# Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

1er Trimestre 2024 nº 10

*Sumario:*

Dirección: José Luis Monereo Pérez

**Editorial**

- Observaciones sobre el sistema normativo de tutela de los riesgos psicosociales en clave de género: por un enfoque transversal e integrador
  *José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta*

**Estudios Doctrinales**

- La orientación sexual de los trabajadores en la negociación colectiva
  *Beatriz Agra Viforcos*
- El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en la retribución, en las prestaciones de Seguridad Social y en la economía familiar
  *María Areta Martínez*
- La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo
  *Marina Fernández Ramírez*
- ¿Es posible aplicar los principios de la bioética en las relaciones laborales?
  *Isabel Marín Moral*
- El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral
  *Esther Guerrero Vizuete*
- La Libertad Sindical como motor de la prosperidad
  *Gloria María Montes Adalid*

**Estudios de Doctrina Judicial**

- Accidente de trabajo y teletrabajo
  *Pilar Núñez-Cortés Contreras*
- Límites judiciales al derecho a la desconexión digital
  *Ana Aguas Blasco*
- El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023)
  *Raquel Coterillo Laso*
- Nulidad de un despido disciplinario ante la vulneración del derecho fundamental a la libertada ideológica -Comentario a la STC de 3 de julio de 2023-
  *Rafael José López Bedmar*
- La validez de las cláusulas de garantía de condiciones laborales para trabajadores en contratas tras la aprobación del art. 42.6 ET. A propósito de la STSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de abril de 2023
  *José Manuel Sánchez Torrado*

**Derecho Comparado y Derecho Extranjero**

- La laboralidad de los trabajadores de plataformas en Alemania, a la luz de los progresos actuales
  *Holger Brecht-Heitzmann*

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

- La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho
  *José Luis Monereo Pérez*

**Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas**

- Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
  *María Nieves Moreno Vida*

**Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo**

- 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

1er Trimestre 2024 nº 10

© 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, *Profesor Titular 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, *Contratada predoctoral 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, *Profesor Titular 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*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento 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 Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)*
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

# Índice


**EDITORIAL** **11**

**OBSERVACIONES SOBRE EL SISTEMA NORMATIVO DE TUTELA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN CLAVE DE GÉNERO: POR UN ENFOQUE TRANSVERSAL E INTEGRADOR ..... 13**

José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: ANÁLISIS DE CIFRAS ..... 14
2. OPTIMIZACIÓN DEL RENDIMIENTO ..... 15
3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE RIESGO PSICOSOCIAL ..... 16
4. LA MAYOR EXPOSICIÓN DE LAS MUJERES ..... 18
5. LA PREVALENCIA ENTRE LAS MUJERES DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA: AVANCES NORMATIVOS ..... 20
6. LA GESTIÓN REPARADORA ..... 31

**ESTUDIOS DOCTRINALES** **35**

**LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS TRABAJADORES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ..... 37**

Beatriz Agra Viforcos

1. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN Y ACOSO EN EL TRABAJO ..... 37
2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA LEY LABORAL ESPAÑOLA. EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL CORRESPONDIENTE AL CONVENIO ..... 39
3. EL TRATAMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LOS CONVENIOS ..... 45
4. BIBLIOGRAFÍA ..... 61

**EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LA RETRIBUCIÓN, EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LA ECONOMÍA FAMILIAR ..... 65**

María Areta Martínez

1. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL: CONFIGURACIÓN LEGAL ..... 65
2. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LA RETRIBUCIÓN ..... 68
3. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL ..... 82
4. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LA ECONOMÍA FAMILIAR ..... 84
5. CONCLUSIONES ..... 95
6. BIBLIOGRAFÍA ..... 100

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE LA DIGITALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO ..... 101**

Marina Fernández Ramírez

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO ..... 102
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA ANTE EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL TRABAJO ..... 105
3. OBSTÁCULOS QUE FRENAN LA CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESTE ÁMBITO ..... 108
4. CONCLUSIONES CRÍTICAS FINALES ..... 119
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA ..... 119

**¿ES POSIBLE APLICAR LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES?.....123**
Isabel Marín Moral
1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO .....123
2. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA BIOÉTICA.....124
3. ÉTICA VERSUS BIOÉTICA.....125
4. POR QUÉ HABLAR DE BIOÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES.....127
5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA.....129
6. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA LABORAL.....131
7. CONCLUSIONES.....143
8. BIBLIOGRAFÍA .....144

**EL PAPEL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO TRAS LA LEY 3/2023 DE 28 DE FEBRERO: DE LA CASACIÓN DE OFERTAS Y DEMANDAS DE EMPLEO A LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO INTEGRAL DE INTERMEDIACIÓN LABORAL.....147**
Esther Guerrero Vizuete
1. INTRODUCCIÓN.....147
2. HACIA UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL MÁS ACTIVA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO.....149
3. EL PAPEL PROTAGONISTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO EN LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS USUARIAS DE SERVICIOS DE EMPLEO.....156
4. REFLEXIÓN FINAL.....160
5. BIBLIOGRAFÍA .....161

**LA LIBERTAD SINDICAL COMO MOTOR DE LA PROSPERIDAD .....163**
Gloria María Montes Adalid
1. LA LIBERTAD COMO PILAR DE LA EVOLUCIÓN SOCIAL .....163
2. LA LIBERTAD SINDICAL EN EL ÁMBITO LABORAL: CONCEPTO Y PRINCIPALES HITOS HISTÓRICOS .....164
3. UNA BREVE REFERENCIA A LA TITULARIDAD Y EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL: PERSPECTIVAS INDIVIDUAL Y COLECTIVA.....170
4. UNA VISIÓN ACTUALIZADA DE LA LIBERTAD SINDICAL.....174
5. RETOS Y DESAFÍOS ACTUALES: LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS SOCIEDADES MODERNAS.....180
6. BIBLIOGRAFÍA .....181

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 183**

**ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO.....185**
Pilar Núñez-Cortés Contreras
1. ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO: UN BINOMIO CONFLICTIVO .....186
2. CONSIDERACIONES PREVENTIVAS EN RELACIÓN CON EL TELETRABAJO.....187
3. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DEL ACCIDENTE EN EL TELETRABAJO.....187
4. LA COMPLEJA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO .....188
5. REFLEXIONES FINALES .....192
6. BIBLIOGRAFÍA .....192

**LÍMITES JUDICIALES AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL.....193**
Ana Aguas Blasco
1. INTRODUCCIÓN.....193
2. EL DERECHO AL DESCANSO.....195

3. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL....197
4. LÍMITES AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES....201
5. REFLEXIONES FINALES....208
6. BIBLIOGRAFÍA....209

**EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA NO COMPRENDE EL CAMBIO DEL SISTEMA DE TRABAJO A TURNOS (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023)....213**
Raquel Coterillo Laso
1. GÉNERO Y CONCILIACIÓN: UN ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO....213
2. LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023 (REC. 3576/2020)....222
3. VALORACIÓN CRÍTICA....228
4. BIBLIOGRAFÍA....230

**NULIDAD DE UN DESPIDO DISCIPLINARIO ANTE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD A IDEOLÓGICA -COMENTARIO A LA STC DE 3 DE JULIO DE 2023-....231**
Rafael José López Bedmar
1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA FIGURA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO CON IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CORRESPONDIENTE NULIDAD COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO....232
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79/2023, DE 3 DE JULIO....236
3. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS....243
4. BIBLIOGRAFÍA....245

**LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA DE CONDICIONES LABORALES PARA TRABAJADORES EN CONTRATAS TRAS LA APROBACIÓN DEL ART. 42.6 ET. A PROPÓSITO DE LA STSJ DE CANARIAS, SALA DE LO SOCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, DE 28 DE ABRIL DE 2023....247**
José Manuel Sánchez Torrado
1. CONTEXTO DE LA SENTENCIA....248
2. STSJ DE CANARIAS, SALA DE LO SOCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIAS, DE 28 DE ABRIL DE 2023....249
3. COMENTARIO CRÍTICO....256
4. BIBLIOGRAFIA....260

**DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 263**

**LA LABORALIDAD DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS EN ALEMANIA, A LA LUZ DE LOS PROGRESOS ACTUALES....265**
Holger Brecht-Heitzmann
1. INTRODUCCIÓN....265
2. EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL SENTIDO DEL PARÁGRAFO 611A DEL CÓDIGO CIVIL....266
3. CONCEPTO EUROPEO DE TRABAJADOR....270
4. CONCLUSIÓN....274

## ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 277

**LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL CAPITALISMO (PARTE I): CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....279**
José Luis Monereo Pérez
1. LA JURIDIFICACIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO .....283
2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICO-JURÍDICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL ORDEN ECONÓMICO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO SOCIAL.....327

## CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 335

**CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS.....337**
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA, LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS .....337
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA .....358
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....366
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS .....367

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 375

**CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO..377**
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. PRÁCTICAS FORMATIVAS. PRÁCTICAS EXTERNAS INCLUIDAS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN. INCLUSIÓN DE LOS ALUMNOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. REFUNDICIÓN DE CRITERIOS ADMINISTRATIVOS.....377
2. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. HOMBRES. EFECTOS DE LA STS 21 FEBRERO DE 2024 .....426

# Editorial

Laborum

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# Observaciones sobre el sistema normativo de tutela de los riesgos psicosociales en clave de género: por un enfoque transversal e integrador

# Observations on the regulatory system for the protection of psychosocial risks in terms of gender: for a cross-cutting and inclusive approach

José Luis Monereo Pérez
*Catedrático 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

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
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
*Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.*
*Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum*
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Observaciones sobre el sistema normativo de tutela de los riesgos psicosociales en clave de género: por un enfoque transversal e integrador». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 13-33.

*"Los Estados Miembros tienen la importante responsabilidad de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos y prácticas, y que todos los actores del mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos […]. La violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y reconociendo también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo".*
Preámbulo del Convenio OIT sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)

## 1. LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: ANÁLISIS DE CIFRAS

Desde los orígenes del ordenamiento social, en general, y del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en particular, la valoración de los riesgos laborales ha venido pivotando sobre la consideración de los "métodos de trabajo inseguros" en el marco de las actividades industriales peligrosas con exposición a agentes físicos, químicos o biológicos. Por tal motivo, a lo largo de un amplio período de tiempo, el concepto de condiciones de trabajo en este ámbito venía a circunscribirse a las "materiales (máquinas, instalaciones, locales, herramientas, productos, etc.) y al entorno ambiental más inmediato (temperatura, humedad, ruido, humos, vapores, etc.)", siendo a éstas a las que, sin lugar a dudas, mayor atención ha venido prestando tanto el legislador como la doctrina judicial y científica. Sin negar la importancia de continuar enfrentándose a los peligros tradicionalmente tomados en consideración, es menester ampliar las miras y contemplar un contenido más extenso, incorporando al elenco de riesgos a erradicar o minorar los denominados psicosociales, relacionales y organizacionales, que van progresivamente intensificando su incidencia y magnitud evidenciándose un incremento exponencial de los casos de enfermedades vinculadas a la salud mental de las personas trabajadoras[1].

Aun cuando la presencia de estos riesgos se detectó hace cerca de cien años, siendo objeto de atención más detenida desde la década de los setenta del siglo XX, lo cierto es que su prevención ha sido y sigue siendo, en líneas generales, muy deficiente[2]. No constituye ningún secreto que los riesgos profesionales vinculados a la salud mental de las personas trabajadoras han venido siendo claramente postergados dentro del complejo entramado de obligaciones vinculado a la prevención de riesgos laborales[3]. Y ello pese al reconocimiento y garantía al máximo nivel jurídico del derecho al disfrute del bienestar biopsicosocial de la mano del art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[4], así como de la postura firme de la OIT, que pugna por el reconocimiento de la salud en el trabajo en cuanto a equilibrio físico y psíquico como derecho humano fundamental.

Si bien hay que reconocer que sobre los riesgos corporales derivados del trabajo (golpes, caídas, ruido, vibraciones, cortes, atrapamientos, etc.), existe una consolidada cultura preventiva, no sucede así y con la misma intensidad respecto de los riesgos psicosociales, cuyos daños en el bienestar de las personas trabajadoras pueden revestir la severa gravedad, máxime cuando el impacto atribuido a estos factores sobre la salud mental de las personas trabajadoras ha adquirido, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde una perspectiva cualitativa, una envergadura tal que, ahora mismo, en el nuevo contexto productivo, constituye uno de los principales retos en el campo de la prevención de los riesgos laborales[5].

---

[1] Molina Navarrete, C.: "Redescubriendo el lado humano de los riesgos globales y su proyección en la actualidad jurídico-laboral: cuidar cabezas y corazones sin descuidar carteras", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros*), núm. 437-428, 2019, pp. 13 y ss.

[2] Uris Loret, J.M.: ¿Cómo afectan a las trabajadoras los riesgos psicosociales?", *Justicia&Trabajo*, núm. 1, 2022, pp. 133 y ss.

[3] Tascón López, R.: "Algunos aspectos actuales críticos sobre la tutela de la salud de las personas trabajadoras", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 111.

[4] Monereo Pérez, J.: "Condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31.1)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 739-782. Asimismo, resulta especialmente relevante, Monereo Pérez, J.: "Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2 Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa; El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 395-429.

[5] Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital [2021/2098(INI)] (recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279_ES.html; fecha de la consulta: 30 de abril de 2023).

La enjundia del problema no puede ser minusvalorada, pues según el último Informe del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), el 45% de los trabajadores en España sienten que su entorno laboral podría afectar de manera negativa a su salud mental, porcentaje que aumenta hasta el 50% en sectores como transporte, finanzas y salud. El Libro Blanco de Salud Mental y Emocional de la Asociación Española de Recursos Humanos señala que el 14,3 por 100 de las bajas laborales del año 2021 fueron por motivos de salud mental y el absentismo laboral por enfermedad mental en 2022 alcanzó el 3,2 por 100 del PIB. El Informe la Salud Laboral en cifras afirma que entre el 11 y el 27 por 100 de los trastornos de salud mental en España se pueden atribuir a las condiciones de trabajo.

## 2. OPTIMIZACIÓN DEL RENDIMIENTO

Desde hace ya algunos años, se puede constatar una doble tendencia en el mercado de trabajo, pues confluyen, de un lado, un imparable avance tecnológico que camina hacia la digitalización en todos los niveles y la máxima automatización de los procesos, y, de otro, una creciente sensibilidad ecológica que reclama un reajuste "verde" de la economía[6]. La revolución digital en el marco de la sostenibilidad ambiental 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). El ser humano, en su conjunto, se convierte en una "máquina del rendimiento"; pero, a diferencia de lo que sucedería con las genuinas máquinas (aunque estas también ven agotarse cada vez más pronto su tiempo útil, con la llamada obsolescencia programada), tiene un "lado adverso", un reverso tenebroso de la libertad de poder rendir al máximo, lo cual produce "un cansancio y agotamiento excesivos, (de manera que) el exceso del aumento del rendimiento provoca el infarto del alma"[7].

Un entorno laboral harto exigente y cambiante, altamente tecnificado muchas veces por exigencias de la descarbonización ambiental, va a ser determinante para que se sufran todo tipo de patologías, tanto alteraciones físicas (dolores de cabeza, trastornos gastrointestinales, inmunológicos, cardiovasculares, músculo-esqueléticos…), cuanto psicológicas (dificultad para la concentración, confusión, irritabilidad, angustia, pánico, depresión, ansiedad, soledad, adicciones…), que en su manifestación más extrema pueden desencadenar en graves patologías neuronales e incluso en un suicidio[8]. Las múltiples respuestas pueden ser, por tanto -permítase la reiteración-, de tipo fisiológico (reacciones neuroendocrinas), emocional (sentimientos de ansiedad, depresión, alienación, apatía u otros análogos), cognitivo (restricción de la percepción, de la habilidad para la concentración, la creatividad o la toma de decisiones, etc.) y conductual (consumo de alcohol, drogas u otras sustancias, violencia, asunción de riesgos innecesarios o distintas formas de actuar de similar tenor)[9].

---

[6] Álvarez Cuesta, H.: "El futuro del trabajo después de la pandemia y los empleos del futuro", *Gaceta Sindical*, núm. 35, 2020, p. 157.

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

[8] Véase Monereo Pérez, J.L. Y López Insua, B.M: *El suicidio del trabajador y su calificación en el Derecho social,* Albacete, Bomarzo, 2018, que constituye la primera monografía en nuestro país sobre el suicidio como posible accidente de trabajo; Fernández Collados, M.B.: "La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 64; Olarte Encabo, S.: "Trabajo, salud mental y suicidio: criterios técnicos para su consideración laboral", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 3, 2023, pp. 43 y ss.

[9] Fernández Domínguez, J.J. y Prieto Padín, P.: "Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, p. 213.

La nueva forma de gestión tecnológica y de la lucha contra el cambio climático provoca lacerantes peligros para la salud de las personas trabajadoras, de suerte que los centros de trabajo acaban convirtiéndose en "sociedades neuróticas del trabajo", donde crece la tensión psicológica con manifestaciones múltiples propias del trabajo cibercientífico verde, edificado sobre lo digital y el respeto al medio ambiente. El listado deviene, así, interminable: la fragmentación del trabajo, la prolongación de la jornada, la intensificación de la carga mental, el aislamiento, la inestabilidad, la precariedad, la flexibilización, la telesubordinación asociada a los nuevos sistemas de supervisión, la delgada línea divisoria entre el trabajo y la vida privada, la demanda de una constante recualificación, la necesidad de resolución de problemas no siempre bien definidos, la continua conectividad, la adaptación permanente a la evolución de la técnica, la gestión del trabajo de las personas mediante algoritmos, caídas de red, pérdidas de empleo, etc[10].

Bajo tales premisas, no cabe sino sentar que "la optimización del rendimiento empresarial no puede convertirse en exclusivo Santo Grial de los procesos productivos", debiendo tenerse en cuenta los referidos factores psicosociales en el proceso de prevención, pues, de lo contrario, el resultado predecible vendrá dado por la aparición de trastornos tales como la ansiedad, el estrés, la fatiga crónica, la depresión, las disfunciones adaptativas y un largo etcétera de preocupantes problemas vinculados a la salud mental de las personas trabajadoras[11].

La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre salud mental en el mundo laboral digital, ha supuesto una importante llamada de atención sobre la intolerable falta de atención a la que esta cuestión se ve sometida en la práctica cotidiana y a la necesidad de implementar cauces efectivos para lograr prevenir los potencialmente gravísimos riesgos profesionales derivados del nuevo contexto tecnológico en el marco de la salud mental[12]. En esta misma línea, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 señala que "las transiciones digital y climática, conllevan riesgos nuevos o emergentes que afectan a la seguridad y salud de las personas, y que las empresas deben estar en disposición de gestionar adecuadamente con el apoyo de los poderes públicos…., (dispensando especial atención a la) salud mental y riesgos psicosociales".

## 3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE RIESGO PSICOSOCIAL

Aun cuando la materialización del riesgo psicosocial depende de múltiples factores (ámbito funcional -siendo mayor en sectores como la banca o la Administración-, condiciones de trabajo, instrumentos utilizados, herramientas manejadas e incluso circunstancias y características personales de la persona trabajadora), lo cierto es que hay determinados factores preponderantes que, más allá del descubrimiento observacional, permiten constatar una auténtica causalidad[13].

Según el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT), el concepto de factores de riesgo psicosocial hace referencia a "aquellas condiciones que se encuentran

[10] Nota Técnica de Prevención (NTP) 1122: Las tecnologías de la información y la comunicación 1: nuevas formas de organización del trabajo, 2018 ó NTP 1123: Las tecnologías de la información y la comunicación II: factores de riesgos psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo, 2018. También, EU-OSHA: EU-OSHA: Foreseigth on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 20125, 2018. https://osha.europa.eu/en/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks-associated/view

[11] Tascón López, R.: "Algunos aspectos actuales críticos sobre la tutela de la salud de las personas trabajadoras", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 112.

[12] Tascón López, R.: "Reflexiones a partir de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital", *Revista Crítica de Derecho del Trabajo*, núm. 5, 2022, pp. 39 y ss.

[13] Miñarro Yanini, M.: "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, p. 19.

presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo"[14]. Pueden distinguirse, por tanto, dos tipos de factores de riesgo psicosocial. Por un lado, los relacionados con las condiciones laborales; y, por otro, los que tienen que ver con la organización del trabajo y la estructura de la empresa[15]. Bajo tales premisas, varias Notas Técnicas de Prevención de este Instituto (NTP) se dirigen, a modo de guías de ayuda, a prevenir este tipo de riesgos, pudiendo mencionar como más significativas: la NTP 318: El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral; NTP 349: Prevención del estrés: intervención sobre el individuo; NTP: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial; NTP 450: Factores psicosociales: fases para su evaluación; NTP 702: El proceso de evaluación de los factores psicosociales; NTP 926: Factores psicosociales: metodología de evaluación o NTP 1123: Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo[16].

