centra en el fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el proceso de despido colectivo, proporcionando un análisis detallado de las conductas ilegales o abusivas que pueden surgir en este contexto.

— El *Capítulo 20* trata las cuestiones procesales de tramitación judicial del procedimiento de despido colectivo, incluyendo las reglas de competencia y la tramitación de la demanda.

— El *Capítulo 21* revisa las modificaciones del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo que afectan al despido colectivo.

— Finalmente, los *Capítulos 22* y *23* ofrecen un balance y perspectivas sobre el tema, con conclusiones sobre los hallazgos y una revisión de la bibliografía utilizada. El *Capítulo 24* proporciona una lista exhaustiva de referencias judiciales.

En cuanto a la accesibilidad del contenido, la obra está escrita en un lenguaje claro y preciso, logrando un equilibrio entre la técnica legal y una exposición didáctica que facilita la comprensión de temas complejos. Esto hace que la obra sea accesible tanto para especialistas como para aquellos que se inician en el estudio del despido colectivo.

En resumen, *El despido colectivo* es una aportación valiosa al estudio del Derecho Laboral. Su enfoque integral, combinado con un análisis crítico y actualizado, la convierte en una referencia esencial. La obra no solo destaca por su contenido académico y práctico, sino también por la claridad y rigor con que aborda los temas, lo que la convierte en una herramienta indispensable para académicos, profesionales y estudiantes en el ámbito del Derecho Laboral.

Por todo esto, la obra del profesor Ortega Lozano es altamente recomendable para cualquier persona interesada en el Derecho del Trabajo y la regulación del despido colectivo, ofreciendo una visión completa y detallada que contribuye significativamente al debate y la práctica en este campo fundamental del Derecho.

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo
Laborum

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 401-417

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Sumario

1. CÓMPUTO DE TRABAJOS A TIEMPO PARCIAL
2. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR. DISFRUTE DE LOS PERIODOS DE DESCANSO OBLIGATORIO Y VOLUNTARIO. INCIDENCIA EN ZONA AFECTADA POR LA DANA
3. HECHO CAUSANTE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente y están accesibles en el Portal de Transparencia del Gobierno.
Selección y notas a cargo de José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta.

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 401-417.

1. CÓMPUTO DE TRABAJOS A TIEMPO PARCIAL

Órgano:

Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

Criterio interpretativo:

18/2024

Asunto:

Sobre como se han de computarse los trabajos a tiempo parcial posteriores al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación a efectos del complement por demora.

Con fecha 5 de julio de 2024, ha tenido entrada en esta Dirección General una consulta de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica adscrita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sobre cómo deben computarse los periodos de trabajo a tiempo parcial realizados una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación a efectos de calcular el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)[2].

Planteamiento:

En su escrito, esa Entidad Gestora hace referencia a la existencia de una controversia acerca de dos expedientes de jubilación en los que las interesadas han continuado trabajando tras el cumplimiento de la edad de jubilación con un contrato a tiempo parcial. En el primer supuesto de hecho, la interesada continúa trabajando cuatro años con un contrato a tiempo parcial del 55,60 por ciento de la jornada; en el segundo, la interesada lo hace durante más de un año natural con un contrato a tiempo parcial al 22,20 por ciento de la jornada.

Las Direcciones Provinciales (DDPP) resuelven los expedientes reconociendo la pensión de jubilación, así como el complemento por demora, ya que entienden que, en aplicación del artículo 210.2 del TRLGSS, en ambos supuestos transcurre más de un año natural realizando un trabajo a tiempo parcial desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, motivo por el cual consideran que debe reconocerse el complemento por demora.

Asimismo, las DDPP consideran que en vista de la reforma de los artículos 247 y 248 del TRLGSS, introducida por el artículo único 26 del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco; así como en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, la equiparación de los trabajos a tiempo parcial a periodos a tiempo completo, a efectos de cumplir el periodo de carencia para

[2] Cuando se accede a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras: a) Un porcentaje adicional del 4% por cada año completo entre la fecha en que cumplió la edad y la del hecho causante de la pensión; b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas; y c) Una combinación de las opciones anteriores que se determinará reglamentariamente.

acceder a la pensión de jubilación y para calcular el porcentaje de aplicación a la base reguladora de la misma, debe extenderse también a efectos del acceso al porcentaje adicional por demorar la jubilación .

En base a la interpretación anterior, el aplicativo *ALFA*[3] reconoce a los trabajadores a tiempo parcial el complemento por demora por cada año completo cotizado, con independencia de la jornada realizada. Sin embargo, algunas Intervenciones Delegadas (ID) están reparando el reconocimiento del complemento por demora al considerar que no se acredita un año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, ya que no equiparan el año trabajado a tiempo parcial con un año trabajado a tiempo completo.

A juicio de estas Intervenciones, la modificación del artículo 247 del TRLGSS, por la que se computan los periodos durante los cuales el trabajador ha permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial con independencia de la jornada realizada, sólo ha de entenderse de aplicación a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar el derecho a la pensión de jubilación , sin que pueda extenderse a efectos del reconocimiento del complemento por demora del artículo 210.2 del TRLGSS .