Cabe hacer mención también al Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo núm. 104/2021, 13 de abril, sobre riesgos psicosociales, que atiende a la siguiente clasificación de factores desencadenantes[17]: "1) contenido del trabajo: monotonía, tareas sin sentido, fragmentación, falta de variedad, tareas desagradables, por las que se siente rechazo; 2) carga y ritmo de trabajo: carga de trabajo excesiva o insuficiente, presión de tiempo, plazos estrictos; 3) tiempo de trabajo: horarios muy largos o impredecibles, trabajo a turnos o nocturno; 4) participación y control: falta de participación en la toma de decisiones, falta de control (por ejemplo, sobre el método, el ritmo de trabajo, los horarios o el entorno); 5) cultura organizacional: comunicaciones pobres, apoyo insuficiente ante los problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos; 6) relaciones personales: aislamiento, relaciones insuficientes, conflictos, malas relaciones, conductas inadecuadas; 7) rol: ambigüedad, conflicto de rol, responsabilidad sobre otras personas; 8) desarrollo personal: escasa valoración social del trabajo, inseguridad en el trabajo; falta o exceso de promoción y 9) interacción casa-trabajo: conflicto de exigencias, problemas de doble presencia".

Como es fácil intuir, este conjunto de contrariedades pueden suponer el preludio de episodios de estrés, fatiga, burnout, trastornos adaptativos o, entre otras manifestaciones, acosos. Eventualidades que, por si lo anterior no resultara suficiente, son capaces de evolucionar al compás de las mutaciones en los entornos productivos o en las maneras de trabajar[18], máxime cuando estas lesiones no derivan solo de las exigencias del puesto (concentración, esfuerzo, rendimiento, carga de trabajo…) ni de los aspectos organizativos anteriormente esbozados, sino de la propia individualidad del sujeto y, por supuesto, de elementos extralaborales. Concurre, por tanto, una multifactorialidad que dificulta la identificación del origen y el diseño de soluciones adecuadas[19].

[14] NTP 443: Factores psicosociales, metodología de evaluación, 1997.

[15] OIT: *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*, Ginebra, 2016.

[16] González Vidales, C.: "Seguridad y salud en la era digital", *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, Mella Méndez, L. y De Muñagorri, R.E. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 702.

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

[18] Megino Fernández, D.: "Digitalización, prevención de riesgos laborales y negociación colectiva, *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 375.

[19] 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", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 66.

Esta compleja realidad llevará a plantear como necesario un cambio en la manera de afrontar la prevención de riesgos, que se integre de lleno en el propio proceso productivo, incorporando un verdadero planteamiento proactivo capaz de alcanzar el bienestar emocional de las personas trabajadoras[20]. Al tiempo, desde el punto de vista empresarial, tal visión preventiva contribuirá a evitar que las empresas acaben experimentando serios perjuicios a raíz de un incremento de los índices de absentismo, un pronunciado descenso de los niveles de productividad, un sustancial deterioro de su imagen reputacional (interna y externa) o un notable empeoramiento de los resultados financieros[21].

En todo caso, esta vía de actuación preventiva con un doble efecto positivo (subjetivo y productivo) debe de considerar como premisa ineludible de partida la variable de género, no solo porque trabajadores y trabajadoras siguen sin desarrollar los mismos oficios, sino también porque, aun haciéndolo, los riesgos inciden en unos y otras de manera desigual. Influye en ello la morbilidad diferencial, a partir de la cual existen enfermedades que solo afectan a un sexo, otras con mayor prevalencia en hombres o en mujeres o, en fin, patologías que se presentan de forma diferente o con distintos factores de riesgo para cada grupo, todo lo cual implica en muchos casos la necesidad de tratamientos o posologías no coincidentes[22]. Precisamente, ante esta disímil realidad, reconocer la idoneidad de una orientación de género en lo atinente a la prevención de riesgos laborales debe alcanzar manifestación señera en materia de riesgos psicosociales.

## 4. LA MAYOR EXPOSICIÓN DE LAS MUJERES

Las diferencias biológicas entre hombres y mujeres en el crecimiento, metabolismo, ciclos reproductivos, hormonas y procesos de envejecimiento, hacen que, incluso cuando unos y otras están igualmente expuestos a un riesgo o enfermedad, las consecuencias para la salud puedan ser diferentes para cada sexo[23]. Es más, los hombres y las mujeres se enferman o accidentan de diferente forma, no sólo por las diferencias biológicas entre ambos sexos, sino también por razón de género donde las disparidades de tipo social se han convertido en un elemento clave para explicar la distribución desigual frente la exposición a los peligros laborales[24].

La salud laboral de hombres y mujeres es, pues, diferente, porque existen una serie de factores biológicos (genéticos, hereditarios, fisiológicos, etc.) que determinan el funcionamiento y el riesgo de enfermar de los cuerpos de unos y otras, y es desigual porque concurren otra serie de condicionantes sociales, explicados por el género, que influyen de forma injusta sobre la salud de varones y féminas. En gráfica expresión, entre unos y otras se dan diferencias biológicas con potencial para que su salud se vea damnificada de forma diversa por la incidencia de análogos agentes y métodos; asimismo,

[20] Tascón López, R.: "Algunos aspectos actuales críticos sobre la tutela de la salud de las personas trabajadoras", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 109.

[21] González Cobaleda, E.: "Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. extraordinario, 2019, p. 101.

[22] 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", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 59.

[23] Garrigues Giménez, A.: "La dimensión preventiva de la Covid-9 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión --o no—de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia", *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, ", Monereo Pérez, J.L; Rivas Vallejo, P.; Moreno Vida, M.N. Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 583.

[24] 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", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 60.

concurren estereotipos consolidados a partir de los cuales se verán amenazados por riesgos distintos o lo harán en un grado dispar. Los accidentes de trabajo de los varones son debidos, principalmente a riesgos físicos, es decir son accidentes con consecuencias claras y evidentes, mientras que las mujeres están expuestas a factores cuyas consecuencias son, a veces, difíciles de detectar o se presentan a más largo plazo, por desarrollar actividades de servicios con exposición a riesgos, principalmente, ergonómicos y, por lo que aquí interesa, psicosociales[25].

Como con acierto se ha señalado, las mujeres presentan mayor vulnerabilidad que los hombres al sufrimiento de estrés psicológico, depresión o ansiedad, al tiempo que manifiestan mayores respuestas sintomáticas de evitación, intrusión e hiperactivación[26]. Insistiendo en esta idea, las estadísticas dan muestras de que las mujeres se ven más afectadas por dolencias somáticas, cognitivas y problemas internalizantes, siendo en ellas más frecuentes diagnósticos como depresión o ansiedad, fobia social o crisis de pánico, mientras que en los hombres, generalmente, aparecen puntuaciones más elevadas en sintomatología externalizante, siendo más propensos a desarrollar trastornos antisociales, tendiendo a exteriorizar emociones de modo negativo e impulsivo[27]. Por su parte, el Informe del 2021 sobre alcohol, tabaco y otras drogas ilegales en España realizado por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones, pone de manifiesto que el mayor inicio del consumo de hipnosedantes con o sin receta tiene lugar entre las mujeres de 35 a 64 años[28].

Es preciso reconocer también la necesidad de dar solución a los problemas psicológicos provocados por la "doble o triple jornada" de perfil marcadamente femenino, que implica una carga real de actividad capaz de sumirlas en nada despreciables estados psicosomáticos negativos (ansiedad, angustia, desamparo, impotencia, inseguridad e insomnio), acompañados de una "pobreza de tiempo disponible para el ocio". Además, las mujeres se desenvuelven en unas situaciones económicas más adversas derivadas de un mayoritario trabajo a tiempo parcial y de una palmaria minusvaloración salarial. La angustia derivada de la precariedad de las condiciones laborales (estrés económico o "rustout"), la inseguridad en el puesto, la inexperiencia y el temor a quedarse sin empleo o ver reducidos los ingresos genera elevadas dosis de incertidumbre para las féminas[29]. La extensión de los "minijobs" y su peculiar forma de retribución, que evitan el desempleo completo pero proporcionan escasos ingresos pecuniarios, unida a la amenaza ante la posible pérdida del empleo, pueden provocar en las mujeres afectadas una situación de choque, marcada por una desvalorización personal con importantes sentimientos de derrotismo, fracaso, inseguridad e, incluso, vergüenza, intensa amargura con impulsos de cólera, ideas suicidas o abuso (por solo mentar las adicciones más corrientes) de medicamentos[30]. Significativa es la Encuesta de Condiciones de Vida desarrollada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), que determina que, en 2022, la tasa AROPE – *at risk of poverty and/*

[25] Pérez Campos, A.I.: "Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos", *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2020, p. 281.

[26] Citando a Rodríguez-Rey et al: Physchological impact and Asociated Factors during the initial Stage of the coronavirus (COVID-19) Pandemic among the General Population in Spain, Frontiers in Psychology, T.I, Meneghel, I. y Cruz-Ortiz, V.: "Retos psicosociales de las organizaciones para impulsar un teletrabajo saludable más allá de la pandemia", *Teletrabajo y conciliación en el contexto de la Covid-19*, León Llorente, C. (Ed.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 124.

[27] Blanco Fernández, S.; Velasco Rodríguez, J. y González País, C.: "Despidos disciplinarios por fraude en incapacidades temporales: ¿qué simulamos y por qué?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, p. 115.

[28] Observatorio Español de las drogas y las adicciones, Informe. 2021. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2021.

[29] Ríos Velada, A.: "La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 222.

[30] Buendía, J.: "Desempleo y salud mental", *Empleo, estrés y salud*, Buendía, J. y Ramos, F. (Coords.), Madrid, Pirámide, 2001, p. 155.

*or exclusión* – es dos puntos superior en mujeres, situándose en un 27,2% frente al 24,8% en los hombres. El 8,2% de las mujeres sufren carencia material severa frente a un 7,2% de los hombres, esto es, no disponen de ciertos elementos en el hogar o la vida cotidiana (la posibilidad de irse de vacaciones, comer proteínas al menos dos días por semana, tener una temperatura adecuada en casa, afrontar gastos imprevistos, etc.) o a nivel personal (sustituir ropa estropeada, disfrutar de momentos de ocio, tener conexión a internet, etc.).

Y, cómo no, sin descartar la incidencia de este riesgo sobre los hombres, lo cierto es que las mujeres son las principales víctimas de acoso sexual y acoso por razón de sexo en el marco laboral, agravados por las facilidades tecnológicas.

## 5. LA PREVALENCIA ENTRE LAS MUJERES DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA: AVANCES NORMATIVOS

Según los datos de la Organización Internacional del Trabajo, una de cada cinco personas empleadas afirmó, en el año 2021, haber sufrido violencia y acoso en el trabajo durante su vida laboral (es decir, 743 millones de personas). En todos los tipos de violencia que identifica el informe, física, psicológica y sexual, hay una mayor preponderancia de la violencia hacia la mujer que se dispara en la última tipología mencionada. Otros análisis, como la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer de 2019 (publicada en 2020) realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, evidencia que del total de mujeres de 16 o más años residentes en España, el 40,4% (más de ocho millones) ha sufrido acoso sexual en algún momento de su vida y que 1 de cada 5 de ellas lo sufrió en el ámbito laboral. Respecto del acoso por razón de género, aunque existen menos datos, un estudio reciente realizado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras en 2021 advierte que el 80% de las mujeres encuestadas manifiestan haber sufrido algún tipo de discriminación en el trabajo basada en el sexo que podría ser constitutiva de acoso por tal razón[31].

A la situación de degradación de la dignidad individual propia de la violencia y particularmente del acoso, las nuevas tecnologías facilitan la difusión y divulgación de contenidos con un evidente alcance social, lo que logra proyectar los efectos de las agresiones más allá del entorno individual de la víctima. La mayor facilidad para difundir datos íntimos, la propagación fácil de imágenes, videos, grabaciones, comentarios o mensajes, encuentra en las mujeres un destinatario fácil debido a los estereotipos culturales vinculados al comportamiento personal y sexual. Ello explica que la Estrategia Europea de Igualdad de Género 2020-2025 haya indicado que es necesario prestar particular atención a la violencia *on line* dirigida contra las mujeres con carácter general y en las relaciones de trabajo en particular, no sólo debido a su aumento exponencial, sino a que representa un verdadero obstáculo a la participación de las féminas en la vida pública.

Sin duda, el colectivo femenino se halla sometido a un riesgo manifiesto cual es el acoso sexual (tendente a conseguir una satisfacción de carácter libidinoso) o el acoso moral por razón de género (agresiones, humillaciones o vejaciones repetidas y realizadas de forma premeditada con intención de perjudicar y reducir a la víctima, demostrando el desprecio que le merece al sujeto activo), capaces de producir importantes daños emocionales[32]. En otros casos, y de manera fundamental en ocupaciones tradicionalmente masculinas, en organizaciones con marcados roles de género o cuando la mujer mantiene una posición jerárquica superior, se producen comportamientos de rechazo de

[31] Estadísticas ofrecidas por Garrido Palacios, M.A. y Guamán Fernández, A.: "La responsabilidad por las violaciones de derechos laborales cometidas en los momentos previos al contrato: empresas de selección y violencias sexogenéricas en el ámbito laboral", *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociacion Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 437.

[32] Martín Hernández, M.L.: "Acoso sexual", *Carta Laboral*, núm. 29, 2000, p. 91.

los compañeros, quienes no soportan recibir órdenes o directrices de aquélla con un mayor nivel de responsabilidad. Cuando aquél se traduce en hostigamiento psicológico de carácter sistemático y repetitivo, que persigue su exclusión laboral, ha lugar a un verdadero acoso laboral sexista, cuyo objetivo es colocar a la víctima en el lugar que, según las particulares convicciones del agresor, le corresponde por naturaleza[33].

### 5.1. La Ley Orgánica de Igualdad

Insistiendo en conceptos ya mencionados, *de lege data* cabe diferenciar dos términos básicos íntimamente imbricados: el de acoso sexual ("cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo") y el de acoso por razón de sexo ("cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el -mismo- propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo") . La consecuencia de ambas circunstancias es común: "se considerarán en todo caso discriminatorios" [art. 7 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)][34].

Bajo estas variables, las manifestaciones son tan heterogéneas, muchas veces poco explícitas y otras tantas en exceso burdas, que en ocasiones las propias víctimas deciden adoptar un afrontamiento pasivo (ignorar o pasar por alto la situación) ante la ausencia de una línea común capaz de establecer contornos claros de un actuar ilícito. No obstante, cabe mencionar como más señeras: de un lado, el "chantaje sexual", "*quid por quo*" o abuso de autoridad a cargo de quien tiene poder para proporcionar o retirar un beneficio laboral (empleo continuado, salario, formación o promoción profesional, como aspectos más comunes entre un elenco sencillo de completar); de otro, el propio "clima organizacional" o las características de la unidad productiva que facilitan la existencia de un ambiente de cierta tolerancia hacia el acoso (contextos predominantemente masculinos; quejas no tomadas en cuenta o que se percibe como peligroso plantearlas; pocas posibilidades de que los autores sean castigados; falta de compromiso empresarial en una investigación seria, confidencial y con protección frente a posibles represalias; o ausencia de formación a mandos y gestores para identificar cuantos factores contribuyen a que no se produzca y a familiarizarse con sus responsabilidades a estos efectos, y un largo etcétera de todos conocido)[35].

Recurriendo de nuevo a la estadística, normalmente el fin radica en violentar la libertad sexual de la persona acosada, a través de conductas con un claro contenido libidinoso (*unwanted sexual advant*), cuyas repercusiones sobre la estabilidad emocional de la víctima son siempre negativas, provocando una situación psíquica que se suele diagnosticar como trastorno adaptativo con estado emocional ansioso-depresivo. Partiendo de la incuestionable premisa de que a cada persona le corresponde determinar el comportamiento que aprueba o tolera, y de parte de quien, la determinación de qué comportamientos resultan o no molestos es algo que depende de la receptora de las conductas, siendo en este punto irrelevante la intencionalidad del emisor. El acoso puede exteriorizarse, pues, mediante cualquier comportamiento de índole sexual que suponga una ofensa para quien lo recibe con independencia del medio utilizado (incluyendo acciones, gestos, insinuaciones, palabras, escritos e,

[33] Vicente Pachés, F.: "El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo", Romero Burillo, A.M. (Dir.): *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género,* Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 162.

[34] Miñarro Yanini, M.: "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención*", Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, vol. 1, p. 29.

[35] López Arranz, A.: *Violencias de género en el nuevo mercado tecnológico de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 59.

incluso, dibujos) capaz de provocar una tensión emocional a quien se siente hostigado. Por la misma razón, tampoco es necesario que se llegue a materializar el daño. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, "...para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral no es preciso que la lesión se haya consumado, siendo suficiente que exista un riesgo cierto de que la lesión pueda llegar a producirse", de forma que "la tutela reparadora, ex post, resulta ineficaz para proteger la integridad moral y la salud"[36].

En el plano normativo, desde la entrada en vigor de la LOIEMH, se han introducido obligaciones para todas las empresas en el marco del acoso sexual y por razón de sexo, cuyo incumplimiento puede llevar a generar responsabilidades con la imposición de importantes sanciones (arts. 51 y 62). Por un lado, se establecen obligaciones de prevención frente a este tipo de conductas y, por otro lado, deberes dirigidos a poner remedio a las mismas en caso de no ser posible evitarlas, mediante el establecimiento de procedimientos específicos para resolver las denuncias o reclamaciones. Al tiempo, se dota de un papel protagonista a la representación legal de los trabajadores, que les permite realizar diferentes actuaciones como son la adopción de medidas de prevención dirigidas a la plantilla, así como también la puesta en conocimiento de la empresa de comportamientos de este tipo.

Además, el art. 46.2 LOIEMH establece que en el marco de la obligación que tienen las empresas de elaborar e implementar planes de igualdad se pueden incluir medidas preventivas en contra de estas lacras. Asimismo, el art. 48 LOIEMH, en su versión inicial exigía a las empresas, "promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo", y "con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación"[37].

Así, no es de extrañar que la negociación colectiva haya recogido ese mandato legal, incorporando el protocolo de actuación anti-acoso como parte del convenio colectivo, suscribiéndolo como anexo o como instrumento específico en virtud del compromiso asumido en el convenio. Finalmente, la disposición adicional 11ª LOIEMH dio una nueva redacción al art. 4.2 e) ET, señalando que las personas trabajadoras tienen como derechos básicos "el respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección contra el acoso… sexual y el acoso por razón de sexo", y, asimismo, reformó el art. 54.2 g) ET incorporando una nueva causa de despido por motivos discriminatorios, haciéndose expresa mención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo[38].

Si bien podría pensarse que la normativa anteriormente indicada había dado un paso importante para dotar de una mayor protección a la mujer trabajadora con independencia de los instrumentos que se utilicen para llevar a cabo las conductas acosadoras, lo cierto es que, como dificultad sobrevenida, progresivamente y a medida que las nuevas tecnologías han ido alcanzando mayor protagonismo en las relaciones de trabajo, han surgido severas lagunas tuitivas[39].

[36] STC 160/2007, de 2 de julio.

[37] Ramos Quintana, M.: "Violencia de género y relaciones de trabajo en el marco del Convenio 190 de la OIT", *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 2, 2021, pp. 160 y 166.

[38] Jalil Naji, M.: "Trabajo en plataformas digitales y acoso sexual", *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, Mella Méndez, L. y De Muñagorri, R.E. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 416. ó Álvarez del Cubillo, A.: "El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica", *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, p. 190.

[39] De Vicente Pachés, F.: "Acoso en el trabajo por medio de dispositivos digitales y su repercusión en la salud de la persona trabajadora: ¿no es momento de tomarnos en serio su prevención?", *Vigilancia y control en el Derecho del*

Como fácilmente se puede constatar, la realidad es que el acoso, en sus múltiples formas, ha existido desde siempre, si bien ahora con la aparición y el uso masivo de internet, las redes sociales, la telefonía móvil y la inteligencia artificial, se introduce en una nueva dimensión, en un nuevo contexto, en un espacio virtual donde da la impresión de que no existen límites, pues las informaciones o imágenes circulan de manera rápida e indiscriminada amparadas muchas veces bajo el anonimato de los acosadores que se sienten plenamente impunes. Aunque la prueba del ciberacoso, manifestado como la intimidación y hostigamiento a través de la tecnología (bien sea sexual, sexista, moral, discriminatorio, etc), puede considerarse fácil porque la "huella digital" va a permitir determinar con exactitud el contenido de la comunicación a la que se atribuye el carácter lesivo del derecho fundamental de la víctima (mensajes de whatsapp, correos electrónicos, alertas en la intranet…), lo cierto es que presenta algunas características, que hacen difícil aquilatar sus contornos[40].