Ese Instituto hace referencia al artículo 210.2 del TRLGSS que regula el complemento por demora y el cual señala:

"Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a}, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado: (...)".

Asimismo, señala que, en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019[4], en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial , para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, deben tomarse en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada.

Hace referencia al artículo 245.1 del TRLGSS, que recoge la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial y prevé que la misma se regirá por el principio de asimilación

[3] El aplicativo alta es utilizado para el trámite y resolución de prestaciones de jubilación y viudedad que tiene como finalidad lleva el trámite de las prestaciones al máximo nivel de desarrollo informático.

[4] Dicha sentencia declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. En la medida en que, para calcular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad, de forma que, cuando el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 por 100, al no quedar compensado por la aplicación del coeficiente del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora. Ese efecto reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo.

del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo; así como al artículo 247 del TRLGSS, que indica lo siguiente:

"A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos".

Ese instituto señala que si bien, la modificación del artículo 247 del TRLGSS equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los periodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones, hay que tener en cuenta que previamente, con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 248 TRLGSS -por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo- dejó de aplicarse el coeficiente de parcialidad para determinar el porcentaje de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial.

De esta forma para obtener dicho porcentaje se tienen en cuenta los años cotizados, con independencia de que hayan sido a tiempo parcial o completo; e incluso la integración de lagunas de cotización para calcular la base de cotización en los periodos en los cuales no existe obligación de cotizar se realizará a partir del año 2026 sin diferenciar entre trabajo a tiempo parcial o completo.

A juicio del INSS, cabe considerar que la reforma del artículo 247 del TRGLSS no es una reforma aislada, sino que parece ser la incorporación paulatina a la norma de la doctrina del Tribunal Constitucional. Por esa razón, considera correcta la interpretación que realiza el aplicativo *ALFA* en relación con el cómputo de los periodos trabajados para el cálculo de la pensión demorada, con independencia de que estos hayan sido a tiempo parcial o a tiempo completo.

No obstante, manifiesta que, conforme a la Instrucción Cuarta de la Circular 2/ 2022, de 3 de febrero, las DDPP resuelven los expedientes afectados conforme al criterio de las ID. Por ello, considera que procede revisar de oficio en beneficio de los interesados los expedientes afect ados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En vista de las cuestiones planteadas, el INSS solicita Criterio jurídico a este Centro Directivo de acuerdo con las competencias que le son atribuidas en el apartado 1 del artículo 3 del Real decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Criterio DGOSS:

Este Centro Directivo emite Criterio Interpretativo de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad, que le son atribuidas en virtud del artículo 3.1.a) del Real Decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Legislación de aplicación

El artículo 245 del TRLGSS regula la protección social de los trabajadores a tiempo parcial e impone el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo:

"Artículo 245. Protección social.

La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo.".

De igual forma, conviene hacer referencia al artículo 247 del TRLGSS con la modificación que opera a través del artículo único del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que queda redactado en los siguientes términos:

"Artículo 247. Cómputo de los periodos de cotización.

A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos."

Se concluye que el tiempo cotizado con un contrato a tiempo parcial en la prestación de jubilación se computa con independencia de la duración de la jornada; es cierto que el artículo 247 del TRLGSS se refiere a los efectos de acreditar el periodo de cotización, pero es perfectamente aplicable al complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS.

El apartado segundo del artículo 210 del TRLGSS que regula el complemento por demora establece:

"Artículo 210: Cuantía de la pensión ( )

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a}, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b}, se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado ( )"

También se ha de mencionar el Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Por tanto, la lógica interpretación de los preceptos de aplicación ya ofrece una primera conclusión favorable a la equiparación de los trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo a efectos del acceso al complemento por demora.

Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Constitucional

En la sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó la compatibilidad del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE - relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social- con el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los artículos 247 y 248 del TRLGSS.

El Tribunal de Justicia descartó que existiera discriminación directamente basada en el sexo, por cuanto la normativa se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, pero concluyó que sí existía discriminación indirecta basada en el sexo, incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

En este punto hacía referencia a que los datos estadísticos proporcionados ponían de manifiesto que, en el primer trimestre de 2017, cerca del 75 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres y determinaba que España debía revisar la normativa del cálculo de las pensiones para los trabajadores a tiempo parcial al poder acarrear discriminación por razones de sexo.

Por otro lado, consideraba que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad.

Señalaba que el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable, permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del sistema de seguridad social de tipo contributivo.

Concluía con que la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis.*

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" -recogido en el momento de la publicación de la sentencia en el apartado tercero del artículo 248 del TRLGSS-, por considerar que vulneraba el principio de igualdad y constituía una discriminación indirecta por razón de sexo, lesionando el artículo 14 de la Constitución Española.

La sentencia del Tribunal Constitucional señalaba que:

"(...) no resulta justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción

adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos.(...)"

Asimismo, determinaba que se lesionaba el artículo 14 de la Constitución Española al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, en línea con citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18).