Así, algunas veces es imposible identificar al autor del comportamiento acosador amparado a través de un texto anónimo o bajo la argucia de un perfil falso o de la suplantación de su identidad. Ciertamente estos problemas podrían ser abordados a través de la prueba pericial informática, pero este cauce deviene inoperante en los supuestos de distribución masiva de datos privados o de mensajes injuriosos, pues a menudo resulta difícil identificar a la persona que inicia la cadena, si bien no hay que olvidar que todos los participantes pueden terminar siendo jurídicamente responsables de algún modo. En otras ocasiones, el acceso a las fuentes de prueba puede verse condicionado por los derechos fundamentales de la persona que se quiere investigar como posible acosador (intimidad, protección de datos, propia imagen o secreto de las comunicaciones)[41]. Sabido es que el empresario tiene potestad para acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a sus empleados con objeto de controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales [art. 87 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDyGDD)], ya sea a iniciativa propia (en el marco de un procedimiento disciplinario o de atención a las denuncias internas) o a requerimiento del órgano judicial (arts. 77 LRJS y 328 y 330 LEC), debiendo entender en el presente caso que la finalidad del control es legítima y la intervención proporcionada. Lo mismo puede decirse cuando los actos de comunicación fueran fácilmente accesibles en internet por haberse publicado en una red social sin restricciones de acceso. Ahora bien, cuando los elementos de prueba se encuentren únicamente a disposición del presunto agresor (por utilizar un dispositivo privado) o de un tercero (titular de una red social de acceso restrictivo), en principio sólo podrían obtenerse a partir de un requerimiento judicial[42].

En consecuencia, los mayores peligros omnipresentes asociados a formas digitales de violencia radican en los dos siguientes extremos: en primer lugar, el acoso en línea puede trascender el espacio y el tiempo, ocurriendo tanto en el exterior como en el interior de los emplazamientos de trabajo, en cualquier momento y con manifestaciones que se pueden mantener más tiempo activas, dando lugar a procesos de continua "revictimación", y, en segundo término, las identidades de los acosadores que se hacen opacas en el entorno cibernético, pudiendo ser incluso anónimas, lo que significa que muchas de las víctimas a menudo no pueden defenderse . En suma, el riesgo de insultos, amenazas y agresiones sutiles o explícitas crece con la ayuda de las nuevas tecnologías[43].

---

*Trabajo Digital*, Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 653.

[40] Romero Burillo, A.M.: "El teletrabajo. ¿Oportunidad o riesgo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las relaciones laborales", *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género*, Romero Burillo, A.M. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 137.

[41] Romero Ródenas, Mª.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 27.

[42] Molina Navarrete, C.: "Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 437-438, 2019, p. 157.

[43] De Vicente Pachés, F.: "Art. 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo", *Comentarios a la Ley de Igualdad*, García Ninet, J.I. (Dir.), Valencia, CISS, 2007, pp. 102 y ss.

Aunque la definición del acoso sexual del art. 7 LOIEMH, al no estar referida sólo al acoso sexual laboral, no establezca ningún elemento relativo al lugar o al tiempo de trabajo, sin embargo, la imputación de responsabilidades preventivas, administrativas o de seguridad social a la empresa, establecidas por normas laborales, sí requieren algún tipo de conexión con el desarrollo de la prestación de servicios, por ejemplo, art. 8.13 [Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social (LISOS)], determina que la responsabilidad por acoso se desencadena "dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial". También la conexión con el trabajo se establece para determinar la competencia del orden social [art. 2 f) LRJS].

Desde estas coordenadas normativas puede entenderse el lamentable suicidio de una joven trabajadora, madre de dos hijos pequeños y esposa de otro compañero de trabajo, a raíz de la difusión de una grabación íntima, cinco años más tarde de realizarla de una forma voluntaria y enviarla a quien en aquel momento era su pareja, también compañero de trabajo. El vídeo llegó a convertirse en viral dentro de la red de mensajería instantánea en la que se había difundido por Whatsapp. Tras ponerse en contacto con la empresa, ésta no activó el protocolo de acoso por considerar que se trataba de una cuestión al margen de la relación laboral, cuya vía de denuncia adecuada debía ser civil o mercantil, limitándose a ofrecer a la trabajadora una medida inmediata de naturaleza individual (baja o traslado), rechazada por la afectada.

La falta de mayor concreción legal derivó en una intervención de la negociación colectiva en la articulación de la acción preventiva del acoso sexual. Es cierto que este ámbito es pertinente y puede ser eficaz en aras a articular la política preventiva de forma sectorial y adaptada a los distintos contextos económicos y empresariales, máxime cuando el Acuerdo Marco Europeo de 26 de abril de 2007 supone un buen instrumento de referencia, pues parte de la obligatoriedad de las empresas establecidas en Europa de adoptar una política de tolerancia cero respecto de este tipo de comportamientos, debiendo diseñar y poner en marcha procedimientos para la detección, denuncia y sanción de este tipo de actuaciones a través de un examen rápido de las denuncias, la adopción de medidas apropiadas contra los responsables, el apoyo a las víctimas y, si es necesario, la ayuda para su reintegración[44] .

De gran interés es también la aprobación de buenas prácticas o guías en aras a crear entornos laborales libres de toxicidad psicosocial, que incluyan concretas obligaciones empresariales y compromisos de los trabajadores, cuya finalidad no sólo sea no perjudicar la reputación de la empresa, sino principalmente la de preservar a los empleados de opiniones, comentarios o manifestaciones peyorativas que se pudieran publicar en internet y en las redes sociales o en aplicaciones de mensajería instantánea, impidiendo variadas manifestaciones como "troleo" o difusión de mensajes ofensivos de carácter sexual; "stalking" o acecho; amenazas físicas; creación de perfiles falsos de la persona para realizar comentarios injuriosos; "doxing" o publicación de información personal o privada del objetivo; "zoom bombing" o ataque bomba por videoconferencia; "pornovenganza" o difusión por parte de varones de fotos o vídeos íntimos de su expareja; incursiones en el ordenador de la víctima para conocer datos íntimos; alta en páginas webs y aplicaciones de citas o contactos sexuales; etc.

Sabido es que el resultado de cualquiera de estos fenómenos, aunque no se produzcan dentro de las coordenadas estrictas de tiempo y lugar de trabajo, suele producir en las mujeres unos altos niveles de ansiedad, desórdenes de estrés, depresión, trauma, ataques de pánico, pérdida de autoestima y un sentido de impotencia en su capacidad de responder al abuso, que exigen *de lege ferenda* respuestas contundentes desde el marco laboral, más allá de las posibilidades reconocidas: el ejercicio del poder

[44] Pérez Del Río, T.: "La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género", *Temas Laborales*, núm. 92, 2007, p. 186.

disciplinario por parte del empresario sin que tenga cabida el principio de presunción de inocencia; el planteamiento por la víctima del derecho a la rescisión del contrato con indemnización por la vía del art. 50 ET (que comprendería no sólo la cuantía prevista en aquel precepto, sino también un montante adicional de reparación íntegra y disuasoria ex art. 183 de la LRJS); la interposición de una demanda de tutela de derechos fundamentales a la luz de los arts. 177 y ss. LRJS; o, en el mejor de los casos, el reconocimiento de la patología desencadenada como accidente laboral[45].

Ahora bien, pese a todos estos mimbres, no es inhabitual encontrar convenios colectivos, e incluso sentencias judiciales, donde todavía se maneja un concepto restringido de acoso sexual, exigiendo, para que lo haya, una motivación libidinosa, una reiteración o especial gravedad, o que la víctima manifieste expresamente su negativa, cuando ninguna de esas exigencias aparece en el art. 7.1 LOIEMH[46].

### 5.2. El Convenio 190 de la OIT

Con mayor amplitud de miras, el Convenio 190 de la OIT se muestra especialmente esperanzador, pues define su ámbito de aplicación englobando, como riesgo que ha de prevenirse, toda la violencia y el acoso que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, y específicamente, entre otras situaciones, en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación (art. 3.d), siempre y cuando estas conductas agresivas sean susceptibles de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física o psíquica y no hayan sido consentidas[47].

El Convenio 190 establece que la expresión violencia y acoso en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

La expresión violencia y acoso por razón de género designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual (art. 1 Convenio 190).

Este enfoque más amplio, que incluye la modalidad cibernética, supera el concepto de lugar y tiempo de trabajo clásicos admitiendo que los instrumentos sean titularidad o no de la empresa, al exigir solamente un punto de conexión laboral (como es el mero trasfondo de quienes establezcan tales conexiones, sean compañeros, clientes, suministradores, proveedores…). Elimina, además, el requisito de intencionalidad y obliga a introducir específicamente la violencia y el acoso laboral en la normativa de prevención, permitiendo además abordar la violencia en el contexto de las diversas formas de trabajo de las economías formal e informal donde prolifera la mano de obra femenina —como la agricultura de subsistencia, el cuidado de dependientes y ancianos, etc.— y también en una

[45] Mora Cabello de alba, L.: "La salud de las mujeres en un mundo laboral declinado en masculino: el acoso por razón de sexo", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, p. 103.

[46] Quesada Segura, R.: "La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo", *Temas Laborales*, núm. 92, 2007, p. 131.

[47] El 21 de junio de 2019, la Organización Internacional del Trabajo adoptó en Ginebra el Convenio 190. España suscribió y ratificó este instrumento internacional y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 16 de junio de 2022. BOE, Núm. 143 Jueves 16 de junio de 2022.
Véase, R206 - Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206). Asimismo también OIT: *Informe sobre el Convenio OIT 190: Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751837.pdf

serie de modalidades no laborales como el trabajo voluntario, las prácticas y otras relacionadas con la formación y el aprendizaje[48].

Es más, el Convenio 190 hace referencia expresa en el art. 4 a las terceras personas, ajenas a la empresa, como posibles acosadores. Esta violencia externa tiende a producirse más a menudo en sectores mayoritariamente femeninos como educación (profesorado), personal médico-sanitario, actividades de contacto directo con el público (sector servicios y ocio), medios de comunicación (cine, radio, televisión), periodismo (presentadores), mundo del espectáculo, política, deportistas de élite, teleoperadores o telemarketing.

La ratificación de este Convenio conlleva entender que, además de merecer, en cualquiera de las modalidades, la oportuna sanción administrativa, previa actuación de la Inspección de Trabajo, y la reparación pertinente de la víctima, debe quedar perfectamente claro, permítase la reiteración, que el acoso sexual es un factor más a tener en cuenta dentro de la prevención de riesgos, constituyendo las enfermedades psicológicas derivadas de esa conducta atentatoria a los derechos fundamentales (principalmente intimidad y dignidad personales) un daño derivado del trabajo, bajo una relación de causa a efecto directa e inmediata[49]. De cualquier modo, debe subrayarse el papel de las Inspección de Trabajo y Seguridad Social en todo lo relacionado con la prevención de riesgos laboral y evidentemente con el Convenio 190. Como se sabe, la Inspección de Trabajo tiene encomendado, desde sus orígenes, el control del cumplimiento de la normativa social, lo que incluye la prevención de riesgos laborales. En el ámbito de los riesgos psicosociales, se ha pasado de un control meramente reactivo, a un control también preventivo. Con este enfoque, se ha publicado por la Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social el Criterio Técnico 104/2021[50].

Resulta obvio que una patología psíquica (enfermedad al fin y al cabo), cuyas causas de aparición se llegue a probar que han sido las conductas de naturaleza sexual sufridas con ocasión de la prestación laboral, "cumple todos los requisitos que exige la norma reguladora" para ser considerada siniestro profesional, y como tal debe ser protegido por la Seguridad Social, mereciendo además la oportuna tutela administrativa y judicial. Todo ello sin olvidar tampoco la necesidad de introducir medidas condenatorias frente a posibles denuncias falsas, pues ello ayudará a depurar responsabilidades en los lamentables supuestos verdaderos[51].

Botón de muestra de esta doctrina puede encontrarse en la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023[52], en virtud de la cual, al enjuiciar el acoso sexual de un jefe médico a una subordinada, considera que no es necesario que el comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual sea explícito, sino que puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco. Según este pronunciamiento judicial, las características que deben concurrir en un comportamiento implícito para subsumirlo en el marco del acoso sexual son las siguientes: A) Comportamiento guiado o determinado por la libido o deseo sexual; B) Inexistencia

[48] Moreno Márquez, A.M.: "El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pp. 93 y ss.

[49] Suárez González, F.: "El Convenio 190 de la OIT y su repercusión en el ordenamiento laboral español", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

[50] Pérez Hernández, M.M.: "La función activa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Salud Laboral", VV.AA., *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, en Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Álvarez Cortes, J.C. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021; Pérez Hernández, M.M.: "La Inspección de Trabajo y los riesgos psicosociales. El criterio técnico 104/2021. *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 1, 2021, pp. 323-339. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/528

[51] Lousada Arochena, F.: "El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre violencia y acoso en el trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, pp. 55 y ss.

[52] Núm. 1569/2023.

de aceptación libre por parte de la persona afectada; C) Incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetiva y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual; D) Atención al contexto (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, teniendo en cuenta hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias; E) Dimensión temporal, pues a menudo no tiene el mismo significado ni la misma gravedad un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos, pero sin que nada impida que un acto concreto pueda ser constitutivo de acoso.

Dentro de las obligaciones generales que asumen los Estados signatarios –incluido España-, se compromete a respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro.

Las obligaciones particulares de la suscripción de este Convenio se encuentran en la prohibición legal de la violencia y el acoso, velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso; establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes; velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; prever sanciones; desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y Garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes.

Los Estados firmantes adquieren la obligación de adoptar medidas de carácter legislativo para exigir a empleadores a adoptar y aplicar, en consulta con las personas trabajadoras y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y proporcionar a trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, sobre los derechos y responsabilidades de trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política de violencia y acoso.

Por otra parte, se deberá establecer medidas de seguimiento de la implementación de la normatividad, garantizar el acceso a mecanismos de atención a la violencia y el acoso, mecanismos de solución de conflictos, en caso de que procedan, medidas de protección, acceso a la justicia y reparación de las víctimas.

Por último, se deberán establecer medidas de prevención, sensibilización, orientación y formación para la aplicación efectiva del Convenio en cuestión.

Hay que tener en cuenta que es previsible una cierta reformulación de conceptos jurídicos en el Derecho español, señaladamente la noción técnico-jurídica de acoso moral (*mobbing*) o los de violencia y el acoso por razón de género para incluir la prevención de estas situaciones en las obligaciones de seguridad y salud, porque el Convenio 190 incide especialmente en la *prevención* de riesgos psicosociales tipificados, como son la violencia y el acoso en el trabajo.

Se indica que las empresas deben adoptar procedimientos y metodologías de evaluación de riesgos psicosociales a la hora de prevenir conductas que puedan calificarse como violencia y acoso en el trabajo. El deber de protección de las personas empresarias alcanza la protección frente el acoso y puede ser objeto de sanción e incluso de recargo en prestaciones de Seguridad Social cuando se incumpla.

También se identifica los puestos de trabajo susceptibles de sufrir una mayor incidencia de situaciones de violencia causada por terceros, y sobre los cuales, previsiblemente, se deberá llevar una especial vigilancia desde la perspectiva preventiva. Adquiere protagonismo que la situación de acoso se produzca "con ocasión del trabajo", y tiene menos importancia el concepto de "en el lugar de trabajo". En este punto, surgen cuestiones especialmente complejas como son la protección de la intimidad en el marco de las relaciones laborales.

Resulta especialmente relevante lo establecido en relación a la *prevención del ciberacoso*. Muchas de las conductas constitutivas del acoso o violencia se producen actualmente utilizando medios telemáticos -redes sociales, Internet, sistemas de mensajería instantánea-. Habrá que adaptar las políticas de protección de datos y de los protocolos para la prevención del acoso en las empresas a estas conductas. La misma OIT propone posibles formas de contrarrestarlo y la Agencia Española de Protección de Datos dispone de unas recomendaciones a la hora de incluir el ciberacoso en los protocolos de prevención[53].

El Convenio 190 deja clara la obligatoriedad de las obligaciones que los Estados miembros ratificantes asumen en virtud del Convenio, con establecimiento de imperativos categóricos de cumplimiento: con objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, todo Estado Miembro *deberá* respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro. Todo Estado Miembro *deberá* adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (artículos 5 y 6 del Convenio 190).

Es manifiesto que el Convenio 190 de la OIT puede suponer un impulso para la lucha efectiva contra sobre la violencia y el acoso moral o sexual, siendo necesario *desarrollar* en la legislación preventiva (legislación estatal y negociación colectiva) de nuestro país algunas mejoras significativas que se establecen en el mismo en aras de una protección integral/holística y transversal frente a los fenómenos de violencia y acoso en el mundo del trabajo.

### 5.3. La Ley Orgánica 10/2022

Como ya consta, pese a la garantía de la posible consideración profesional del daño, es necesario apostar por la visión preventiva, no en vano así se evitaría acudir a los órganos judiciales a los efectos de exigir reparaciones a posteriori poco satisfactorias. Bajo tal premisa, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en su art. 12.1 obliga a todas las empresas a diseñar procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y por razón

[53] AEPD: *La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso: recomendaciones de la AEPD* Noviembre 2019. https://www.aepd.es/documento/recomendaciones-sobre-acoso-digital-aepd.pdf

de sexo y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital. Estos protocolos parecen configurarse ahora como procedimientos para la prevención de la criminalidad sexual en la empresa; aproximándose su conceptuación a los programas de prevención de riesgos penales, previstos por el art. 31 bis CP.

Esta Ley impone la obligación expresa de negociar las buenas prácticas (campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación, etc.) que se pretendan llevar a cabo con los representantes de las personas trabajadoras. Dichas actuaciones deberán ir dirigidas a todas las personas que prestan servicios en la empresa, incluyendo becarias, voluntariado y puestas a disposición. Junto con menciones más o menos programáticas ("las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio"), el art. 12 obliga también a todas las organizaciones productivas a incluir en la "valoración de los riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras". Difícilmente cabe circunscribir este deber al hecho circunstancial de que lo ocupe una mujer en un determinado momento, por lo que debería integrarse en todos ellos y aparecer de forma explícita a tal efecto en la normativa preventiva[54].

Estos instrumentos deben asumir una doble función preventiva y reparativa; deben identificar y evaluar los riesgos, fijando obligaciones formales y materiales para evitar la aparición de los fenómenos de acoso; han de indicar los aspectos organizativos sobre los que hay que incidir para su prevención y las medidas que deben establecerse al respecto. Estas medidas deben ir dirigidas a la sensibilización, formación e información sobre este tipo de riesgos, especialmente de los mandos, evaluación del riesgo de acoso en la organización, planificación de la actividad preventiva y vigilancia de la salud. Pero también, los protocolos son instrumentos reactivos, al articular procedimientos de denuncia y solución de estos conflictos en la empresa[55].

Estos cauces preventivos incluyen también canales de denuncia, por lo que habremos de plantearnos su compatibilidad con los métodos de denuncia interna, que impone la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas, que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, que, dirigida a la protección de los informantes, obliga a establecer sistemas internos y externos de denuncias de infracciones en organizaciones privadas y públicas, incluyendo infracciones graves y muy graves relativas a la normativa laboral y de la Seguridad social. La eventual inclusión en este ámbito material de las denuncias relativas a acoso sexual plantea la relación entre estos nuevos sistemas de denuncias de irregularidades y los existentes sistemas de denuncias de acoso laboral previstos en los protocolos que operan en la actualidad en muchas empresas. La solución más adecuada radica en mantener los vigentes sistemas de denuncias de los acosos en las empresas, pues atesoran ciertas características específicas, que deben ser atendidas, pues están configurados exclusivamente para informar de situaciones de acoso, con fines de prevención y reparación de estas. Los protocolos de acoso han de facilitar procedimentalmente su puesta en marcha, incluir una comisión de seguimiento objetiva, establecer medidas cautelares que impidan la continuación de los comportamientos nocivos y finalmente se sancione al acosador de acuerdo con su acción. Conviene, por tanto, realizar una interpretación integradora y complementaria, que tras el

[54] Rodríguez González, S.: "La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023, pp. 149 y ss.

[55] Álvarez Cuesta, H.: "La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2023, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pp. 11 y ss.

fracaso en la activación del protocolo anti-acoso, abriera la vía de los sistemas de información interna y externa prevista por la presente Ley 2/2023.

Además, la Ley Orgánica 10/2022 reforma el delito de revelación de secretos del art. 197 CP para castigar a todo aquel que, careciendo de autorización del afectado, difunda, revele o ceda a terceras personas imágenes o grabaciones de aquél, suponiendo un menoscabo grave a su intimidad personal. Reforma también el art. 184 CP tipificando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual otorga una singular relevancia de los protocolos para su prevención, en la medida que las empresas puedan quedar exoneradas de responsabilidad penal, tras la implementación adecuada de procedimientos de prevención de este delito, lo cual no supondrá sino un importante acicate tuitivo.

Pese a estos avances, resulta necesaria, no obstante, una reforma de nuestra legislación preventiva que adolece de carencias de protección frente a la violencia y el acoso, con ausencia incluso de cualquier referencia expresa a estos como riesgos psicosociales. Nuestra legislación preventiva debe, pues, establecer obligaciones de evaluación de los riesgos de violencia y acoso, así como la obligación de proporcionar a las personas concernidas, en forma accesible, información y capacitación sobre los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados y de las medidas de prevención y de protección[56]. Y, por otra parte, nuestra legislación de Seguridad Social debe proteger las enfermedades psicológicas derivadas del acoso como contingencias profesionales.

### 5.4. El Decreto Ley 16/2022

La prevención de riesgos laborales del personal al servicio del hogar familiar ha sido objeto recientemente de una reforma de calado, en tanto el art. 3 LPRL incluía a todas las relaciones laborales en su ámbito de aplicación, con la excepción de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, pese a que estas trabajadoras se encuentran sometidas a riesgos físicos, químicos o biológicos derivados del uso de productos jabonosos y desinfectantes, la manipulación de alimentos, la adopción de posturas dolorosas, el mantenimiento prolongado de las mismas, los movimientos repetitivos que provocan alteraciones músculo esqueléticas muy dispersas y localizadas en el cuello y la espalda, la manipulación de cargas de personas dependientes, las afecciones cutáneas por productos de belleza, las alteraciones circulatorias en miembros inferiores, la fatiga ante la prolongación de la jornada, la responsabilidad derivada de las múltiples tareas desempeñadas, la excesiva presión emocional o, por no seguir, el acoso.

La situación ha cambiado con el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, que modificó el precepto mencionado poniendo fin a la exclusión y añadió a la LPRL una nueva disposición adicional, la 18ª, en cuya virtud estos trabajadores (normalmente, trabajadoras) también tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente. En consonancia, la disposición final del mentado Real Decreto Ley 16/2022 otorgaba al Gobierno un plazo de seis meses desde su publicación para dictar la norma reclamada por la nueva disposición adicional 18ª LPRL[57].

[56] Sáez Lara, C.: "Violencia sexual, mujer y trabajo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 16, 2022, pp. 9 y ss.

[57] Méndez Úbeda, M.C.: "Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes", *e-Revista Internacional de Protección Social*, núm. extra 1, Vol. 3, pp. 102 y ss.

### 5.5. La Ley 4/2023

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, recoge la obligación destinada a las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras, las cuales deberán contar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley (es decir, tienen para su cumplimiento desde el 2 de marzo de 2023 hasta el 2 de marzo de 2024), 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 tal grupo. Este "conjunto planificado de medidas" parece hacer referencia a los planes de igualdad y quizá el desarrollo reglamentario que anuncia respecto de su contenido y alcance seguirá los pasos y contenido previsto en el Real Decreto 901/2020 para aquellos, o bien en la práctica se negociarán los planes de igualdad entre mujeres y hombres y para las personas LGTBI conjuntamente sin perjuicio de su articulación separada. En todo caso, las medidas o el plan han de ser pactados a través de la negociación colectiva y acordados con la representación legal (o sindical) de las personas trabajadoras. El resto de empresas habrán de tener, en todo caso y de conformidad con el art. 62, métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de las situaciones de discriminación por razón de las causas previstas en la Ley 4/2023, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato[58].

En fin, el art. 17.3 in fine ET señala que el incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el art. 62.3 de la Ley 4/2023 dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos del art. 62.2 de la misma norma.

## 6. LA GESTIÓN REPARADORA

A la luz de las previsiones normativas esbozadas anteriormente, la empresa no puede mantener una mera conducta pasiva esperando el momento para actuar, sino que deben de hacerlo preventivamente, evaluando los riesgos a través de protocolos para su detección precoz y planificando su prevención. Deviene imprescindible, pues, la intervención empresarial a través de una adecuada evaluación y planificación, so pena de tener que hacer frente a la responsabilidad subsiguiente derivada de omisión negligente de una conducta debida[59].

Ahora bien, aun cuando debe prevalecer la gestión preventiva frente a la reparadora y punitiva, en el caso en el que se llegue a materializar el acoso, en el actual estado de la regulación, la mayor parte de las dolencias psíquicas derivadas son consideradas como afecciones de etiología común, dados su carácter multifactorial y la dificultad probatoria que envuelve su origen y circunstancias concurrentes. No obstante, ésta no es la única solución posible en el mundo jurídico-laboral español, pues cauces existen (si bien no pueden calificarse sino de tortuosos) para lograr su consideración como contingencias profesionales[60] con las conocidas consecuencias de "privilegio" en su régimen

[58] Arrúe Mendizábal, M.: "El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 473, 2023, pp. 125 y ss.

[59] Fernández Domínguez, J.J. y Prieto Padín, P.: "Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, p. 213.

[60] Tascón López, R.: "Algunos aspectos actuales críticos sobre la tutela de la salud de las personas trabajadoras", *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Fernández-Costales Muñiz, J. (Dir.), Madrid, Reus, 2023, p. 110.

jurídico[61], centradas en los siguientes extremos: 1) la posibilidad de acudir a entidades mutuales para cubrir el riesgo de incapacidad permanente; 2) las notables peculiaridades en su régimen económico-financiero, en particular por cuanto hace a la cotización y la configuración de sus bases y tipos; 3) los singulares beneficios en el acceso y contenido de las prestaciones, comenzando por el encuadramiento automático en el sistema derivado del simple hecho de trabajar por cuenta ajena (alta presunta o de pleno derecho), la exención de acreditar cualquier periodo de cotización previo (beneficio con extensión al accidente ordinario, pero no a la enfermedad común), la aplicación del principio de automaticidad plena u obligación de anticipo por el ente gestor pese al incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización, y, en fin, la notable mejora en el importe a partir de la determinación de su base de cálculo (y en algunos supuestos, como la incapacidad temporal, también del tipo) o de otros varios factores capaces de llevar a una superior cuantía, ya sea por la vía de mejoras voluntarias, ya de recargo de prestaciones y/o de la responsabilidad civil exigible al empleador[62].

En particular, las enfermedades mentales pueden ya con la actual regulación ser asimiladas al accidente de trabajo, aun cuando ello hace necesario que, o bien se manifiesten en tiempo y lugar de trabajo (gozando entonces de la presunción de laboralidad contenida en el art. 156.3 LGSS), o bien sean consideradas enfermedades del trabajo (art. 156.2 LGSS), por ser producidas exclusivamente a partir de factores profesionales, algo difícil de acreditar, sin duda, por el mentado carácter plurifactorial que las mismas a menudo presentan y por la exigencia de acreditar de forma directa y estricta la relación de causalidad entre la prestación de servicios y la patología en cuestión, lo que, en gran medida, excluye a las dolencias de causalidad compleja[63].

Por tanto, puede colegirse con facilidad que la determinación de la patología mental como contingencia profesional resultará un ejercicio casuístico en el que la persona trabajadora tiene varias circunstancias en su contra, razón por la cual cabe apostar, bien por modificar el sistema de lista de enfermedades profesionales diseñado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, para incluir las enfermedades mentales como contingencias profesionales en determinados ámbitos funcionales, o bien por asimilar las enfermedades mentales al accidente de trabajo a los efectos de las prestaciones de incapacidad[64].

Un paso importante ha dado la propia Organización Mundial de la Salud que ha reconocido oficialmente el "burnout" como enfermedad derivada del contexto laboral tras la ratificación de la revisión número 11 de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos (CIE-11), cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 1 de enero de 2022, definiendo tal enfermedad como "el agotamiento físico y mental generalizado a todos los niveles de salud, con fatiga, aumento de peso o pérdida de apetito, alteraciones psicosomáticas como dolores musculares, migrañas y problemas gastrointestinales, así como depresión o insomnio vinculados al estrés y la ansiedad, acompañados de despersonalización y cinismo, que se manifiesta con una actitud de indiferencia y desapego que reduce su compromiso hacia el trabajo, aumentando su irritabilidad y

[61] Monereo Pérez, J.L.: "La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia dela Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención versus reparación", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, p. 20.

[62] Fernández Domínguez, J.J. y Prieto Padín, P.: "Trabajo y suicidio: una historia inacabada en el modelo de protección social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022, p. 213.

[63] Martínez Barroso, M.R.: "La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la Seguridad Social. Cuestiones pendientes", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 303, 2008, p. 69.

[64] Payá Castiblanque, R. y Calvo Palomares, R.: "Sistemas de prevención y protección social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital", *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 562.

endureciendo el trato con compañeros y clientes, lo que se percibe fácilmente tanto en el entorno laboral como en el familiar"[65]. Esto es, supone un cansancio emocional que lleva a la pérdida de motivación y eventualmente progresa hacia sentimientos de inadecuación y de fracaso personal, pasando por un agotamiento físico y mental con sentimientos de desesperanza e indefensión y actitudes negativas hacia el trabajo, la vida, la familia u otras personas[66]. Por su parte, la Estrategia Nacional de Adicciones (AENA 2017-2024), aun reconociendo que no hay suficiente consenso en la comunidad científica sobre la calificación técnica de la adicción respecto de las denominadas "adicciones conductuales", lanza una clara alerta sobre ellas al afirmar que el uso compulsivo y/o abusivo de las nuevas tecnologías "presenta analogías con las adicciones a sustancias similares a las que se observan en el juego patológico"[67].

El derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso que el Convenio 190 reconoce, con un ámbito subjetivo mucho más amplio que el estrictamente referido al trabajo por cuenta ajena, sin duda refuerza el derecho a la protección frente a conductas que están en el origen de muchos riesgos psicosociales que tienen rostro femenino. Pero tales éxitos no deben empañar las miras hacia un modelo decente de seguridad y salud laboral, acompañado de un bienestar integral en el lugar de trabajo con perspectiva de género, que pasa ineludiblemente por la adecuada identificación de los riesgos psicosociales, su evaluación y prevención, en lo que se ha venido a denominar una apuesta por la "ciber-salud" o "*e-health"* integrales, priorizando la acción proactiva frente a la médico-asistencial y reparadora, sin renunciar, lógicamente, a estas últimas en caso de precisarlas.

[65] Rodríguez Hernández, J.: "El derecho a la desconexión digital", *Diario La Ley*, núm. 9631, 2020.

[66] Álvarez Cuesta, H. y Quirós Hidalgo, J.G.: "Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales", *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Lisboa, Juruá, 2010, p. 25.

[67] Miñarro Yanini, M.: "El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital", *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 579.

# Estudios Doctrinales

Laborum

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La orientación sexual de los trabajadores en la negociación colectiva[1]

# Sexual orientation of workers in collective bargaining

Beatriz Agra Viforcos *Profesora Titular de Universidad*
*Universidad de León*
https://orcid.org/0000-0002-3649-2532

Cita Sugerida: AGRA VIFORCOS, B. «La orientación sexual de los trabajadores en la negociación colectiva». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 37-63.

**Resumen**

La consideración a la orientación sexual como causa de discriminación laboral se integró en el ordenamiento social español hace ya dos décadas, pero la cuestión ha recobrado actualidad a raíz de recientes intervenciones normativas (Ley 15/2022 y Ley 4/2023) que portan una clara intención de fortalecer el convenio colectivo como instrumento idóneo para superar la segregación de las personas trabajadoras no heterosexuales. Voluntad detectada también en la legislación autonómica dictada al respecto. La negociación colectiva de los últimos años ofrece ya muestras en este sentido, centrándose en dos áreas temáticas: las políticas de igualdad y el régimen jurídico aplicable al acoso. Aunque con un peso muy inferior, también el fomento de la diversidad en la plantilla alcanza cada vez mayor presencia.

**Abstract**

The consideration of sexual orientation as a cause of labor discrimination was integrated into the Spanish social system two decades ago, but the issue has regained topicality as a result of recent regulatory interventions (Law 15/2022 and Law 4/2023) that carry a clear intention to strengthen the collective agreement as a suitable instrument to overcome the segregation of non-heterosexual workers. This intention is also detected in the autonomous legislation passed in this regard. Collective bargaining in recent years has already shown signs of this, focusing on two thematic areas: equality policies and the legal regime applicable to harassment. Although with a much lower weight, the promotion of diversity in the workforce is also becoming increasingly important.

**Palabras clave**

Orientación sexual; convenio colectivo; diversidad; discriminación; acoso

**Keywords**

Sexual orientation; collective bargaining agreement; diversity; discrimination; harassment

## 1. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN Y ACOSO EN EL TRABAJO

La identificación de las personas cisgénero y heterosexuales como presunta normalidad, al punto de haber catalogado durante décadas a las alternativas no cisheterosexuales como trastornos mentales, ha traído como consecuencia la histórica discriminación en múltiples esferas de la vida –incluido el trabajo– de cuantas quedan extramuros de aquel modelo. Segregación que, no obstante, aflora bajo expresiones distintas capaces de justificar un análisis separado, pues la existencia de innegables puntos de confluencia no oculta las divergencias, reflejo evidente de lo que ha venido a calificarse como "diversidad en la diversidad LGTBI+"[2]. Es patente, por consiguiente, y como con

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-122631OB-C21, del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado "La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva".

[2] Pichardo Galán, J.I.; Alonso Álvarez, M.; Puche Cabezas, L. y Muñoz Hernández, O.: *Guía ADIM LGTB+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2019, p. 30 o Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *Revista Lationamericana de Derecho Social*, número especial, 2022, p. 221.

Fecha Recepción: 12/01/2024 - Fecha Revisión:07/02/2024 - Fecha Aceptación: 14/02/2024
Págs. 37-63

acierto ha indicado la doctrina, que "no todos los colectivos que configuran la categoría LGTBI están en la misma situación de discriminación, cuando menos, en el ámbito laboral", por lo que "hay que poner luz propia a cada una de las diferentes situaciones que se ocultan tras cada una de las letras que configuran la sigla"[3]. El presente estudio intenta ponerla sobre la postergación o el maltrato en el trabajo debido a la orientación sexual.

Si bien es cierto que la discriminación laboral afecta con mayor intensidad a las personas transexuales, y que las primeras normas dictadas para la protección del colectivo LGTBI se referían la orientación sexual[4], conviene recordar que, mediante la cobertura proporcionada por la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, la transexualidad obtuvo tutela judicial antes de que existiera una normativa expresa para la salvaguarda de los derechos laborales del personal LGTBI; posibilidad imposible de extender a la discriminación por orientación sexual[5] (salvo a la múltiple/interseccional que afecta a las mujeres lesbianas[6]), pues esta opera con independencia del sexo y del género de la persona.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, el superior riesgo asociado a la transexualidad no justifica incurrir en el error de infravalorar la situación laboral que enfrentan homosexuales, lesbianas y bisexuales. Sirvan de ejemplo sendas controversias resueltas por el Tribunal de Justicia de la UE: la primera, de 2013, se refiere a la no contratación de un futbolista –cuya orientación sexual era objeto de especulaciones–, defendida por un directivo del equipo mediante afirmaciones homófobas en los medios de comunicación[7]; la segunda, de 2020, versa sobre las manifestaciones del miembro senior de un despacho de abogados en las que hacía público que la empresa jamás contrataría a alguien homosexual[8]. Asimismo, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran contraria al Convenio del mismo nombre la prohibición de homosexuales en el ejército[9] o, ya en España, la sentencia del Tribunal Constitucional que dictamina la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual en el caso de un despido por dicho motivo[10]. Los hechos descritos en todas estas resoluciones dejan clara constancia de una arraigada homofobia que ha venido dificultando a las personas no heterosexuales el pleno disfrute de sus derechos, algo que afecta directamente a la dignidad, consagrada al más alto nivel en el art. 10 CE.

Bajo las directrices proporcionadas por múltiples instrumentos internacionales, y en consonancia con las acciones desarrolladas en otros sectores del ordenamiento (tanto penal, como civil[11]), también el laboral ha asumido tiempo atrás la necesidad de atender a las situaciones de

[3] Luque Parra, M.: "Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: aspectos laborales más relevantes", en VV.AA.: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Madrid, AEDTSS, 2022, p. 299.

[4] Rivas Vañó, A.: "Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, p 63.

[5] El TJUE recordó ya en 1998 (STJCE de 17 de febrero de 1998, C-249/96, asunto Grant) la necesidad de tutela frente a la discriminación por orientación sexual, en tanto, a diferencia de lo que ocurría con la transexualidad (STJUE de 30 de abril de 1996, C-13/94, asunto Cornwall), no resulta operativa la normativa contra la discriminación por razón de género.

[6] De hecho, la discriminación de la mujer lesbiana o bisexual se alza en ejemplo paradigmático de cómo la orientación sexual a menudo es causa de discriminación múltiple o interseccional, Cabeza Pereiro, J. y Viqueira Pérez, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley* 15/2022, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 95.

[7] STJUE de 25 de abril de 2013 (C-81/12), asunto Asociatta Accept.

[8] STJUE de 23 de abril de 2020 (C-507/18), asunto NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGTBI.

[9] SSTEDH de 27 de septiembre de 1999 (dos), casos (ambos contra el Reino Unido) Smith y Grady, uno, y Lustig-Prean y Beckett, el otro.

[10] STC 41/2006, de 13 de enero.

[11] Mediante actuaciones seguidas de relevantes pronunciamientos, como las SSTC 198/2012, de 6 de noviembre (de la CE no se deduce que el matrimonio se sustente en la heterosexualidad), y 93/2013, de 23 de abril (descartando que los homosexuales resulten, *per se*, no idóneos para la adopción de menores).

desventaja padecidas por causa de la orientación sexual. Hoy, la protección normativa debería facilitar al colectivo la posibilidad de trabajar sin necesidad de un esfuerzo de ocultación ante el miedo a la discriminación.

Ahora bien, dado que el peligro subsiste (lo constata la UE en su Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025, donde habla de "situación acuciante"), muchas personas LGTBI optan por la autosegregración en los sectores más amigables con su realidad[12] o escogen guardar en secreto su condición en el ámbito laboral, ya sea por no querer hacer frente a comentarios inapropiados y bromas o directamente por temor a la marginación o el acoso en el trabajo[13]. Ocultación que afectará a su libertad, satisfacción y salud, pero también a sus derechos, sobre todo los emanados del vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad.

Así las cosas, aunque la decisión individual de no expresar la propia orientación sexual debe ser respetada como una opción personal que afecta a una cuestión perteneciente a la privacidad (y que es intrascendente para la actividad laboral), resulta imprescindible crear contextos adecuados para garantizar que su adopción haya sido producto de la voluntad libre del sujeto y no de la autocensura (u ocultamiento preventivo) impuesta por la amenaza de la burla, el rechazo o la violencia[14]. Libertad que no concurre cuando, pese a los avances legislativos y al diseño de un marco normativo expreso para la protección de sus derechos, el trabajo sigue siendo un espacio hostil para las personas no heterosexuales.

## 2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA LEY LABORAL ESPAÑOLA. EL REFORZAMIENTO DEL PAPEL CORRESPONDIENTE AL CONVENIO

Lo que por discriminación procede entender ha ido variando a lo largo del tiempo, por lo que la "lista de factores odiosos inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios"[15] se ha ido ampliando para irradiar hacia ellos el esquema tutelar construido inicialmente con la pretensión de erradicar a la segregación laboral femenina.

La consideración de la orientación sexual de las personas trabajadoras como motivo de discriminación, con haber sido tardía[16], no es, ni mucho menos, una cuestión novedosa dentro de la ley española, pues se incorporó como referencia expresa en el ordenamiento social a principios del siglo en curso. No obstante, recientes intervenciones normativas han traído de nuevo a la actualidad esta causa de potencial segregación y de acoso en el trabajo en el afán por ampliar la protección laboral de –entre otros– el colectivo LGBTI.

---

[12] VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.), Madrid, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2018, p. 30 o Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), *cit*., p. 105 y "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., p. 238.

[13] Sáez Lara, C.: "Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, 2022, p. 46. Casi el 70% de personas LGB+ consideran un inconveniente ser LGB+ en la búsqueda de empleo y el 55% consideran que es una desventaja para promocionar. Se entiende así que, pese a haber "salido del armario" en el ámbito familiar y social, cuatro de cada diez ocultan su orientación sexual en el trabajo, UGT: *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023*, 2ª edición, 2023, pp. 35, 37-38 y 41-42.

[14] VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.), *cit*., pp. 24-26.