Tras este pronunciamiento, tuvo lugar la aprobación del mencionado Real Decreto-ley 2/2023 de 16 de marzo, que modifica el artículo 247 del TRLGSS, el cual pasa a equiparar el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, ya que se tienen en cuenta los períodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

Esta modificación se complementa con la supresión del apartado 3 del artículo 248 del TRLGSS, que desaparece en su nueva redacción. En consecuencia, se elimina el coeficiente de parcialidad que se aplicaba a los periodos cotizados a efectos de calcular el porcentaje de aplicación a la base reguladora previsto para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación.

De esta forma, para determinar los períodos mínimos de cotización - periodo de carencia- se tiene en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos; y por otro lado, se computan íntegramente los periodos cotizados en trabajos a tiempo parcial a efectos de calcular el periodo de cotización acreditado para fijar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora previsto para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada a tiempo parcial.

Conclusión

Tras las modificaciones normativas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo en los artículos 247 y 248 TRLGSS, y la jurisprudencia analizada se pone de manifiesto que no sólo los artículos 245 y 247 del TRLGSS equiparan el trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo, sino que existe la voluntad del legislador de equiparar a ambos tipos de contrato a efectos del acceso a la pensión de jubilación, así como de no imponer restricciones a efectos del cálculo de su cuantía, más allá de la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización.

Asimismo, se hace necesario recordar que la figura de la jubilación demorada nace en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo y se incluye dentro del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, - tal y como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo- cuyo fundamento reside en garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones de la Seguridad Social. En definitiva, el complemento de demora del artículo 210 del TRLGSS pretende incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación tanto a los trabajadores a tiempo completo como a los trabajadores a tiempo parcial.

De igual forma, la recomendación segunda del Pacto de Toledo pretende reforzar la equidad y la solidaridad del Sistema a través de la implantación de una serie de medidas, entre la que se encuentra combatir la brecha de género entre las pensiones; por ello, procede señalar- tal y como lo hacen el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional- que los trabajadores con contrato a tiempo parcial son en su mayoría mujeres, de manera que esta equiparación abunda en la reducción de la brecha de género.

Por todo lo señalado anteriormente, a juicio de este Centro Directivo, la asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo se extiende al complemento por demora de la jubilación previsto en el artículo 210 del TRLGSS. En consecuencia, a efectos del acceso y cálculo del porcentaje adicional por demora de la jubilación de los trabajadores que, cumplida la edad de jubilación lleven a cabo periodos de trabajo a tiempo parcial, se computarán los días en alta con contrato a tiempo parcial con independencia de la jornada efectuada.

2. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR. DISFRUTE DE LOS PERIODOS DE DESCANSO OBLIGATORIO Y VOLUNTARIO. INCIDENCIA EN ZONA AFECTADA POR LA DANA

Órgano:

Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

Criterio:

18/2024, de 15 noviembre.

Asunto:

Nacimiento y cuidado de menor. Efectos de la interrupción de los descansos obligatorio y voluntario. Declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil como consecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) que ha afectado a amplias zonas de la Península y Baleares entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

Criterio:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil[5], el Consejo de Ministros, en su reunión del día 5 de noviembre de 2024 ha acordado declarar zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil las comunidades autónomas de Comunitat Valenciana, Castilla-La Mancha, Andalucía, Illes Balears y

[5] Dicho art. 23 señala lo siguiente:
Artículo 23. Procedimiento de declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil.
1. La declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil prevista en esta ley se efectuará por acuerdo de Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas y del Interior y, en su caso, de los titulares de los demás ministerios concernidos, e incluirá, en todo caso, la delimitación del área afectada. Dicha declaración podrá ser solicitada por las administraciones públicas interesadas. En estos supuestos, y con carácter previo a su declaración, el Gobierno podrá solicitar informe a la comunidad o comunidades autónomas afectadas.
2. A los efectos de la declaración de zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil se valorará, en todo caso, que se hayan producido daños personales o materiales derivados de un siniestro que perturbe gravemente las condiciones de vida de la población en un área geográfica determinada o cuando se produzca la paralización, como consecuencia del mismo, de todos o algunos de los servicios públicos esenciales

Aragón, como consecuencia de la Depresión Aislada en Niveles Altos que ha afectado a amplias zonas de la Península y Baleares entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

Se trata del mayor desastre natural en la historia reciente de nuestro país y es ya la segunda inundación que más víctimas se ha cobrado en Europa en lo que va de siglo.

Señala la Orden PJC/1222/2024, de 6 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2024, que «*El Estado ha desplegado hasta la fecha más de 7.500 efectivos de las Fuerzas Armadas y 10.000 policías nacionales y guardias civiles, así como varios grupos especializados en salvamento y actividades subacuáticas, con el fin de rescatar a supervivientes, garantizar la seguridad y restablecer la normalidad en las calles. Estos efectivos están siendo asistidos, además, por unos 5.000 militares en sus bases de origen (...).*

También, se ha llevado a cabo una serie de actuaciones en aspectos considerados como prioritarios, entre las que cabe destacar las siguientes:

— *Con el fin de recuperar e identificar los cuerpos de los fallecidos, se han reforzado los equipos para el levantamiento de cadáveres, se han instalado varias morgues móviles y se ha desplazado una Unidad de Identificación de Víctimas en Desastres de la Policía Nacional.*

— *Se han realizado labores de reparación de servicios esenciales por parte de las administraciones públicas en estrecha colaboración con el sector privado.*

— *Se han desplazado centenares de especialistas en infraestructuras del transporte de la Administración General del Estado, para facilitar la reactivación de las mismas.*

— *También se ha desplegado un dispositivo de Brigadas de Prevención y Extinción de Incendios Forestales (BRIF) y personal coordinador del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para limpiar los cauces y riberas más afectadas, y contribuir a la reparación de las infraestructuras hidráulicas dañadas.*

— *Se ha activado el Protocolo Nacional de Actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.»*

También en el Real Decreto-ley 6/2024, de 5 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de respuesta ante los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 y en el Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, se recoge, respectivamente, que *«Se han desplazado centenares de especialistas en infraestructuras del transporte de la Administración General del Estado (...). Se ha desplegado un dispositivo de brigadas forestales para limpiar los cauces, riberas más afectadas, y contribuir a la reparación de las infraestructuras hidráulicas dañadas. También son destacables las aportaciones, disponibilidad y ofrecimientos de todos los departamentos ministeriales»* y que *«La gravedad de los daños personales y materiales provocados han exigido una actuación inmediata por parte de las administraciones públicas que se ha traducido por parte del Gobierno de España en el mayor despliegue de efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas que se haya hecho jamás en nuestro país en tiempos de paz, con el fin de rescatar a supervivientes, garantizar la seguridad y*

restablecer la normalidad en las calles mediante la retirada de escombros, limpieza de vías, asistencia y suministro a la población afectada, reparación de infraestructuras, restablecimiento de suministros, etc.».

Al margen de la normativa expresamente aprobada con ocasión de la emergencia producida por la DANA, el artículo 7 bis.6 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, contempla que *«Los servicios de vigilancia y protección frente a riesgos de emergencias de las empresas públicas o privadas se considerarán, a todos los efectos, colaboradores en la protección civil, por lo que podrán asignárseles cometidos en los planes de protección civil correspondientes a su ámbito territorial y, en su caso, ser requeridos por las autoridades competentes para su actuación en emergencias. (...).»*

Se ha consultado en relación con la interrupción de los descansos obligatorio y voluntario de la prestación por nacimiento y cuidado de menor de aquellos trabajadores o funcionarios cuyos servicios son requeridos por las autoridades competentes para su actuación en la DANA.

La disposición adicional duodécima del citado Real Decreto-ley 6/2024 prevé la suspensión de plazos de prescripción y caducidad en los siguientes términos:

«Disposición adicional duodécima. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad.

Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos correspondientes a aquellos cuyo domicilio radique en alguno de los municipios del anexo, o que deba ejercitarse con carácter imperativo en sus partidos judiciales, quedarán suspendidos durante el plazo de suspensión de los plazos procesales a que se refiere la disposición adicional décima.»

La disposición adicional décima a la que remite la anterior disposición establece que el plazo de suspensión es del 30 de octubre al 10 de noviembre de 2024. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros, previa consulta al Consejo General del Poder Judicial, si se mantienen las circunstancias que justifican la suspensión.

En consecuencia aquellos trabajadores y funcionarios que conforme a las normas citadas se consideren colaboradores en la protección civil y sean requeridos por las autoridades competentes con ocasión de la DANA para prestar servicios y no puedan iniciar el descanso obligatorio por nacimiento y cuidado de menor, o deban reincorporarse al trabajo durante el mismo, no verán perjudicado su derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor del sistema de la Seguridad Social, ni verán consumido el descanso que les reste por disfrutar.

Del mismo modo, si durante el disfrute del periodo de descanso voluntario -ya sea interrumpida o ininterrumpidamente-, procediera la incorporación anticipada al trabajo, dicha incorporación no tendrá como consecuencia la extinción de la prestación.

El descanso obligatorio se reanudará tan pronto cese la obligación de prestación de servicios.

El descanso voluntario podrá disfrutarse más allá de la fecha del cumplimiento de los 12 meses de edad del menor prevista en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, sumando a dicha fecha los días que no se hayan podido disfrutar por la reincorporación al trabajo.

3. HECHO CAUSANTE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Órgano:

Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

Criterio:

16/2024

Asunto: Determinación hecho causante de incapacidad permanente desde situación de no alta

Procedente del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), ha tenido entrada consulta a esta Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DG0SS), con fecha 21 de junio de 2024, conforme a la Instrucción Cuarta de la Circular 2/2022, de 3 de febrero, sobre procedimiento y criterios de actuación en los supuestos de reparos formulados por la respectiva Intervención Delegada Territorial (IDT), por considerar que procede reconocer la prestación en un importe inferior, al objeto de que esta Dirección General se pronuncie sobre la cuestión controvertida.