[15] Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "Los contornos de la discriminación", *Temas Laborales*, núm. 162, 2022, p. 12.

[16] Sáez Lara, C.: "Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo", *cit*., p.45.

### 2.1. Estatuto de los Trabajadores y normativa conexa

El elenco de causas de discriminación prohibidas listado en los arts. 4.2 y 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET), se ha ido conformando por aditamento hasta llegar a su versión actual, resultado, en última instancia, de las alteraciones introducidas por 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 (LLGTBI). Por cuanto hace, en concreto, a la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual, su inclusión en el ET (y la consiguiente sanción de nulidad de las decisiones empresariales, los pactos o las cláusulas convencionales contrarios a la misma) se remonta a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, dictada en cumplimiento del deber de trasponer la Directiva 2000/78/CE.

La protección dispensada por estos artículos y por las leyes conexas (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –LRJS– y 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 significar un paso adelante frente al silencio de la regulación precedente, adolece de no pocos problemas de efectividad. No solo porque no siempre se ha logrado un desarrollo paralelo de lo sustantivo y lo adjetivo, sino, sobre todo, por los problemas que su operatividad plantea tanto en el momento de ingreso al trabajo, como una vez vigente la relación laboral.

Si bien es cierto que los procesos de selección no permiten inquirir a los candidatos o las candidatas sobre extremos íntimos irrelevantes para el desarrollo del trabajo (y como tal deben ser consideradas las preferencias sexuales), y pese a la calificación de tal conducta como infracción muy grave (art. 16 LISOS), en la práctica cotidiana no son extraños los excesos empresariales en las entrevistas de trabajo. Por ello, ante una pregunta impertinente (que directa o indirectamente pudiera revelar la orientación sexual de la persona afectada) se ha venido afirmando el derecho a mentir[17], sea por el deseo de preservar la propia intimidad, sea por el temor a las consecuencias nocivas aparejadas a la revelación.

Con todo, hay que tener presente que no siempre será necesario interrogar sobre la orientación sexual de una persona para conocerla; así ocurrirá cuando esta opte por manifestarlo libremente (debería poder hacerlo sin detrimento) o cuando se acceda a tal conocimiento por otros cauces. Adquiere aquí pleno significado la tutela antidiscriminatoria diseñada por el ordenamiento laboral, a fin de impedir que la negativa a la contratación se produzca por tal causa, que esta actúe en detrimento de las condiciones laborales o que conduzca al despido.

Pese a las virtudes del singular sistema probatorio aplicable a las alegaciones de discriminación, con una inversión de la carga de la prueba que se activa a partir de la aportación de indicios[18], lo cierto

[17] Conforme sienta, en reflexión aplicable a la hipótesis analizada, aunque planteada en relación con la discriminación por razón de transexualidad, Álvarez Cuesta, H.: "Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 14 y 15.

[18] La aplicación de la técnica indiciaria ha llevado a declarar nulo el despido de un trabajador fundado en faltas de respeto a compañeros (no acreditadas), pues el afectado, abiertamente homosexual, había sido objeto de burlas y comentarios ofensivos (STSJ Madrid de 21 de julio de 2020, rec. 1945/2010) o la denegación del reingreso tras excedencia forzosa (por falta de vacante, según la empresa) de la empleada de una emisora católica que se había casado con una mujer (STSJ Galicia de 17 de julio de 2008, rec. 2724/2008). Por contra, se niega la discriminación por orientación sexual en el despido (pérdida de confianza y discrepancias en la gestión) del director de un centro que había mantenido relaciones con un usuario (STSJ Madrid de 31 de enero de 2016, rec. 809/2015); de una trabajadora despedida (descuadre de caja) cuya homosexualidad conocía la empresa (STSJ Madrid de 29 de junio de 2007, rec. 280/2007) o de un empleado despedido (acceso a páginas de contactos gay con contenido pornográfico), pues, aunque los demás compañeros que usaron indebidamente internet solo fueron amonestados, su falta fue de menor gravedad (acceso a páginas de juegos online) (STSJ Madrid de 30 de enero de 2006, rec. 4918/2005).

es que aquella tutela entra en juego, por regla general, una vez el daño ya se ha producido, motivo por el cual, como se constató, muchas personas optarán por ocultar su orientación sexual a fin de no sufrir perjuicio alguno. Además, por desgracia, la sanción de nulidad asociada a los comportamientos discriminatorios se antoja casi imposible de aplicar en fase de acceso, toda vez que, como bien es sabido, y salvo contadas excepciones, la libertad de empresa (art. 38 CE) y el principio *intuitu personae* excluyen la contratación forzosa del postergado y reducen la compensación a una indemnización que, de hecho, tampoco será fácil de lograr.

Por otra parte, y continuando con las referencias a la orientación sexual de las personas trabajadoras incorporadas al ET, idéntica génesis que el art. 17 ET presenta la cita a aquella como causa posible de acoso (art. 4.2.e ET), incorporada al ET también en 2003. Previsión acompañada de la calificación de tales conductas como incumplimiento capaz de justificar un despido (art. 54.2.g ET), amén de la adaptación, también respecto a esta cuestión, de lo expresado en la norma de ritos y en la de infracciones y sanciones.

Para concluir, procede dejar constancia también de lo dispuesto en el art. 17.1.pfo. 3º ET, introducido por la DA 14ª LLGTBI para establecer que "el incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el art. 62.3 de la [citada ley], dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos" establecidos en aquella. Novedosa regla de orden que pretende dar un paso más allá para la tutela real del colectivo, en tanto obliga a un quehacer proactivo dentro de la empresa bajo la amenaza de eventuales consecuencias negativas en caso de omitir tal obligación.

Menciones expresas a la orientación sexual que no obstan para la operatividad de otras normas, como el deber empresarial de garantizar entornos libres de acoso por aplicación de la legislación preventiva (en particular, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); la solicitud de la extinción indemnizada del contrato por voluntad del agredido (art. 50 ET) o, en fin, la posible sanción administrativa a la persona empleadora por actos contrarios a la dignidad de su personal (art. 8 LISOS) o, cuando consienta la agresión, por infracciones en materia preventiva (arts. 11-13 LISOS). Igualmente, y con una particular relevancia, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuyo art. 9 incluye dentro de las "categorías especiales de datos" aquellos cuya finalidad principal sea identificar la orientación sexual de una persona.

### 2.2. Dos hitos recientes en la protección laboral del colectivo LGTBI

Las implicaciones laborales de la LLGTBI no acaban con la parca mención efectuada. Su protección es mucho más amplia y, además, solo puede entenderse en relación con una norma previa y cercana en el tiempo: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LII), de aplicación supletoria *ex* DA 4ª LLGTBI.

#### 2.2.1. Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022)

La postrera ley de igualdad dictada en España pretende tutelar de forma omnicomprensiva cualesquiera formas de discriminación, aglutinando a efectos de protección las causas codificadas hasta la fecha (formas "históricas" que incluyen la orientación sexual), junto con otras carentes entonces de reconocimiento legal expreso (así –pero no solo– la identidad sexual o la expresión de género)[19]. Para ello convierte en ley interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales vertidas en

[19] Voluntad omnicomprensiva frustrada por la no reforma de ET y LISOS, pues el elenco de causas de discriminación sigue disperso, pese a que las incorporadas luego a la LLGTBI y la prevista en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28

relación con su precedente, la Ley Orgánica 3/2007, extendiéndolas más allá del estrecho marco de la dicotomía hombre-mujer[20].

La LII proclama en su art. 2 el derecho de toda persona a la igualdad de trato (principio informador del ordenamiento *ex* art. 4.3 LII) y afirma que nadie podrá ser discriminado por los motivos listados, sin perjuicio de la posibilidad de establecer diferencias de trato justificadas en los términos del art. 2.2 LII (en conexión con su art. 4.2), cuya aplicabilidad a la orientación sexual parece difícil. Este derecho implica ausencia de discriminación, cuyo contornos se amplían para abarcar diversas manifestaciones (art. 4.1 LII, con definiciones en el art. 6), algunas de las cuales sí alcanzan importancia singular en relación con la orientación sexual; en particular, las calificadas como múltiple e interseccional (recuérdese el caso de las lesbianas), por error (consecuencia de un amaneramiento o forma de vestir que, merced a los estereotipos, puede perjudicar a alguien debido a una homosexualidad inexistente) o por asociación (que extiende el daño a persona no LGTBI por su vínculo con quien sí lo es)[21].

La norma destina su art. 9 al empleo por cuenta ajena y establece, entre otras cuestiones, la imposibilidad de imponer en el acceso "limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas" ("incluidos los criterios de selección"); también en la formación, promoción, retribución, jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión o extinción del contrato. A ello se añaden previsiones dispersas también relevantes en el ámbito del trabajo, entre las que destaca la atribución de responsabilidad a la persona empleadora por la discriminación o acoso producido en su ámbito de organización y dirección cuando no hubiera adoptado medidas frente a tales actos (art. 26 LII).

Con todo, especialmente significativo a los efectos de este estudio resulta el art. 10 LII, destinado a clarificar el papel de la negociación colectiva, para la cual dispone las siguientes pautas básicas: veta al convenio la imposición de aquellas limitaciones o exclusiones para el acceso al empleo; alienta la introducción de códigos de conducta y buenas prácticas; contempla la posible previsión de "medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas"; alude de forma expresa, entre las medidas susceptibles de acuerdo, al establecimiento de "objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica", y, por último, atribuye a los representantes del personal y a la empresa la labor de velar por el respeto al derecho a la igualdad y a las medidas de acción positiva y cuantas se adopten para la consecución de los objetivos.

En tanto no se pretende aportar una descripción exhaustiva del contenido de la LII, baste para finalizar con dejar noticia de otro precepto importante para las empresas, al sentar que "podrán asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación", informando debidamente de las mismas a los representantes del personal. Ahora bien, continúa, "la realización de estas acciones podrá ser concertada" con dicha representación, "así como con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato" (art. 33.2 LII).

---

de junio (discriminación por ejercicio de derechos de conciliación) sí se han integrado en el ET, García Salas, A.I.: "Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación", *Labos*, Vol. 4, 2023, pp. 69-72.

[20] Lousada Arochena, J.F.: "Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad", *e-Revista Internacional de Protección Social*, Vol. 8, núm.1, 2023, p. 15.

[21] Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., p. 227.

### 2.2.2. Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley 4/2023)

La incidencia de la LLGTBI en el trabajo y el empleo de las personas homosexuales, lesbianas o bisexuales no es menor y se concreta, en esencia, en los aspectos siguientes:

En primer lugar, dentro de su Título I, exige a las Administraciones públicas tener en cuenta, en sus políticas de empleo, "el derecho de las personas a no ser discriminadas por las causas previstas en esta ley" (art. 14 LLGTBI). Quedan obligadas, entre otras acciones, a adoptar medidas adecuadas y eficaces dirigidas, primero, a la promoción y garantía de la igualdad de trato y oportunidades, así como la prevención, corrección y eliminación de la discriminación a las personas LGTBI en materia de acceso al empleo, condiciones de trabajo, promoción profesional, etc.; segundo, a la creación de un distintivo que reconozca a las compañías que destaquen por su aplicación de políticas en la materia; tercero, al impulso a la elaboración de códigos éticos y protocolos en las empresas que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación por alguna de las causas contempladas en la LLGTBI o, por último, al estímulo a la inclusión en los convenios de cláusulas dirigidas a promover la diversidad en materia de orientación e identidad sexual, expresión de género, etc. y a prevenir, eliminar y corregir las discriminaciones, así como de procedimientos para la tramitación de las denuncias. Previsiones a partir de las cuales no cabe duda de que la Administración asume un rol fundamental que le exige mostrarse diligente de cara a satisfacer los objetivos de la norma[22]; tampoco de que el legislador considera necesaria la contribución de los interlocutores sociales para la satisfacción de los objetivos.

Por otra parte, de conformidad con el art. 15.1 LLGTBI, las empresas con más de cincuenta personas trabajadoras habrán de contar (a partir del 1 de marzo de 2024) "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" de la que son víctimas; y, aunque el contenido y alcance de estas medidas se remite al desarrollo reglamentario, su concreción ha de ser pactada a través de la negociación colectiva, acordándose con la representación legal del personal. Se trata esta de una de las novedades laborales más relevantes, en tanto significa extender al colectivo la obligación empresarial de contar con planes de igualdad y con protocolos antiacoso, inicialmente previstos en garantía de la igualdad entre mujeres y hombres[23].

En segundo término, en el Título III el ya citado art. 62.3 LLGTBI señala que "las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios deberán adoptar métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de las situaciones de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato", quedando sujetas a responsabilidad de no hacerlo.

### 2.3. La orientación sexual de las personas trabajadoras en la legislación autonómica

La competencia estatal en materia laboral no obsta para que la legislación de las CC.AA. destinada a garantizar la igualdad de trato y no discriminación del colectivo LGTBI (existente en casi

[22] Luque Parra, M.: "Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: aspectos laborales más relevantes", *cit*., p. 296.

[23] García García, A.: "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", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 11, 2023, p. 177.

todas[24]) contemple previsiones relacionadas con el empleo y el trabajo de estas personas, aunque su contenido tenga un carácter eminentemente programático[25].

Dejando a un lado la normativa trans (ajena al objeto de análisis), y centrándose en las medidas aplicables a homosexuales, lesbianas o bisexuales, la regulación se concreta, en esencia, en la prohibición –con diversos literales– de discriminación laboral por orientación sexual[26] y en la inclusión de distintas actuaciones públicas ordenadas a garantizar que aquella no se produzca. Destacan, por versar sobre la responsabilidad empresarial y sobre el contenido de la negociación colectiva, las siguientes:

1. La creación de un distintivo para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación y la inclusión, en el sistema de evaluación de dicho distintivo, de indicadores que tengan en cuenta la realidad LGTBI[27].

2. La divulgación de buenas prácticas de empresa para la inclusión del colectivo LGTBI[28].

3. El incentivo a la adopción de códigos de conducta en las empresas para garantizar los derechos de las personas LGTBI, ofrecer protección frente a la discriminación por orientación sexual (incluidas hipótesis de acoso) y favorecer su inclusión laboral[29]. Entre otros instrumentos a tal fin, se prevé la elaboración, en colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales, de protocolos-guías[30]. Además, la materia se incorporará a la estrategia autonómica de responsabilidad social empresarial[31].

[24] Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña); Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de Extremadura; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Región de Murcia; Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (Islas Baleares); Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en Madrid; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ (Navarra); Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 23/2019, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI (Valencia); Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Aragón; Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de garantía de derechos de las personas lesbianas, gais, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género (Cantabria) y Ley 5/2022, de 6 de mayo, de diversidad sexual y derechos LGTBI en Castilla-La Mancha. El art. 42 de la ley trans de la Rioja (Ley 2/2022, de 23 de febrero), desarrollado por Decreto 60/2022, de 14 de diciembre, se refiere al colectivo LGBTI. La Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexual, de Canarias, contempla varias previsiones aplicables a todo el colectivo LGTBI. El País Vasco cuenta con ley trans, pero no con ley de igualdad LGTBI. Castilla y León y Asturias no han regulado ninguna de estas cuestiones.

[25] Así lo afirma, Rivas Vañó, A.: "Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España", *cit*., pp. 82-86, en particular p. 85.

[26] Arts. 33 Andalucía, 42 Canarias, 28 Cantabria, 43 Castilla-La Mancha, 20 Cataluña, 26 Valencia, 40 Madrid o 31 Navarra.

[27] Arts. 34 Andalucía, 18 Aragón, 20 Baleares, 42 Canarias, 21 Cataluña, 41 y 42 Madrid o 32 Navarra.

[28] Arts. 34 Andalucía, 18 Aragón, 45 Castilla-La Mancha, 28 Valencia, 26 Extremadura, 42 Madrid o 31 Murcia.

[29] Arts. 18 Aragón, 20 Baleares, 28 Cantabria, 45 Castilla-La Mancha, 21 Cataluña, 28 Valencia, 26 Extremadura, 31 Murcia o 32 Navarra.

[30] Arts. 34 Andalucía, 17 Aragón o 12 Galicia.

[31] Arts. 30 Cantabria, 26 Extremadura o 42 Madrid.

4. El fomento de la elaboración voluntaria de planes de igualdad y no discriminación que incluyan expresamente a las personas LGTBI, en especial en las pymes[32].

5. La promoción de medidas antidiscriminatorias en los espacios de diálogo social[33] y el impulso a la inclusión en los convenios de cláusulas de promoción y prevención y para la eliminación y corrección de la discriminación (y para dar cauce a denuncias por acoso) de las personas LGTBI[34]. Madrid, de hecho, exige que aquellos incluyan la perspectiva de no discriminación por diversidad sexual o identidad y expresión de género[35], algo dudosamente compatible con el reparto de competencias Estado-CC.AA.[36].

De forma específica, se recomienda incorporar acciones de prevención de la LGTBIfobia en el ámbito laboral, en conexión con la normativa preventiva[37]. Asimismo, se promete apoyo a patronales y sindicatos más representativos para informar sobre la normativa en materia de discriminación por orientación sexual, expresión o identidad de género; promover los derechos y la visibilidad de las personas LGTBI en los lugares de trabajo; tratar de manera específica la discriminación múltiple e incentivar la contratación de quienes se vean afectados por la misma; velar por la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa y reconocer e incluir la heterogeneidad del hecho familiar en cualquier medida de conciliación y gestión del tiempo de trabajo[38]. También para que las fuerzas sindicales y empresariales realicen campañas divulgativas en pro de la igualdad y no discriminación del colectivo LGTBI[39].

## 3. EL TRATAMIENTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN LOS CONVENIOS

La esencial libertad que ostentan los negociadores en cuanto al contenido que desean incorporar al convenio que suscriben (art. 85 ET) no obsta para la existencia de algunas limitaciones o directrices legales. En relación con el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de la orientación sexual de las personas trabajadoras habrá de tenerse en cuenta los dispuesto por los ya referenciados arts. 10 LII y 14 y 15.1 LLGTBI, a partir de los cuales cabe pensar en un progresivo enriquecimiento en el contenido de las normas pactadas, sea específicamente por cuanto hace a esta concreta causa de discriminación, sea de forma conjunta con otras también vetadas por el ordenamiento.

En esta línea se sitúa el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023), que reconoce la necesidad de actuar "frente a las discriminaciones ante la diversidad y la integración de las personas LGTBI" y dedica a la cuestión su capítulo XIV. En él, los firmantes suscriben la "necesidad de fomentar la diversidad de las plantillas, aprovechando el potencial humano, social y económico que supone", y establecen que, para satisfacer tal afán, los convenios deben "promover plantillas heterogéneas", "crear espacios de trabajo inclusivos y seguros", "favorecer la integración y la no discriminación al colectivo LGTBI […] a través de medidas específicas" y "asegurar que los protocolos de acoso y violencia en el trabajo contemplen la protección de las personas LGTBI".

[32] Arts. 33 Andalucía, 17 Aragón, 19 Baleares, 20 Cataluña, 25 Extremadura, 30 Murcia o 31 Navarra.
[33] Arts. 20 Baleares, 42 Canarias, 21 Cataluña o 32 Navarra.
[34] Arts. 33 y 34 Andalucía, 17 Aragón, 19 Baleares, 42 Canarias, 43 Castilla-La Mancha, 20 Cataluña, 27 Valencia, 25 Extremadura, 13 Galicia, 41 Madrid, 30 Murcia o 31 Navarra.
[35] Art. 45 Madrid.
[36] Pues "solo el Estado tiene competencia para imponer a las empresas y a los representantes de los trabajadores el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo", STC 159/2016, de 22 de septiembre.
[37] Art. 34 Andalucía.
[38] Arts. 17 Aragón o 13 Galicia.
[39] Arts. 20 Baleares, 28 Cantabria, 21 Cataluña o 32 Navarra.

La intervención convencional resulta muy necesaria (sobre todo la sectorial, como forma de aumentar la protección en las pymes), no solo para contribuir a erradicar las más flagrantes muestras de segregación, sino también por la general ausencia en las empresas de acciones de sensibilización sobre diversidad sexual, toda vez que muchas no conciben la orientación sexual como factor de potencial discriminación y se manifiestan como tolerantes a la homosexualidad, aunque no lo sean tanto, *de facto*, con las expresiones no acordes con los cánones sociales. Aquella será irrelevante, en consecuencia, solo "mientras se decida acatar un estilo marcado por la heterosexualidad"[40].

Cabe intuir, *a priori*, que las cláusulas convencionales sobre igualdad y no discriminación y el diseño y aplicación de planes de igualdad serían el cauce ideal para la cobertura de las personas LGTBI, pero resulta importante la mención expresa al colectivo y un compromiso abierto contra la LGTBIfobia, pues solo así se podrá compensar la aludida falta de concienciación y alcanzar la máxima eficacia[41].