Esta Centro Directivo considera que la respuesta a dicha consulta conlleva emitir un criterio interpretativo de carácter general sobre la fecha en la que procede situar el hecho causante (HC) de la incapacidad permanente (IP) en los grados de incapacidad permanente absoluta (IPA) o gran invalidez (GI) cuando la pensión se solicita desde la situación de no alta.

Planteamiento:

En su escrito, el INSS manifiesta lo siguiente:

"En el expediente objeto de reparo se cuestiona la fecha del hecho causante (HC) en un supuesto de hecho en el que la interesada solicita la pensión de incapacidad permanente (IP) a instancia de parte y en el que concurren las siguientes circunstancias:

En la fecha en la que la interesada solicita la IP (21/4/2023) se encuentra en situación de no alta.

El Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), en fecha 31 de enero de 2024, propone la calificación como incapacitada permanente en el grado de absoluta (PA), derivada de la contingencia de enfermedad común. El director provincial del INSS, en la misma fecha, acepta íntegramente el contenido de esa propuesta elevándola a definitivo.

Puesto que la interesada estaba en situación de no alta, de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del artículo 195.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS) y del artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985 de 21 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (RDJIP), la DP emite una propuesta de resolución estimatoria de la pensión IPA fijando HC en la fecha en la fecha que la interesada presenta la solicitud de IP.

La IDT fiscaliza de disconformidad el expediente por cuanto considera que la fecha del HC debe situarse en la fecha de emisión del dictamen EVI (fecha en la que la interesada estaría en situación asimilada al alta de paro involuntario). Argumenta que *"si bien la situación en la que se encontraba*

el interesado en el momento de la solicitud era la de no alta, lo que hubiese supuesto que el hecho causante quedase fijado el día de la solicitud" no procede fijar el HC en ese momento por cuanto desde que se solicita la prestación hasta que se emite el dictamen-propuesta del EVI transcurren más de 135 días, incumpliendo, por tanto, el plazo para resolver la prestación que se establece en el artículo 14.1 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales en el sistema de la Seguridad Social (OIN)[6].

Añade el órgano fiscalizador que, a su juicio, no se puede entender que el HC es la fecha de la solicitud por cuanto en esa fecha no se disponía de información suficiente para entender que las lesiones o dolencias que fueron valoradas en la fecha que se emite el dictamen-propuesta del EVI (más de ocho meses después de presentar la solicitud) son las mismas que las existentes en la fecha que se solicita la prestación. En estas circunstancias, la IDT sugiere que *"podría fijarse el HC en lafecha de la solicitud si se acreditase en el expediente que las secuelas de las lesiones o dolencias por las que se solicitó la prestación estaban fijadas con carácter irreversible y dotadas de efectos invalidantes en el momento de la solicitud"*.

La DP no está de acuerdo con el reparo de la IDT, puesto que, cuando se está en situación de no alta, las normas fijan como fecha del HC la fecha de la solicitud de la pensión. Si bien, conforme al procedimiento establecido en la Circular 2/2022, de 3 de febrero, para evitar la interrupción de rentas a la interesada, la DP resuelve el expediente conforme al reparo formulado por la IDT a la espera del pronunciamiento de ese Centro Directivo al que se dirige la consulta.

A juicio de esta Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica se constata que, en el expediente en cuestión, tanto el órgano gestor como el órgano fiscalizador confirman que la interesada en la fecha que solicita la prestación de IP se encontraba en situación de no alta y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del RDJIP procede fijar la fecha del HC en la fecha de la solicitud.

Esta Subdirección General considera que la demora de la DP en la emisión del dictamen propuesta del EVI no justifica que la interesada deba verse perjudicada en la forma en la que propone la IDT, ya que tal interpretación supondría que los efectos iniciales del pago de la pensión se demorasen más de 8 meses.

Asimismo, cabe señalar que ni en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (RDIN), ni en la OIN, se establece un plazo para que el EVI emita el dictamen-propuesta, por lo que no cabe entender que

[6] El artículo 14 de la Orden de 18 enero de 1996, establece lo siguiente:
Plazo para resolver.
1. El plazo máximo para resolver el procedimiento regulado en esta Orden será de ciento treinta y cinco días, que se computarán a partir de la fecha del acuerdo de iniciación en los procedimientos de oficio o de la recepción de la solicitud en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social competente en los demás casos.
2. También podrá acordarse una ampliación del plazo establecido, de conformidad con el artículo 42.2. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determinen en el acuerdo de ampliación no se pueda cumplir razonablemente el plazo previsto en el apartado anterior.
Entiéndase art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.
3. Cuando la resolución no se dicte en el plazo señalado en el número 1 de este artículo, la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, sin perjuicio de la obligación de resolver.
Entiéndase art. 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre

siendo este dictamen parte del procedimiento instruido propiamente por la entidad gestora, ajeno a la voluntad de la interesada, vaya a ocasionar un perjuicio a la solicitante de la prestación.

Por otro lado, en lo que se refiere al plazo para resolver el expediente, ciertamente, tanto el artículo 6 del RDIN como el artículo 14 de la OIN establecen que el plazo máximo para resolver el expediente es de 135 días. Sin embargo, si no se resuelve en el citado plazo no cabe entender, como así señala la IDT en el citado informe, que se haya de solicitar un nuevo dictamen del EVI para verificar si las lesiones de la interesada antes y después de transcurrido dicho plazo son las mismas, ya que ambos preceptos normativos establecen con claridad las consecuencias de no resolver en el citado plazo y en ningún caso se hace referencia a lo señalado por esa IDT.

En todo caso, no está previsto normativamente que el retraso en la valoración del EVI pueda modificar el HC de la pensión.

Por consiguiente, esta Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, al amparo de la Instrucción Quinta de la Circular 2/2022, considera que procede la revisión de oficio de la resolución dictada por la DP, en beneficio de la interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social."

Criterio Interpretativo de la DGOSS:

Este Centro Directivo emite Criterio Interpretativo de conformidad con las competencias que tiene atribuidas por el artículo 3.1.a) del Real Decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, sobre ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad.

a) Normativa de aplicación

La única norma del ordenamiento de la Seguridad Social que expresamente regula la fecha del HC de la IP es el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, que establece la siguiente regla general:

"2. El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.

En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, *se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades."*

Por otra parte, de lo establecido en el párrafo primero del artículo 195.4 del TRLGSS y en el artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, en modo alguno cabe considerar que el HC de la IP sea la fecha de solicitud de la prestación en aquellos supuestos en que el interesado se encuentra en dicha fecha en situación de no alta, ya que el primero de los artículos citados se limita a establecer la excepción, únicamente para las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de contingencias comunes, de que podrá causarse el

derecho aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, exigiendo a esos efectos y en esos supuestos un período mínimo de cotización de 15 años.

En cuanto al artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, determina que *"Cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, la declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes, sólo tendrá lugar a instancia de parte. En tales supuestos, los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud",* pero la equiparación entre la fecha de efectos económicos y la fecha del hecho causante en estos o en cualquier otro supuesto no es una norma general.

Así se deduce del artículo 53.1, párrafo primero, del TRLGSS:

"El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años1 contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud".

Esta misma distinción puede observarse en el Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión, ya que su artículo 3 determina la fecha del hecho causante en distintos supuestos, mientras que el artículo 4 regula los efectos económicos de la pensión.

A fin de que ambas fechas, hecho causante y solicitud de la prestación, coincidan debe determinarse expresamente por la norma para el supuesto de que se trate, como sucedía con el, ya derogado, apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, en relación con la jubilación desde la situación de no alta, o como sucede actualmente con la prestación económica de ingreso mínimo vital, cuyo hecho causante se considera producido en la fecha de presentación de la solicitud conforme determina el artículo 5 del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio.

Por otra parte, debe resaltarse que al desarrollar reglamentariamente la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, que permitió el acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente absoluta desde la situación de no alta, el Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, estableció expresamente como fecha del hecho causante de la pensión de jubilación en esos supuestos *"el día de presentación de la solicitud"* (artículo 1º.2, ya derogado como se ha dicho) y, sin embargo, para la pensión por incapacidad permanente la fecha de solicitud de la pensión solo se consideró para *"los efectos económicos"* de la declaración de invalidez (artículo 3º, antes citado y aún en vigor).

b) Doctrina jurisdiccional

El fundamento para la fijación del hecho causante de determinadas pensiones de incapacidad permanente en la fecha de solicitud no se encuentra en el ordenamiento de la Seguridad Social, sino en la jurisprudencia.

Así lo manifiesta la STS, Sala de lo Social, 6910/2002, de 21 de octubre (recurso de unificación de doctrina 3764/2001)[7], que dice lo siguiente:

"La regla general establecida en la normativa reglamentaria determina como día inicial de efectos de la pensión reconocida la del "hecho causante de la prestación", considerando "producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades" cuando "la invalidez permanente no está precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido" (art. 13.2 de la OM de 18 de enero de 1996, en relación con el art. 6 del RD 1300/1995 de 21 de julio). Interesa destacar que esta regla general, como ya he advertido esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en una sentencia anterior (STS 24-5-1999)[8], no es sustancialmente distinta de la que existía en la situación normativa anterior, bajo la vigencia de la disposición adicional de la OM de 23 de noviembre de 1982 sobre los efectos de los "dictámenes médicos de las unidades de valoración médica de incapacidades" en materia de "nacimiento, mantenimiento y extinción del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social", tal como dicho precepto fue interpretado por la jurisprudencia social.

La excepción a la regla general tiene su origen en una doctrina jurisprudencia/ que se remonta al año 1987 (STS 13-2-1987 y 25-6-1987, entre otras[9]), y que ha sido reiterada en numerosas sentencias a partir de entonces (entre otras muchas, la ya citada STS 24-5-1999, invocada en este recurso como sentencia de contraste). De acuerdo con esta doctrina jurisprudencia/ la fecha de iniciación de los efectos económicos de la declaración de la situación de invalidez permanente es la de la solicitud de la pensión en los casos en que concurren conjuntamente las dos circunstancias especiales siguientes: 1º} cuando se acredita que las secuelas de las lesiones o dolencias por las que se solicitó la prestación "han quedado fijadas con el carácter de irreversibles y dotadas de efectos invalidantes" en el momento de la solicitud, en fecha anterior por tanto a la declaración formal de invalidez por parte del órgano encargado de la valoración de las incapacidades; y 29) cuando se ha producido una demora de la entidad gestora en la convocatoria al reconocimiento médico que o bien perjudica la adquisición de derechos por parte del asegurado, o bien constituye un "retraso anormal en la emisión del dictamen".