Sentado lo anterior, uno de los primeros aspectos que destaca de la lectura de los convenios es el aumento de las cláusulas que aluden a la orientación sexual; sin embargo, estas no ofrecen una variedad significativa de regulaciones, ni actuaciones de gran calado. Sorprende esta parquedad si se tiene en cuenta que los sindicatos más representativos reclaman la inclusión de la problemática LGTBI en aquellos y lo hacen a través de documentos en los que concretan con cierto nivel de detalle la intervención deseable[42].

Se echan en falta medidas concretas más incisivas de cara a lograr los objetivos de la igualdad y la erradicación de la violencia en el trabajo. Además de aquellas dictadas solo para las personas transexuales (acciones positivas, protección social complementaria, vigilancia de la salud, etc.), otras que alcancen a todo el colectivo LGTBI o, en concreto, a las opciones no heterosexuales. Llama la atención de forma destacada la ausencia de referencias significativas (salvo las incluidas en los protocolos antiacoso) a la formación y sensibilización del personal y los directivos y, dado el silencio sobre aspecto tan relevante, no sorprende la inexistencia de previsión alguna en relación con el diagnóstico sobre la diversidad en la empresa o actuaciones a seguir para fomentarla (que, de existir, habrán de asumir las restricciones existentes respecto a las preguntas admisibles o al tratamiento de datos sensibles), el desarrollo de políticas específicas de inclusión y visibilización del hecho LGTBI y de las personas del colectivo (en particular en los diversos niveles de responsabilidad –pues también es importante la existencia de referentes–), la conformación de grupos y redes LGTBI (con esponsorizaciones, convenios con asociaciones…), la atención a los riesgos psicosociales del colectivo LGTBI en las evaluaciones de riesgos y planificaciones preventivas o, por no seguir, un lenguaje y una comunicación inclusivos y no discriminatorios[43].

---

[40] El ocultamiento de la orientación sexual hace que la discriminación por tal causa no aflore y no se perciba como problema, pero a veces aquella sale a la luz, quiera o no quiera la persona en cuestión, Lema Touriñán, J.: "La discriminación en el trabajo por razón de orientación e identidad sexual. La igualdad como derecho fundamental en el derecho laboral español y comunitario", en VV.AA.: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU*, Pando Ballesteros, M.P.; Garrido Rodríguez, P. y Muñoz Ramírez, A. (Eds.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp. 1323-1324.

[41] VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.): *cit*., pp. 55-57.

[42] CC.OO.: *Igualdad y diversidad en los convenios colectivos*, 2022 o *Diversidad sexual y de género: una cuestión sindical*, 2018 y UGT: *Las personas LGTBI en la negociación colectiva*, 2021.

[43] Posibilidades contempladas por, entre otros, Álvarez Cuesta, H.: "Previsiones convencionales sobre causas de discriminación 'olvidadas'", en VV.AA.: *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Fernández Domínguez, J.J. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p. 449; Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., pp. 251-253 o Pichardo Galán, J.I.; Alonso Álvarez, M.; Puche Cabezas, L. y Muñoz Hernández, O.: *Guía ADIM LGTB+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, *cit*., pp. 28-30.

La pobreza de resultados apreciada en el panorama negocial posiblemente obedezca a una pluralidad de causas: un interés solo relativo por parte de unos interlocutores en cuya lista de prioridades no figura el colectivo LGTBI, la negativa de la patronal a entrar en la cuestión (por rechazar la existencia de un problema de discriminación o por entender suficiente una cláusula antidiscriminatoria general), la falta de concienciación en los negociadores o la ausencia de representación LGTBI en las mesas de negociación[44].

A grandes rasgos, y con el ET como guía, dos son las áreas temáticas en las que la cuestión adquiere relevancia en el seno de los convenios: las políticas de igualdad y el régimen jurídico aplicable al acoso. Con un peso muy inferior, es preciso mencionar otro bloque temático que cada vez adquiere mayor peso en la gestión empresarial: la diversidad como componente positivo en la conformación del capital humano.

### 3.1. La diversidad, incluida la sexual, como valor de la empresa

La cultura y los valores de la empresa son claves para que las personas LGTBI puedan vivir en libertad y no verse compelidas al ocultamiento, por lo que el respeto a la diversidad dentro de la organización se torna en elemento crucial[45].

La diversidad sexual ha llegado ya a los convenios, sobre todo de empresa (como también está más presente en la gestión de recursos humanos –en el marco de las acciones de responsabilidad social– que en la negociación colectiva[46]), lo que no obsta para localizar destacados ejemplos a nivel superior. Sirva de muestra el acuerdo en el que los firmantes manifiestan que en las empresas de su ámbito "pueden trabajar personas con características personales, culturales, sociales, demográficas, y sexuales muy distintas, por lo que hay que orientar las políticas en [aquellas] para facilitar la convivencia entre personas con necesidades, actitudes, valores, motivaciones y conocimientos muy diferentes, además de rechazar cualquier tipo de discriminación"[47].

La sensibilidad hacia la diversidad (en general y, sexual, en particular) conecta con los principios de tolerancia, respeto, honestidad e inclusión[48] y con la voluntad de promover condiciones respetuosas con las distintas realidades en todos los ámbitos de la compañía[49], por merecer aquella característica una valoración positiva[50] y ser considerada un objetivo permanente[51] a situar en el centro del negocio[52]. Más aún si se tiene en cuenta que "los valores son negocio"[53] y que las diferencias

[44] Aboga por la atrevida propuesta de incluir miembros del colectivo en las mesas negociadoras, Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., pp. 95 y 104-105.

[45] VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.): *cit*., p. 29.

[46] Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., p. 99. Sería el momento de replantearse la cuestión para integrar la regulación convencional (sectorial o empresarial) en el seno de la política de responsabilidad social corporativa, no en vano la gestión de la diversidad no deja de ser un compromiso corporativo que trae consigo un cambio cultural que beneficia a la empresa e incide de forma positiva en las relaciones laborales, Menéndez Calvo, R.: "Negociación colectiva inclusiva: diversidad e igualdad en el actual modelo empresarial", en VV.AA.: *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Argüelles Blanco, A.R. y Fernández Villazón, L.A. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 281.

[47] Art. 44 CC estatal para las empresas del comercio de flores y plantes (BOE 211, 03/09/21).

[48] Art. 118 XX CC de SEAT, SA (BOE 234, 29/09/22).

[49] Art. 99 CC de Compañía Logística Acotral, SA, y Acotral Distribución Canarias, SA (BOE 123, 23/05/19).

[50] Anexo VI III CC de Kone Elevadores, SA (BOE 255, 25/10/23).

[51] Art. 39 CC de Noroto, SAU (BOE 235, 02/09/20).

[52] Anexo II CC de Orange Espagne, SAU (BOE 251, 18/10/19).

[53] Así lo manifiesta en el análisis de su compañía, haciendo constar también la importancia de fomentar la creatividad y la diversidad, como condiciones esenciales para afrontar los retos actuales y futuros, Pascual Gómez-Cuétara, T.:

benefician a la empresa[54], pues "aportan distintos puntos de vista, conocimientos, competencias, experiencias y valores que [la] hacen más innovadora, competitiva y sostenible"[55]; además, las iniciativas en pro de la diversidad revierten en la reputación de la compañía de forma positiva[56].

Por ello, algunas organizaciones abogan por "favorecer permanentemente el pluralismo y la búsqueda de la diversidad y la inclusión a través de una política de reclutamiento coherente con tal objetivo y […] de respeto por las diferencias"[57] o asumen el de "fomentar la integración de personas con perfiles diversos (género, orientación sexual, raza, nacionalidad, procedencia étnica, religión, creencias, edad, discapacidad, etc.) en todas las áreas de negocio y niveles de la empresa"[58]. El éxito del empeño pasa por favorecer el desarrollo de los conocimientos, habilidades y responsabilidades, "basadas en el respeto mutuo, en el reconocimiento del mérito individual y en el compromiso con el desarrollo profesional de las personas", asegurando una gestión sin prejuicios" en atención, como no, a la orientación sexual[59].

En este contexto, cobra un significado especial que el alineamiento con la diversidad sexual venga acompañado de medidas adicionales para la garantía de la inclusión y la no discriminación de las personas LGTBI, entre las que procede citar, de una parte, la creación de un órgano específico, a modo de "Sponsor de Igualdad y Diversidad"[60]; y, de otra, la elaboración de planes de diversidad, sea con carácter general[61] (distintos al de igualdad o integrados como parte de este[62]), sea específico para el colectivo LGTBI[63].

---

"Los valores son negocio: la importancia de nuestras personas", *Economía Industrial*, núm. 149, 2021, pp. 119 y ss., en especial, p. 122.

[54] Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., p. 92 o "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., p. 235; Fernández Herraiz, M.: *Gestión de la diversidad LGTBI en la empresa*, Barcelona, Ayuntamiento, 2019, p. 8 y OIT: *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGTBIQ+) en el mundo del trabajo*, *cit*., p. 53.

[55] "En este sentido, la compañía, entendiendo la singularidad de cada persona como un factor enriquecedor y determinante para el bienestar de la plantilla, publicó el Manifiesto «La diversidad nos lleva más lejos», un compromiso público que describe la diversidad y la inclusión como valores fundamentales del ADN empresarial. Este documento presenta un conjunto de principios de actuación que tiene el objetivo de concienciar a la plantilla y a la sociedad de la importancia de celebrar y respetar la diversidad, destacando el valor de lo diferente como fuente de fortaleza. Se trata de un compromiso social que garantiza a sus trabajadores y trabajadoras un entorno de trabajo seguro, respetuoso e inclusivo con oportunidades de crecimiento personal y profesional", art. 118 XX CC de SEAT, SA (BOE 234, 29/09/22).

[56] En alusión a una organización real donde, entre otras acciones, existe un plan de diversidad y se ha creado un comité *ad hoc* (en cuyo seno se encuentran representadas la diversidad de género, orientación sexual, edad, nacionalidad, discapacidad, etc. y a través del cual se abordan iniciativas en el ámbito de la salud mental y la integración), habiendo logrado, entre otros resultados, que casi un tercio del personal apoye directamente al colectivo LGTBI, Lago Moreda, A.: "Diversidad e inclusión: abriendo paso al cambio", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 198, 2021, p. 72.

[57] Capítulo V.A. CC de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) e Illescas (Toledo) (BOE 255, 25/10/23) o capítulo V.A. CC de Michelin España Portugal, SA (BOE 259, 30/10/23).

[58] Art. 39 CC de Noroto, SAU (BOE 235, 02/09/20).

[59] Correspondiendo al plan de igualdad sensibilizar a la plantilla en torno a la diversidad y promover "un entorno de trabajo inclusivo, en el que se respete la aportación de valor de las personas, independientemente de su procedencia y colectivo", Anexo II CC de Orange Espagne, SAU (BOE 251, 18/10/19).

[60] Art. 33 CC del Grupo Allianz (BOE 154, 29/06/23).

[61] Art. 33 CC del Grupo Allianz (BOE 154, 29/06/23); art. 55 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22) o art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22).

[62] Plan de igualdad y diversidad reclamado por art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22).

[63] Plan de diversidad que se elaborará en cumplimiento del art. 15 LLGTBI, según reconoce el art. 45 II CC de tripulantes de cabina de pasajeros de Norwegian Air Resources Spain, SL (BOE 273, 15/11/23), titulado "Planes de

### 3.2. Igualdad de trato y no discriminación

Las disposiciones más extendidas entre los convenios que recogen alguna referencia a la orientación sexual giran en torno al compromiso con la igualdad y la no discriminación[64]. Suelen ser previsiones formularias, pero aun así su presencia es importante, pues visibilizan al colectivo LGTBI en la norma más próxima a la realidad laboral y pueden acabar obrando como primera piedra para el desarrollo de una cultura empresarial respetuosa con la diversidad[65]. A grandes rasgos, las cláusulas más comunes son estas:

1. Reglas de articulación para negociar a nivel inferior. En ocasiones, los convenios estatales de sector se ocupan de estructurar la negociación colectiva empresarial en la materia analizada (art. 83 ET). Es una opción positiva, pues asociaciones empresariales y sindicatos están en posición idónea para extender la concienciación sobre la problemática LGTBI hasta las entidades más pequeñas, donde tal problemática suele ser obviada.

Así pues, en unos pocos casos los negociadores "entienden que es necesario establecer un marco general de intervención a nivel sectorial para garantizar que el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas sea real y efectivo"; motivo por el cual acuerdan una serie de objetivos comunes en el sector entre los que se incluye el de "establecer directrices para la negociación de medidas de gestión de la igualdad y la diversidad en las empresas, con el fin de prevenir la discriminación directa o indirecta por […] orientación o identidad sexual (LGTBI)"[66].

En la misma línea se sitúa –pero sin decirlo de forma expresa– otro convenio en el que los firmantes, "conscientes de su responsabilidad en la configuración de un marco de relaciones laborales que garantice la efectividad práctica del principio de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación […] quieren dejar constancia expresa en [el] texto del rechazo de actitudes que vayan contra estos principios, limiten las oportunidades y generen desigualdades o favorezcan un entorno que atente contra la dignidad de las personas trabajadoras", así como, "y teniendo presente la realidad de la estructura del empleo en el sector", establecer la igualdad como uno de los principios generales en la rama de actividad, lo que requiere de las empresas que la integran "prevenir la discriminación por cuestiones de orientación o identidad sexual", entre otros motivos[67].

2. Declaraciones a favor de la igualdad y contra la discriminación. El compromiso antidiscriminación es acogido a través de infinidad de modalidades formales, pero siempre orientadas en este mismo sentido, pues suele tratarse de declaraciones genéricas mediante las cuales los negociadores ponen de manifiesto su voluntad de garantizar la aplicación real y efectiva de principio de igualdad y en las que, por lo común, la segregación por orientación sexual se diluye junto a otros motivos proscritos[68]. Postrera afirmación que cuenta, no obstante, con alguna excepción, pues de

igualdad y Diversidad LGTBIG+".

[64] Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., p. 95.

[65] UGT: *Las personas LGTBI en la negociación colectiva*, *cit*., p. 30.

[66] Todo ello "con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y pueda ofrecer igualdad de oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al diálogo social", art. 109 XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21); DA 9ª CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 167, 13/07/22); art. 79 CC nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE 22, 26/01/23) o título IV IX CC estatal del corcho (BOE 214, 07/09/23) [alude también al establecimiento de directrices para la negociación de planes de igualdad]. Coincide solo en parte el Capítulo XIII, CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 292, 07/12/23).

[67] Art. 52 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22).

[68] Art. 99 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 300, 16/12/21); art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22); art. 60 V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE

manera puntual se establece, como cláusula autónoma, que "las empresas especialmente velarán por la igualdad de derechos laborales, la igualdad y la protección de la dignidad del personal perteneciente al colectivo LGTBI"[69] o que la entidad productiva asume "los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de orientación e identidad sexual hacia las personas LGTBI", haciendo propio el "compromiso por mantener entornos laborales donde se respete la diversidad sexual, afectiva y familiar"[70].

Que la cuestión es heredera de los planteamientos aplicados a la regulación de la igualdad de género se hace patente en muchos convenios[71]. No solo porque algunos incluyen la cuestión en un artículo titulado "Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres"[72], sino también porque unos cuantos, de hecho, explicitan la conexión, al establecer, de forma un tanto confusa, que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en un derecho básico de las personas trabajadoras", añadiendo acto seguido que tal derecho "debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por orientación sexual, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad o paternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil"[73].

118, 18/05/22) [sorprendentemente titulado "Derechos sindicales"]; art. 55 CC estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE 210, 02/09/23); art. 12.1 CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 245, 13/10/23); art. 54 II CC de centros y servicios veterinarios (BOE 255, 25/10/23); art. 118 VII CC general del sector de la construcción (BOE 228, 23/09/23); art. 51 CC del sector de grandes almacenes (BOE 137, 09/06/23) o art. 63 VIII Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 137, 09/06/23). A nivel de empresa, art. 54 CC de Capital Genetic EBT, SL (BOE 223, 17/09/21); art. 30.1 CC de Alain Afflelou España y franquiciados (BOE 209, 01/09/21); art. 74.1 IV CC marco del Grupo Viesgo España (BOE 272, 13/11/21); art. 59 V CC de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (BOE 36, 11/02/21); art. 7 VI CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 118, 18/05/21); art. 43 CC de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA (BOE 108, 06/05/21); DA 1ª X CC de Supermercados Sabeco, SAU (BOE 239, 06/10/21); art. 38 CC de Avatel Telecom, SA, para los centros de trabajo de Alicante, Madrid y Málaga (BOE 307, 23/12/22); art. 8 CC de Clear Channel España, SLU (BOE 261, 31/10/22); art. 7 CC de Euro Pool System España, SLU (BOE 177, 25/07/22); DA 1ª VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 180, 28/97/22); art. 75 CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada (BOE 181, 29/07/22); art. 14 CC de Provivienda (BOE 192, 11/08/22); art. 92 III CC de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (BOE 165, 12/07/23); art. 33 IV CC de Cimodin, SL (BOE 255, 25/10/23); art. 55 II CC de la Compañía Auxiliar al Cargo Expres, SA (BOE 259, 30/10/23); art. 1 X CC de Danone, SA (BOE 282, 25/11/23); art. 51 II CC de Kiwokopet, SLU (BOE 177, 26/07/23); art. 11.1 VII CC de Síntax Logística, SA (BOE 231, 27/09/23); DA 5ª II CC de Solplast, SA (BOE 235, 02/10/23); art. 47 II CC de tripulantes de cabina de pasajeros de Norwegian Air Resources Spain, SL (BOE 273, 15/11/23); art. 16.1 CC de Pilotos de Ryanair DAC en España (BOE 153, 28/07/23); art. 42.A) CC del Grupo Supermercados Carrefour (BOE 141, 14/06/23); art. 50 II CC del Grupo Empresas Carriere (BOE 267, 08/11/23); art. 63 V CC del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Día Retail España, SAU (BOE 77, 31/03/23) o arts. 11 y 58 IV CC de Mediapost Spain, SL (BOE 310, 28/12/23).

[69] Art. 94 III CC de ámbito estatal para el sector de contact center (BOE 137, 09/06/23).

[70] Art. 10 II CC de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 273, 13/11/19). Con tenores diversos pero análoga intención, art. 34 CC de Solutions 30 Iberia 2017, SL (BOE 299, 13/12/19).

[71] Recuérdese que discriminación por sexo y por orientación sexual comparten fundamento: aquella enraíza en el predominio de lo masculino merced a la consideración del hombre como superior, convirtiendo los rasgos de masculinidad en virtud, lo que trae consigo la discriminación de las mujeres y de los hombres en los que no estén presentes los rasgos estereotipados de "hombre de verdad", Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 155 o, en análogo sentido, Cuenca Alarcón, M.: "LGTBI, género y libertad sexual: coordenadas y propuestas en el ámbito laboral", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, p. 179.

[72] Art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22).

[73] Art. 67 VI CC estatal del ciclo integral del agua (BOE 238, 03/10/19). Bajo redacciones distintas, otro tanto ocurre con el art. 54.1 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22) o el art. 42 CC de restauración colectiva (BOE 299, 14/12/22).

Avanzando hacia un enfoque más ambicioso que el simple reconocimiento del principio de igualdad, en muchos sectores se aboga por su promoción[74]; se acoge la voluntad de "incidir –por vía normativa, incluso– en la prevención de [las] actitudes [discriminatorias], eliminación de barreras y establecimiento de acciones positivas"[75]; se contempla como regla de orden la de "prevenir, detectar y erradicar cualquier manifestación de discriminación por sexo, identidad de género u orientación sexual"[76]; se encomienda a la comisión paritaria estudiar medidas específicas[77] o se afirma el deseo de "remover los obstáculos que puedan impedir o afectar negativamente al cumplimiento de condiciones de igualdad"[78]. También a nivel de empresa se produce este posicionamiento activo hacia la inclusión y la eliminación de la segregación[79]; en algún caso, con alusión al diseño de medidas de intervención[80] o a su pacto con los representantes del personal[81].

Dando un paso más, es dable extender el compromiso más allá de las puertas de la empresa. Así, cuando el convenio prohíbe a las adjudicatarias realizar "ninguna contratación externa ni de servicios con empresas condenadas por sentencia firme por delitos contra la igualdad, la orientación sexual o la identidad de género"[82].

3. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a materias concretas. La regla de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual resulta plenamente vinculante a todos los efectos, pero puede ser positivo –como reflejo de una voluntad más real y menos formularia– que los convenios reiteren aquella premisa básica en relación con aspectos concretos del régimen jurídico laboral.