Puesto que ambos requisitos coincidían en el supuesto en litigio, se estima el recurso de la trabajadora.

c) Criterio seguido por el INSS

La STS, Sala de lo Social, 6910/2002, de 21 de octubre, se ha tomado como referencia en la redacción del citado Criterio 30/2002, apartado I b), para resolver los supuestos en que la IP no ha venido precedida de una situación de IT, por proceder el interesado de una situación que es asimilada a la de alta para la primera de las contingencias citadas {IP), pero no para la segunda {IT) -como sucede en la situación de paro involuntario o en la de convenio especial-. Para esos casos, señala que podrá flexibilizarse la regla general de determinación del HC y de la fecha inicial de efectos económicos

[7] Roj: STS 6910/2002 – ECLI:ES:TS:2002:6910

[8] Roj: STS 3576/1999 – ECLI:ES:TS:1999:3576. Su FD cuarto señalaba lo siguiente: "Es por tanto a la fecha del dictamen de la unidad de valoración médica (en el caso 12 de marzo de 1997), y no a la de solicitud de la prestación (en el caso 16 de septiembre de 1996), a la que hay que estar n la decisión del presente asunto, siendo de observar que no concurre en el caso un retraso anormal en la emisión del dictamen que pudiera justificar, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, una solución distinta (TS de 7 de julio de 1992).
La presente doctrina se establece sin perjuicio de la contenida en sentencias anteriores (TS 7 de julio de 1992, 18 de julio 1994, y 26 de mayo de 1997), en las que la declaración o calificación de invalidez se produce a partir de una situación previa de incapacidad temporal protegida, y no de nuevas, como en el caso presente."

[9] Roj: STS 13644/1987 – ECLI:ES:TS:1987:13644; y Roj: STS 12181/1987 – ECLI:ES:TS:1987:12181.

a fin de dar cumplimiento a la doctrina contenida en la STS de 21 de octubre de 2002, emitida en relación con un supuesto de este tipo.

A esos efectos, prevé que se podrá valorar a través del dictamen del EVI si *11las secuelas de las lesiones o dolencias por las que se solicitó la prestación han quedado fijadas con el carácter de irreversibles y dotadas de efectos invalidantes en el momento de la solicitud",* cuando el grado de incapacidad que se aprecia sea de incapacidad permanente absoluta {IPA) o gran invalidez (GI). Esta limitación se justifica en los hechos enjuiciados por la sentencia de unificación de doctrina, y en la equiparación de estos supuestos a aquellos en los que el beneficiario no se encuentra en alta ni situación asimilada cuando solicita prestación por IP.

Además, se especifica que se entenderá que ha habido demora suficiente para considerar la fecha de solicitud como la del hecho causante, y para retrotraer los efectos del derecho a un momento anterior al del dictamen-propuesta del EVI, cuando ese dictamen se emita después de transcurrido el plazo de ciento treinta y cinco días a que se refiere el artículo

En consecuencia, si al elaborarse el dictamen-propuesta se aprecia la demora indicada y se acredita, según lo dicho, la objetivación de lesiones en la solicitud, ésta se constituye en hecho causante de la pensión de IPA o GI.

Sin embargo, este criterio solo se aplica a las pensiones de IPA y de GI cuando se solicitan desde situaciones asimiladas a la de alta en las que la IP no ha podido estar precedida de una IT y solo a estos grados de incapacidad, y ello por analogía con los supuestos en que puede accederse a la pensión por IP desde la situación de no alta, pero no se aplica a estos últimos supuestos, para los cuales directamente se señala en el apartado I c) siguiente que: *"En aquellos casos en que el interesado no procede de una situación de alta ni asimilada, será el momento de la solicitud el que debe utilizarse como referencia temporal para analizar el derecho y para, en su caso, marcar sus efectos iniciales, conforme al artículo 3 RDJIP".*

d) Criterio de la DGOSS

Visto el criterio seguido por la Entidad Gestora, la doctrina jurisdiccional citada y teniendo en cuenta que en el ámbito de aplicación del segundo párrafo del artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, según su tenor literal, cabrían los supuestos de acceso a la pensión de IP desde la situación de no alta cuando el grado de IP sea de IPA o GI, no parece que debiera existir obstáculo alguno para que se siguiera para ellos la misma práctica establecida en el apartado I b) del Criterio 30/2002, extendiéndoles la doctrina sostenida por la STS de 21 de octubre de 2002, lo que supondría aplicar como criterio de carácter general la sugerencia de la IDT en cuanto a que *"podría fijarse el HC en la fecha de la solicitud si se acreditase en el expediente que las secuelas de las lesiones* o *dolencias por las que se solicitó la prestación estaban fijadas con carácter irreversible y dotadas de efectos invalidantes en el momento de la solicitud".*

Sin embargo, considera esta Dirección General que existe un claro obstáculo a efectos de modificar el Criterio 30/2002, apartado I c), y asumir la propuesta de la IDT, obstáculo que consiste en la imperativa aplicación para los supuestos planteados, cualquiera que sea la fecha del HC considerada, de lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, el cual, como ya se ha dicho, determina: *"Cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, la declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes, sólo tendrá lugar a instancia de parte. En tales supuestos, los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud",* determinación que va unida al

deficiente desarrollo del citado real decreto en materia de HC por parte de la Orden de 18 de enero de 1996.

Aunque ya se señaló más arriba que no cabe con carácter general la equiparación entre la fecha de efectos económicos y la fecha del HC, aceptar que la Orden de 18 de enero de 1996 sitúa también en la fecha del dictamen del EVI el HC de la IP en los grados de IPA o GI cuando se solicita desde la situación de no alta llevaría, inevitablemente y por aplicación del citado artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, a que los efectos económicos de la pensión debieran tener lugar antes de producirse el HC, lo que es contrario a la regla general que rige en nuestro sistema de Seguridad Social, conforme a la cual el hecho causante está conectado al inicio del derecho a la prestación, devengándose las prestaciones a partir del mismo (STS, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 1994).

Lo deseable habría sido que la mencionada Orden de 18 de enero de 1996 hubiera regulado expresamente la determinación del HC para los indicados supuestos de no alta, por ejemplo, especificando que éste sería la fecha de solicitud cuando en el dictamen del EVI se considerase que las secuelas de las lesiones o dolencias por las que se solicitó la prestación habían quedado fijadas ya con el carácter de irreversibles y dotadas de efectos invalidantes en ese momento de la solicitud, pero situándolo en la fecha de dicho dictamen en el caso de que el EVI no lo aprecie así pero estime que las lesiones constitutivas de IPA o GI ya han quedado consolidadas en la fecha del dictamen.

Esta previsión evitaría que pudieran darse casos en los que en la fecha de solicitud de la pensión de IP desde la situación de no alta todavía no estuviera consolidada la situación de IPA o de GI, pero sí lo esté en la fecha del dictamen del EVI, debiendo reconocerse, sin embargo, los efectos económicos de la pensión antes de que la situación incapacitante esté consolidada, casos que la regulación actual permite que puedan producirse.

Al no haberse procedido de la forma indicada, o mediante alguna fórmula similar, en tanto no se modifique el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, o se modifique la fecha de efectos económicos de la prestación regulada en el artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, no cabe otra conclusión que estimar que la fecha del HC para pensiones de IP en los grados de IPA o GI que se solicitan desde la situación de no alta debe situarse en la fecha de solicitud de la pensión.

Conclusión

Por los motivos expuestos, considera esta Dirección General que, en tanto no se modifique el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 precisando expresamente la fecha del HC aplicable en supuestos solicitud de la pensión de IP cuando el EVI considere la incapacidad en el grado de IPA o GI, o se modifique la fecha de efectos económicos de la prestación establecida en el artículo 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, solo cabe fijar la fecha del HC en los indicados supuestos en la fecha de solicitud de la pensión, ya que en otro caso los efectos económicos de ésta serían anteriores a la fecha del HC, lo que es contrario a la regla general de nuestro sistema de Seguridad Social, según la cual el HC está conectado al inicio del derecho a la prestación, devengándose las prestaciones a partir del mismo.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Abreviatura: RECRT
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/xtgco

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - — Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - — Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - — Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

  RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Las secciones Editorial y las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho Extranjero; Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; y Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo) se encuentran excluidos del proceso de revisión por

pares de doble ciego.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.

    b) Actualidad y novedad.

    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

    d) Significación para el avance del conocimiento científico.

    e) Calidad metodológica contrastada.

    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

- Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá

a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

- Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

- Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

- Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

- La Revista Crítica de Relaciones de Trabajo provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público.

- Por ello, los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, con el debido reconocimiento y sin que pueda hacer un uso comercial del trabajo ni mezclar, transformar o crear a partir del material publicado. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

- Los derechos morales sobre la obra pertenecerán a sus autores y los derechos patrimoniales serán cedidos a la Editorial Laborum que, como se ha comentado, publicará los trabajos bajo una licencia creative commons BY-NC-ND 4.0. No obstante, los autores pueden publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

- Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

— **Compromisos para los autores**

— **Originalidad en los trabajos:** Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— **Publicaciones múltiples o repetitivas:** El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— **Listado de fuentes:** Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— **Autoría:** En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— **Errores o erratas en los artículos publicados:** Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— **Responsabilidad:** todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

— **Compromisos para los revisores**

— **Contribución a la decisión editorial:** La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— **Tiempos de revisión:** La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

— **Compromisos de los editores**

— **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum EDICIONES

ISSN 2792-7970