Así lo hacen varios acuerdos sectoriales respecto al acceso al empleo[83], reclamando algunos expresamente, en su regulación de los ingresos, que los criterios selectivos sean objetivos y neutros,

[74] Art. 41 CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE 108, 06/05/22); art. 92 III CC de ámbito estatal para el sector de contact center (BOE 137, 09/06/23); art. 82 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23); art. 72 CC de la industria del calzado (BOE 85, 10/04/23) o art. 44 CC estatal para las empresas del comercio de flores y plantes (BOE 211, 03/09/21).

[75] Art. 52 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22).

[76] Art. 50 CC de ámbito estatal de jardinería (BOE 167, 12/07/22).

[77] Art. 55.3 II CC de centros y servicios veterinarios (BOE 255, 25/10/23).

[78] Art. 10 CC para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE 255, 25/09/20).

[79] Art. 43 II CC del Grupo Vodafone España (BOE 34, 09/02/21); art. 6.1 CC del grupo Bebidas Naturales (BOE 187, 05/08/22); art. 9 VII CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 101, 28/04/22); art. 10 IV CC de Cash Converters, SL, y sociedades vinculadas (BOE 309, de 26/12/22); art. 31 CC de Continental Rail, SAU (BOE 181, 29/07/22); art. 32 CC de Sinifo Instalaciones de Telecomunicaciones, SL (BOE 86, 11/04/22); art. 41 CC de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 (BOE 117, 17/05/22); art. 34 III CC de Lo Bueno Directo Servicio de Ventas, SLU (BOE 249, 17/10/22); art. 25.2 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22); arts. 49 y 50 CC de Anjana Investments, SL (BOE 277, 20/11/23); art. 49 IV CC de Bofrost*, SAU (BOE 145, 19/06/23); art. 44 CC de Cemex España Operaciones, SLU (BOE 177, 26/07/23) o DA 2ª CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23).

[80] Art. 70 I CC de Inet Inst, SL (BOE 116, 15/05/21).

[81] Art. 44 I CC del Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (BOE 18, 21/021/21); art. 14 II CC de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Spain, Sucursal en España (BOE 184, 03/08/23) o art. 2 V CC de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (BOE 231, 27/09/23).

[82] Art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22).

[83] Art. 54 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22) o art. 42.1 CC de restauración colectiva (BOE 299, 14/12/22).

a fin de evitar cualquier posible discriminación por, entre otras causas, la orientación sexual[84]. No estaría de más añadir la prohibición expresa de formular en aquellos procesos preguntas dirigidas a indagar sobre cuestiones íntimas como la analizada, recordando de este modo la ilicitud de tales conductas[85].

En relación con la promoción profesional se afirma, asimismo, que la orientación sexual "no podrá suponer un hándicap"[86], insistiendo en la neutralidad y objetividad de los procedimientos[87]. En algún supuesto se añade, asimismo, que el sistema de clasificación profesional instaurado ha sido diseñado "excluyendo discriminaciones por razón de sexo, edad, procedencia étnico-cultural, orientación sexual o diversidad cognitiva y/o física"[88].

Las cláusulas que se ocupan de los salarios, por su parte, se centran en hacer patente la regla de la igualdad retributiva por trabajo de igual valor, sin posible discriminación por sexo o condición u orientación sexual, entre otros motivos de potencial segregación[89]. No cabe duda alguna de que en este ámbito las medidas adoptadas para garantizar la paridad entre mujeres y hombres (atendiendo, en particular, a cuanto dispone el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre), especialmente importantes para las parejas lesbianas (donde los efectos de la brecha salarial se duplican)[90], contribuirán a eliminar hipotéticas diferencias salariales con causa en la tendencia sexual.

Por último, unos pocos pactos refrendan el reconocimiento de "los mismos derechos, incluidos los relativos a las licencias retribuidas, que el convenio contempla para los cónyuges en matrimonio, a las personas, con independencia de su orientación sexual, que conviven en unión de pareja afectiva y estable"[91]. Fórmulas que deben considerarse producto de una voluntad didáctica[92], toda vez que, admitido el matrimonio homosexual, ningún sentido tiene la alusión a la orientación sexual tan solo en cuanto hace a las parejas de hecho, presumiendo que tal es la única opción para las personas del mismo sexo[93]. El presunto valor pedagógico de la matización no parece, sin embargo, argumento

[84] Art. 12 XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21) o art. 29 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/021/22).

[85] Y reforzando, por ende, la protección frente a las mismas, Álvarez Cuesta, H.: "Previsiones convencionales sobre causas de discriminación 'olvidadas'", *cit*., p. 456.

[86] Art. 42.3 CC de restauración colectiva (BOE 299, 14/12/22).

[87] Art. 19 XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21) o art. 28 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22).

[88] Art. 42.2 CC de restauración colectiva (BOE 299, 14/12/22).

[89] Art. 50 CC para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE 255, 25/09/20) o art. 42.5 CC de restauración colectiva (BOE 299, 14/12/22).

[90] Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., p. 243.

[91] Art. 20 CC sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías (BOE 146, 19/06/19) o, análogos, art. 69 CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 11, 13/01/20); art. 28 CC estatal para las empresas del comercio de flores y plantes (BOE 211, 03/09/21) y art. 47 CC marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 243, 10/10/22).

[92] Defendida (en relación con las licencias y permisos, pero también por cuanto hace a todos los derechos de conciliación para visibilizar los distintos modelos de familia) por Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., pp. 112 y 116.

[93] En los países de la UE donde el matrimonio homosexual no se admite se han planteado problemas en relación a si es o no discriminatorio denegar derechos a las parejas de hecho homosexuales que se habrían concedido en caso de ser su vínculo matrimonial. Lo consideran discriminatorio las SSTJUE de 1 de abril de 2008 (C-267/06), asunto Maruko (pensión de viudedad); TJUE de 10 de mayo de 2011 (C-147/08), asunto Römer o TJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-267/12), asunto Hay. En sentido contrario, SSTJCE de 31 de mayo de 2001 (C-2001/152), asunto Suecia contra el Consejo o TJUE de 24 de noviembre de 2016 (C-443/15), asunto Parris. Numerosos son también los pronunciamientos del TEDU, que, sin amparar el matrimonio homosexual, ofrece cobertura a las parejas de hecho homosexuales de países donde no pueden casarse. En España, diversas sentencias refrendaron la diferencia entre matrimonio y pareja de hecho para negar la pensión de viudedad, no apreciando discriminación por orientación

bastante para justificar la persistencia de cláusulas que, aunque dan visibilidad al colectivo, lo hacen de forma inapropiada, al perpetuar estereotipos sobre la idea del matrimonio como enlace hombre-mujer y la pareja de hecho como reducto de segundo orden y subsidiario.

La negociación infrasectorial no altera el panorama descrito, aunque las alusiones a la orientación sexual se extiendan a acceso al empleo y selección de personal, clasificación profesional, estabilidad en el empleo, retribución, derechos de conciliación, suspensiones y extinciones, formación y/o promoción[94]; con reiteración de la sujeción a criterios objetivos y neutros respecto a ingresos[95] y ascensos[96], en razón a méritos, capacidad, aptitud, capacidades, destrezas o logros[97]. Asimismo, algunos textos contemplan la equiparación del vínculo matrimonial a otros análogos, con independencia –como no podía ser de otro modo– de su naturaleza heterosexual u homosexual[98].

Llama la atención el silencio general respecto al colectivo LGTBI en cuanto hace a contenidos formativos, en tanto es un pilar básico en la lucha contra la discriminación y en la conformación de lugares de trabajo seguros. Silencio solo en parte subsanado en los convenios cuyos protocolos antiacoso incluyen en su ámbito el fundado en la orientación sexual e incorporan, para su prevención, cursos y seminarios de sensibilización.

Análoga situación se detecta respecto a la seguridad y salud laboral, en tanto los convenios no ofrecen respuesta adecuada a la especial vulnerabilidad frente al riesgo psicosocial característica de las personas LGTBI (expuestas a la amenaza latente de la discriminación o víctimas de la invisibilidad y la autocensura)[99], pues solo prestan atención a la hipótesis de acoso, sin contemplar la situación general del colectivo de cara a su consideración en la evaluación de riesgos y, en su caso, la planificación preventiva[100].

sexual cuando la denegación afectaba a homosexuales que no habían podido casarse por no ser entonces posible [SSTC 92/2014, de 10 junio; 93/2014, de 12 junio; 98/2014, de 23 junio; 115/2014, de 8 julio; 116/2014, de 8 julio; 124/2014, de 21 julio o 157/2014, de 6 octubre]; criterio más estricto que el seguido para afirmar la discriminación en el acceso a una pensión condicionado para las parejas de hecho a la existencia de hijos comunes, requisito más difícil de cumplir para las homosexuales, SSTC 41/2013, de 14 de febrero, o 81/2016, de 25 de abril.

[94] Art. 6 CC del grupo Bebidas Naturales (BOE 187, 05/08/22); art. 9 VII CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 101, 28/04/22); art. 10 IV CC de Cash Converters, SL, y sociedades vinculadas (BOE 309, 26/12/22); arts. 10 y 11 VII CC de Patentes Talgo, SLU (BOE 128, 30/05/22); art. 25 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22) o art. 44 CC de Cemex España Operaciones, SLU (BOE 177, 26/07/23).

[95] Art. 10.4 CC de Nippon Gases España, SLU (BOE 207, 29/08/22).

[96] Art. 57 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 58, 09/03/22) o art. 11 CC del Grupo Ecoforest (BOE 17, 20/01/23).

[97] Art. 15 II CC de Bimbo Donuts Iberia, SAU (BOE 31, 06/02/23); art. 14 II CC de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Spain, Sucursal en España (BOE 184, 03/08/23); anexo VI III CC de Kone Elevadores, SA (BOE 255, 25/10/23); capítulo V.A. CC de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) e Illescas (Toledo) (BOE 255, 25/10/23) o capítulo V.A. CC de Michelin España Portugal, SA (BOE 259, 30/10/23).

[98] Art. 25 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22) o art. 21 IV CC de Cimodin, SL (BOE 255, 25/10/23). En relación con la paga de nupcialidad y natalidad, art. 45 CC de Ediciones Reunidas, SAU (BOE 290, 05/12/23).

[99] Detallando el modo en que la realidad LGTBI debe integrarse en la deuda empresarial de seguridad, Aguilar Del Castillo, M.C.: "La invisibilidad de la diversidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), *cit*., p. 163.

[100] Contra lo defendido por, entre otros, UGT: *Las personas LGTBI en la negociación colectiva*, *cit*., p. 33 o CC.OO.: *La LGTBIfobia desde la prevención de riesgos laborales*, 2023, p. 24.

4. Inclusión de la orientación sexual en los planes de igualdad. La incorporación de la realidad LGTBI a estos planes es anecdótica, más allá, en su caso, de la regulación del acoso[101]. Algo que no puede extrañar, pues el instrumento nació para atender a una necesidad muy concreta: la superación de la segregación laboral femenina.

Pocas son las excepciones convencionales a esta regla general; entre ellas, el convenio en el cual se prevé, como contenido mínimo de aquellos planes, actuaciones que favorezcan el trato igualitario para las personas LGTBI[102]. Con todo, cabe intuir que están llamados a convertirse, en un futuro no muy lejano, en canal natural para llevar a efecto la obligación de estructurar medidas en pro del colectivo, impuesta por el art. 15.1 LLGTBI. En efecto, aunque la obligada planificación de acciones podrá desarrollarse de forma autónoma, el plan de igualdad es un mecanismo ya asentado que, sin demasiada dificultad, puede aglutinar la acción contra la discriminación por género que venían dispensando, con la ahora exigida por la norma[103].

5. Atribución a la comisión de igualdad de competencias en la materia. No resulta habitual que los convenios otorguen competencias en relación con el colectivo LGTBI a órganos específicos (al margen de lo establecido en relación con la diversidad), pero tampoco que incluyan su tutela en el ámbito funcional de las comisiones de igualdad, las cuales, como los planes antes aludidos, también surgen en la órbita de la paridad de género. Ello no obsta para que progresivamente se hayan abierto a la consideración de otros factores de discriminación; entre ellos, aunque de forma limitada, la orientación sexual[104].

Como modelo de cláusula, procede citar aquella en cuya virtud la "Comisión Paritaria Sectorial para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres" se hace "extensiva a la Igualdad LGTBI" y desarrollará estos contenidos: "cláusulas antidiscriminatorias que incluyan la orientación sexual y la identidad de género; definiciones de tipos de familias en las que estén incluidas las parejas que forman gais y lesbianas; asegurar que los beneficios sociales sean también para las parejas del mismo sexo; vigilancia de la salud específica, que se garantizará con personal formado e informado en orientación sexual e identidad de género; desarrollo de protocolos de salud con orientación al tratamiento del VIH que contendrán campañas divulgativas; desarrollo de protocolos de prevención del acoso discriminatorio por orientación sexual; campañas divulgativas de sensibilización hacia la orientación sexual"[105].

[101] Analiza la relación entre los planes de igualdad y la protección del colectivo LGTBI, López Fuentes, R.: "Planes de igualdad y colectivo LGTBI+", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), *cit*., pp. 131-158.

[102] DA 3ª CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 280, 23/11/21). En la negociación de empresa, art. 38 CC de Avatel Telecom, SA, para los centros de trabajo de Alicante, Madrid y Málaga (BOE 307, 23/12/22); art. 57 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 58, 09/03/22); art. 10 IV CC de Cash Converters, SL, y sociedades vinculadas (BOE 309, 26/12/22) o art. 47 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 290, 05/12/23).

[103] Aboga por configurar los planes de igualdad como instrumento de lucha contra toda discriminación, aun a riesgo de desnaturalizar su esencia, Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., p. 104.

[104] DA 4ª CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 144, 17/06/22).

[105] Art. 103 IX CC estatal del corcho (BOE 214, 07/09/23) o art. 58 CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 292, 07/12/23). Valora este tenor como modélico (aunque referido al ya denunciado convenio estatal de ferralla), Álvarez Cuesta, H.: "Previsiones convencionales sobre causas de discriminación 'olvidadas'", *cit*., p. 455.

### 3.3. Acoso por razón de orientación sexual

Las personas LGBTI, una vez expuesta su condición en el ámbito laboral, son víctimas habituales de bromas y comentarios (u otras "expresiones estigmatizantes"[106]), tan naturalizados y normalizados que a menudo ni siquiera son percibidos como actos de discriminación y/o acoso[107] (aunque lleguen a generar una situación incómoda e incluso amenazante), de forma que, muy a menudo, solo ante el insulto, la hostilidad abierta y el ataque grave e intencional son percibidos por la víctima como auténtica agresión. Así las cosas, el otro gran eje temático en el tratamiento convencional de la discriminación laboral por orientación sexual viene dado, precisamente, por la regulación del acoso, que afrontan mediante tres tipos de previsiones:

1. Declaraciones contra el acoso por razón de orientación sexual. Las manifestaciones genéricas de rechazo a las conductas de acoso motivadas por la orientación sexual de la víctima no son extrañas en la negociación colectiva, aunque a veces estas declaraciones no efectúan mención directa a esta forma de agresión, sino que sitúan la cuestión en un contexto más amplio[108]. Más habitual resulta, empero, que los convenios contengan una referencia expresa y afirmen que sindicatos y patronal "entienden que es necesario prevenir y erradicar situaciones discriminatorias por razón de género, constitutivas de acoso, en su modalidad de acoso sexual, acoso por razón de sexo, por orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género"[109] o recojan la voluntad de impulsar "una cultura organizativa que garantice un trato igual, respetuoso y digno", rechazando toda forma de acoso o discriminación, incluida la motivada por la orientación sexual[110].

La mera mención al colectivo LGBTI o a la orientación sexual, como causa posible de acoso merece una valoración positiva, pues permite dirigir la atención a los motivos singulares que subyacen en estas agresiones. Se intensifica así la protección frente a los textos que se conforman con menciones genéricas para la prevención y lucha contra el acoso, pues estos no prestan atención a lo que hay detrás de la LGTBIfobia como riesgo específico[111]. Se agradecen, no obstante, expresiones más tajantes; así, la empresa que mantendrá "una actitud de tolerancia cero frente al acoso y la discriminación, independientemente de su tipo, manifestación y personas involucradas",

[106] Manifestaciones externas de "prejuicios y estereotipos degradantes", cuya capacidad lesiva conecta con el efecto acumulativo: el impacto de un único comportamiento puede resultar insignificante, pero la acumulación de estas conductas puede desencadenar un grave daño a la dignidad, muy similar al acoso, Álvarez Del Cuvillo, A. "La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, núm. 164, 2022, p. 116.

[107] Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *cit*., p. 228.

[108] Así, el convenio en cuya virtud la "adjudicataria estará en contra de toda conducta que atente al respeto y la dignidad personal mediante la ofensa, verbal o física, por motivo de […] orientación o identidad sexual" [art. 46 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22)]. Otros tenores en anexo I CC del Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (BOE 18, 21/01/21) o art. 25.2 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22).

[109] Art. 102 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 300, 16/12/21) o art. 71 CC de la industria del calzado (BOE 85, 10/04/23). O que "las partes firmantes expresan su pleno y rotundo rechazo ante cualquier conducta que suponga acoso sexual, por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género […] comprometiéndose a colaborar para prevenir, detectar, corregir y sancionar este tipo de conductas", art. 56 II CC de centros y servicios veterinarios (BOE 255, 25/10/23).

[110] Art. 48.Anexo I CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23). O, bajo otros literales, anexo II.I CC de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL (BOE 208, 01/08/20) o art. 102 IV CC marco del Grupo Viesgo España (BOE 272, 13/11/21).

[111] VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.), *cit*., p. 52.

pero considerando especialmente degradante y objeto, por tanto, de atención, especial, el acoso o discriminación por razón de género u orientación sexual[112], o aquella otra que actuará conforme a los valores que declara (incluido el respeto a la diversidad LGTBI), tanto en las relaciones internas, como en las que se mantengan con proveedores y clientes[113].

Es también en el seno de la negociación empresarial donde se localizan compromisos singulares respecto a las personas LGTBI, convertidas en destinatarias de un tratamiento *ad hoc* y separado de otras minorías discriminadas. Lo ilustran sendas cláusulas: de un lado el convenio que declara "intolerables las conductas de acoso por razón de orientación sexual y expresión e identidad de género, tal como se especifica en los principios de Yogyakarta (2007) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE"[114]; de otro, aquel merced al cual "las empresas [del grupo] asumen como propios los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual hacia las personas LGTBI, y afirman su compromiso por mantener entornos laborales donde se respete la diversidad sexual, afectiva y familiar", por lo que "se comprometen a actuar contra cualquier conducta, en el ámbito laboral, que atente al respeto y la dignidad"[115].

2. El acoso por razón de orientación sexual como infracción. La consideración de este acoso como falta muy grave dentro del elenco de conductas susceptibles de activar el poder disciplinario –a veces con copia literal del art. 54 ET– es constante en los convenios sectoriales[116] y en los empresariales[117] (en algunos casos sin mención expresa al acoso, pero con un tenor que deja fuera

[112] Art. 47 CC para los centros de trabajo en Barcelona y Alicante de Pro-Activa Serveis Aquàtics, SL (BOE 310, 22/12/17). Citado por su relevancia, pese a ser anterior al período analizado.

[113] Art. 118 XX CC de SEAT, SA (BOE 234, 29/09/22).

[114] Art. 47 CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23).

[115] Art. 10 II CC de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU. (BOE 273, 13/11/19).

[116] Art. 50 CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 11, 13/01/20); art. 65 XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21); art. 82 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 300, 16/12/21); art. 81 CC estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 231, 27/09/21); art. 70 CC nacional de comercio minorista de droguerías y perfumerías (BOE 10, 12/01/22); art. 65 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22); art. 86 XXII CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 150, 24/06/22); art. 99 II CC de centros y servicios veterinarios (BOE 255, 25/10/23); art. 24 XVIII CC estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 177, 26/07/23); art. 54 CC estatal de estaciones de servicio (BOE 59, 10/03/23); art. 40 VI Acuerdo laboral para el sector de la Hostelería (BOE 59, 10/03/23); art. 58 CC de la industria del calzado (BOE 85, 10/04/23) o art. 60 VIII Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 137, 09/06/23).

[117] Art. 84 VIII CC de Iberdrola Grupo (BOE 52, 02/03/21); art. 36 II CC del Grupo Vodafone España (BOE 34, 09/02/21); art. 34 CC de Family Cash, SL (BOE 274, 16/11/21); art. 41 CC de Federación Farmacéutica, S.C.C.L. (BOE 69, 22/03/21); art. 48 XI CC La Vanguardia Ediciones, SL (BOE 110, 08/05/21); art. 42 CC de Nunhems Spain, SAU (BOE 31, 05/02/21); art. 12 CC de Philips Ibérica, SAU (BOE 209, 01/09/21); art. 90 II CC de Canal de Isabel II, SA (BOE 61, 12/03/22); art. 55 CC de Compañía de Distribución Integral Logista, SAU (BOE 232, 27/09/22); art. 45 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 58, 09/03/22); art. 46 CC del grupo Redexis Gas (BOE 215, de 07/09/22); art. 53 CC de Euro Pool System España, SLU (BOE 177, 25/07/22); art. 84 VII CC de Patentes Talgo, SLU (BOE 128, 30/05/22); art. 44 CC de Provivienda (BOE 192, 11/08/22); art. 38 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22); art. 18 CC de Zucchetti Software Spain, SLU, para sus centros de trabajo en Derio, Donostia, Logroño y Ermua (BOE 117, 17/05/22); art. 34 II CC de la Compañía Auxiliar al Cargo Expres, SA (BOE 259, 30/10/23); art. 65 CC de Deutsche Telekom Business Solutions Iberia, SLU (BOE 191, 11/08/23); art. 21 CC de Disa Holding Energético, SLU (BOE 262, 02/11/23); art. 64 II CC de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Spain, Sucursal en España (BOE 184, 03/08/23); art. 38 CC para el personal de tierra de los centros de trabajo de Algeciras, Ceuta y Tarifa, de Förde Reederei Seetouristik Iberia, SLU (BOE 203, 25/08/23); art. 70 II CC de Game

de toda duda la intención[118]), algunos de los cuales han añadido el prevalimiento de superioridad jerárquica como agravante[119].

Pese a que el ET incorpora como motivo para la extinción del contrato tanto el acoso dirigido hacia quienes trabajan en la empresa, como el ejercido sobre el empresario o empresaria, y aunque tal es la opción adoptada en la mayoría de los textos[120] –en algunos con mención expresa a jefes, compañeros y subordinados[121]–, existen regulaciones que pecan por defecto, al limitar la tipificación de la conducta a la realizada sobre el personal[122], lo que, como es obvio, no obsta para sancionar, mediante la aplicación del mentado art. 54 ET, el acoso por orientación sexual padecido por la persona empleadora. En el extremo contrario, y mereciendo un juicio positivo, unos cuantos convenios amplían el elenco de sujetos pasivos, extendiendo la posibilidad de castigar acciones de las que son víctima personas diferentes a las contempladas en el ET, al incluir el acoso sobre terceros relacionados con la empresa (usuarios, clientes, público, colaboradores, etc.)[123].

---

Stores Iberia, SLU (BOE 273, 15/11/23); art. 45 CC de General Óptica, SA (BOE 45, 22/02/23); art. 39 V CC de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU (BOE 187, 07/08/23); art. 50 CC de Pirelli Neumáticos, SAU (BOE 267, 08/11/23); art. 13 CC de Pilotos de Ryanair DAC en España (BOE 153, 28/06/23); art. 11 III CC profesional entre la Entidad Pública Empresarial ENAIRE y el colectivo de controladores de tránsito aéreo (BOE 202, 24/08/23); art. 47 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 290, 05/12/23) o art. 79 CC de Lean Grids Services, SL (BOE 290, 05/12/23).

[118] Así, al calificar de muy grave "todo comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente contra el respeto de la intimidad y dignidad de la mujer o del hombre mediante la ofensa, física o verbal, de carácter sexual, o por su orientación sexual, identidad o expresión de género" [art. 61 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23) o art. 58 CC del Grupo Marítima Dávila (BOE 108, 06/11/22)]. Con redacciones distintas que permiten idéntica conclusión, art. 48 CC para el sector de actividades forestales (BOE 165, 11/07/19) o art. 26 CC estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE 81, 05/04/23).

[119] Art. 61 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23). Más abundantes son los ejemplos en la negociación de empresa, art. 54 CC de Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU (BOE 239, 06/10/21); art. 58 CC del Grupo Marítima Dávila (BOE 108, 06/11/22); art. 23 Acuerdo marco del Grupo FerroAtlántica en España (BOE 268, 08/11/22); art. 38 CC de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE 108, 06/05/22); art. 70 CC de Cegelec, SA (BOE 119, 19/05/22); art. 46 CC de Fluidmecánica Sur, SL (BOE 14, 27/01/22); art. 39 CC de Sinifo Instalaciones de Telecomunicaciones, SL (BOE 86, 11/04/22) o art. 65 III CC de Kone Elevadores, SA (BOE 255, 25/10/23).

[120] De sector, art. 65 XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21); art. 82 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 300, 16/12/21); art. 81 CC estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 231, 27/09/21) o art. 86 XXII CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 150, 24/06/22). De empresa, art. 34 CC de Family Cash, SL (BOE 274, 16/11/21); art. 41 CC de Federación Farmacéutica, S.C.C.L. (BOE 69, 22/03/21); art. 48 XI CC La Vanguardia Ediciones, SL (BOE 110, 08/05/21); art. 42 CC de Nunhems Spain, SAU (BOE 31, 05/02/21); art. 53 CC de Euro Pool System España, SLU (BOE 177, 25/07/22); art. 45 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 58, 09/03/22); art. 70 II CC de Game Stores Iberia, SLU (BOE 273, 15/11/23); art. 45 CC de General Óptica, SA (BOE 45, 22/02/23); art. 50 CC de Pirelli Neumáticos, SAU (BOE 267, 08/11/23) o art. 47 CC de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 290, 05/12/23).

[121] Art. 65 V CC sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 58, 09/03/22) o, en empresas, art. 45 CC de CTC Externalización, SLU (BOE 73, 18/03/20) o art. 12 CC de Philips Ibérica, SAU (BOE 209, 01/09/21).

[122] Art. 70 CC nacional de comercio minorista de droguerías y perfumerías (BOE, 12/01/22); art. 64 CC estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE 210, 02/09/23); art. 40 VI Acuerdo laboral para el sector de la Hostelería (BOE 59, 10/03/23). En la negociación empresarial, art. 53 CC de Beer&Food (BOE 176, 25/06/20) o art. 38 CC para el personal de tierra de los centros de trabajo de Algeciras, Ceuta y Tarifa, de Förde Reederei Seetouristik Iberia, SLU (BOE 203, 25/08/23).

[123] Art. 26 CC estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE 81, 05/04/23) o art. 84 VII CC de Patentes Talgo, SLU (BOE 128, 30/05/22).

Una decisión menos habitual es la que se refleja en la convivencia de la falta muy grave de acoso por razón de orientación sexual con la meramente grave consistente en ofensas puntuales verbales o físicas, así como faltas de respeto a la intimidad o dignidad por, entre más, aquel motivo[124], el cual determina en unas pocas hipótesis la valoración de la conducta como especialmente grave frente a la fundada en otras causas[125]. De marginales deben ser calificadas las normas que califican el acoso como falta grave el acoso[126] o que consideran leve "el uso del lenguaje que pueda ser ofensivo o discriminatorio por razón de sexo, identidad de género u orientación sexual" y graves "las actitudes o el trato discriminatorio u ofensivo por razón de sexo, identidad de género u orientación sexual"[127]. Tipificaciones que, al infravalorar la gravedad de conductas ofensivas e insultantes constituyen muestra clara de la ausencia de una política sincera de tolerancia cero hacia bromas y comentarios homófobos[128].

Para concluir, mención expresa merece la singular cláusula de un convenio de empresa que, en previsión de futuros cambios legales, establece que, buscando la adaptación permanente del catálogo de faltas y su configuración como instrumento adecuado tanto para "garantizar la convivencia con colaboradores, jefes y compañeros de trabajo", como para luchar contra la discriminación en los términos pautados por la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley 4/2023, "se establecerán los cauces necesarios para que las personas trabajadoras puedan proponer a través de sus representantes legales nuevas conductas punibles, que se estudiarán en la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia"[129].

3. Inclusión del acoso por razón de orientación sexual en el protocolo antiacoso. El art. 15 LLGTBI exige a las empresas con más de cincuenta personas trabajadoras dotarse de protocolos para afrontar situaciones de acoso contra integrantes del colectivo LGTBI, pero lo hace sirviéndose de un literal que parece pensar solo en acciones reactivas. Esto choca con el afán preventivo que impregna la regulación "modelo", dictada frente al acoso sexual y por razón de sexo.

Con todo, una lectura integrativa que ponga en conexión esa regulación sobre el género (en particular, la citada Ley Orgánica 3/2007 o la más reciente Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual), el conjunto de la LLGTBI, la legislación de prevención de riesgos laborales (aplicable a las amenazas de tipo psicosocial –como lo son la discriminación y el acoso al colectivo LGBTI–) y las exigencias incorporadas al Convenio 190 de la OIT sobre violencia

[124] Arts. 64-65 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22) o, idénticos en el nivel empresarial, los arts. 22-23 Acuerdo marco del Grupo FerroAtlántica en España (BOE 268, 08/11/22); art. 39 CC de Sinifo Instalaciones de Telecomunicaciones, SL (BOE 86, 11/04/22) y arts. 64 y 65 III CC de Kone Elevadores, SA (BOE 255, 25/10/23). Con alguna diferencia, art. 71 I CC de Inet Inst, SL (BOE 116, 15/05/21); arts. 53 y 54 CC de Placas de Piezas y Componentes de Recambio, SAU (BOE 239, 06/10/21); arts. 69 y 70 CC de Cegelec, SA (BOE 119, 19/05/22); arts. 45 y 46 CC de Fluidmecánica Sur, SL (BOE 14, 27/01/22); arts. 56 y 57 CC de Global Spedition, SL (BOE 210, 02/09/23) o arts. 48 y 49 VII CC de Recuperación de Materiales Diversos, SA. (BOE 171, 19/07/23).

[125] Arts. 64-65 IV CC estatal de la industria de las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE 10, 12/01/22). Idénticos en el nivel empresarial, los arts. 22-23 Acuerdo marco del Grupo FerroAtlántica en España (BOE 268, 08/11/22); art. 39 CC de Sinifo Instalaciones de Telecomunicaciones, SL (BOE 86, 11/04/22) y arts. 64 y 65 III CC de Kone Elevadores, SA (BOE 255, 25/10/23).

[126] "Salvo que por sus circunstancias procediera su calificación de leve o de muy grave", art. 37 XVIII CC de Europcar IB, SA (BOE 219, 12/09/22).

[127] Art. 64 CC estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE 210, 02/09/23).

[128] Críticos con esta tolerancia a las agresiones de baja-media intensidad, VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.), *cit*., p. 55 o Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", *cit*., p. 119.

[129] Art. 59 IX CC de Telefónica IoT & Big Data Tech, SAU (BOE 241, 09/10/23).

y acoso en el mundo del trabajo (2019)[130], y la Recomendación 206, permite interpretar que aquellos protocolos habrán de contener tanto el procedimiento a seguir tras la producción de una agresión, como aspectos preventivos. La pena es que, incluso los dictados en la lucha contra el acoso sexual y sexista (únicos obligatorios hasta la fecha), con demasiada frecuencia reducen lo "preventivo" a una genérica declaración de intenciones[131].

Sea como fuere, el art. 15.1 LLGTBI efectúa una llamada a la negociación colectiva para consensuar las acciones contra la discriminación y el acoso, lo que margina –con acierto– al tradicional instrumento de la responsabilidad social corporativa y convierte al convenio en cauce idóneo a tal fin. Algunos interlocutores se han adelantado y han aprovechado los protocolos antiacoso sexual o por razón de género para integrar en ellos la tutela del LGTBI[132], reducida casi siempre a la consideración a la orientación sexual.

Limitando las referencias a cuantos textos efectúan una mención expresa a esta causa de discriminación, se observa como, por regla, la inclusión del acoso por orientación sexual en los protocolos antiacoso no ha venido acompañada del establecimiento de particularidades en la regulación del procedimiento a seguir, por lo que aquella situación quedará sujeta a las pautas de general aplicación. Sentado lo anterior, las estipulaciones más usuales se circunscriben a lo siguiente:

Primero, la remisión a la ley laboral para recordar el derecho de las personas trabajadores al respeto de su intimidad y dignidad, incluida la protección frente al acoso por causas diversas, entre las que se cita la orientación sexual[133].

[130] Uno de sus aspectos más destacados "viene dado, precisamente, por la configuración del acoso y la violencia en el trabajo como riesgos psicosociales y, consecuentemente, por el relevante papel atribuido a los mecanismos de tutela preventiva", Correa Carrasco, M.: "Los efectos de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo", *Brief AEDTSS*, núm. 38, 2023, p. 3.

[131] Moreno Márquez, A.M.: "El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pp. 128-129 o Molina Navarrete, C.: "Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo", en VV.AA.: *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio nº 190 OIT en el marco del trabajo decente*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2021, p. 97.

[132] Desde la doctrina ha venido defendiendo esta extensión de los protocolos a cualquier tipo de violencia y acoso laboral, Moreno Márquez, A.M.: "El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español", *cit*., p. 129.

[133] Cláusula adicional sexta VI CC para la acuicultura marina nacional (BOE 299, 15/12/21); anexo 6.1 CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 280, 23/11/21); DA 12ª CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE 192, 11/08/22); anexo I.1 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 13, 15/01/22); anexo III.1 CC para las industrias de turrones y mazapanes (BOE 311, 28/12/22); anexo II.1 CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE 131, 02/06/22); anexo IV.1 CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 10, 12/01/22); anexo XI.1 CC básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 261, 01/11/23); art. 105 IX CC estatal del corcho (BOE 214, 07/09/23); art. 84 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23); anexo II XI CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 68, 21/03/23) o art. 60 CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 292, 07/12/23). A nivel empresarial, anexo II.I CC de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL (BOE 208, 01/08/20); art. 66 IX CC de Ilunion Outsourcing, SA (BOE 247, 15/10/21); art. 66.1 CC de Ilunion CEE Outsourcing, SA (BOE 262, 01/11/22); anexo 17 CC de Siemens Mobility, SLU (BOE 192, 11/08/22); art. 43 CC de Partnerwork Solution, SLU (BOE 70, 23/03/23) o art.48.Anexo I CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23).

Segundo, la inclusión del acoso por tal razón dentro de la categoría acoso por razón de sexo[134], moral[135] o discriminatorio[136], aunque en algunos casos aquel se acoge al mismo nivel que estas otras modalidades, al enunciarse junto ellas[137].

Tercero, la definición autónoma del acoso por orientación sexual, entendiendo por tal "cualquier comportamiento realizado en función de [tal factor], con independencia del sexo […], con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"[138].

Y cuarto, la enumeración de posibles conductas de acoso por razón de la orientación sexual. Así, el trato desigual por tal causa; las descalificaciones, comentarios ofensivos o insultos; la evaluación del trabajo de una persona de forma inequitativa o sesgada; asignar tareas o trabajos por debajo de la capacidad profesional o competencias de la persona o, en fin, conductas explícitas o implícitas dirigidas a tomar decisiones sobre el acceso de la persona a la formación profesional y al empleo, la continuidad en el mismo, la retribución, o cualesquiera otras condiciones[139]. Combinando una descripción amplia de comportamientos con el enunciado de algunos actos más específicos, se habla tanto de "cualquier comportamiento, conducta, práctica o decisión tomada con fines degradantes en base a un criterio discriminatorio" (por ejemplo, exclusión, aislamiento o evaluación de desempeño discriminatoria), como de "ridiculizar malintencionadamente a personas porque las tareas que

[134] Art. 14.2 CC para la industria fotográfica (BOE 187, 05/08/22); anexo II.3 CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE 131, 02/06/22); art. 44 CC de ámbito estatal de jardinería (BOE 167, 12/07/22) o anexo XIV CC de Renault España, SA (BOE 221, 15/09/21) o anexo 7 IV CC de las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas España (UNaAE) (BOE 210, 28/12/23).

[135] Art. 73 CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 11, 13/01/20); DA 6ª CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 144, 17/06/22) o, en la negociación empresarial, art. 42 CC de Beer&Food (BOE 176, 25/06/20); pacto complementario 1º.I CC de Claved, SA (BOE 50, 27/02/20) o art. 75 I CC de Inet Inst, SL (BOE 116, 15/05/21).

[136] Anexo 6.3 CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 280, 23/11/21); art. 119.3.d) XX CC general de la industria química (BOE 171, 19/07/21); DA 12ª CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE 192, 11/08/22); art. 54.4º CC de elaboraciones de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 181, 29/07/22); anexo I.3 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 13, 15/01/22); anexo III.1 CC para las industrias de turrones y mazapanes (BOE 311, 28/12/22); anexo IV.3 CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 10, 12/01/22); anexo XI.3 CC básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 261, 01/11/23); art. 76 CC de empresas de mediación de seguros privados (BOE 273, 15/11/23); anexo II XI CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 68, 21/03/23) o anexo nº 6 II CC de Solplast, SA (BOE 235, 02/10/23). De empresa, art. 33 CC de Alain Afflelou España y franquiciados (BOE 209, 01/09/21); art. 102 IV CC marco del Grupo Viesgo España (BOE 272, 13/11/21); anexo 1 I CC del Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (BOE 18, 21/01/21); art. 46.D) CC de Federación Farmacéutica, S.C.C.L. (BOE 69, 22/03/21); art. 56 CC de Euro Pool System España, SLU (BOE 177, 25/07/22) o anexo I CC de Skytanking Spain, SLU (BOE 285, 29/11/23).

[137] Art. 56 II CC de centros y servicios veterinarios (BOE 255, 25/10/23); art. 84 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23) o art. 71 CC de la industria del calzado (BOE 85, 10/04/23). En la negociación empresarial, art. 120 XX CC de SEAT, SA (BOE 234, 29/09/22); anexo XI, documento núm. 3, II CC de Canal de Isabel II, SA (BOE 61, 12/03/22); anexo 17 CC de Siemens Mobility, SLU (BOE 192, 11/08/22) o anexo II CC de Bimbo Donuts Iberia, SAU (BOE 31, 06/02/23).

[138] Anexo II.5.1 II CC de Bimbo Donuts Iberia, SAU (BOE 31, 06/02/23). En otros convenios la noción (coincidente solo en su sentido final) abarca también la identidad y la expresión de género; así, art. 102 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 300, 16/12/21); art. 101.3.d) CC estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 231, 27/09/21); art. 84 y anexo IV.3 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 69, 22/03/23); art. 71 art. 71 CC de la industria del calzado (BOE 85, 10/04/23) o art. 47 CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23).

[139] Art. 36 CC para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol (BOE 220, 15/08/20).

asumen no se ajustan a su rol o estereotipo impuesto cultural o socialmente"; realizar "chistes, burlas que ridiculicen malintencionadamente […] la orientación sexual" o "menospreciar el trabajo y la capacidad intelectual de las personas" por tal causa[140]. La lista es más escueta cuando se limita a las dos últimas acciones (chistes/burlas y menosprecios)[141]; conductas a las que ocasionalmente se suman las críticas o medidas organizacionales discriminatorias[142]. De hecho, en algún texto solo se identifica un comportamiento concreto en relación con el motivo analizado; a saber, "comentarios o gestos repetitivos de carácter sexual acerca del cuerpo, la apariencia, el estilo de vida u orientación sexual"[143], mofas por la orientación sexual de la víctima[144] o, en general, ataques o críticas por esta causa[145].

Aunque las modalidades de cláusula desgranadas sean las más habituales, es preciso dejar noticia, para completar el repaso, de algunas otras que unos pocos convenios incluyen en sus protocolos antiacoso y cuya importancia es destacable:

De un lado, un decálogo de buenas prácticas que comprende tanto la de "prevenir el hostigamiento" y prohibir el fundado en la orientación sexual, como la de "promover la cultura de la denuncia por homofobia y transfobia". En su seno, se juzga positivamente, para proteger a la población LGTBI, el "reconocimiento de la libre orientación sexual de cada quién" y la interdicción de la discriminación" por este motivo; también la "prohibición de las insinuaciones o manifestaciones […] contrarias a los principios reseñados" en el lenguaje, las comunicaciones o las actitudes, añadiendo que, "se debe eliminar cualquier imagen, cartel, publicidad, etc. que contenga una visión LGTBIfóbica o incite a la LGTBIfobia"[146].

De otro, la identificación de la noción "lugar de trabajo" para extender el ámbito de posible desarrollo del acoso más allá de la estricta noción de centro y horario de trabajo (abarcando viajes, eventos, comunicaciones, etc.), a imagen y semejanza de cuanto dispone el Convenio 190 de la OIT[147].

## 4. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Del Castillo, M.C.: "La invisibilidad de la diversidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022.

Álvarez Cuesta, H.: "Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014.

Álvarez Cuesta, H.: "Previsiones convencionales sobre causas de discriminación 'olvidadas'", en VV.AA.: *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Fernández Domínguez, J.J. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

[140] Anexo 17 CC de Siemens Mobility, SLU (BOE 192, 11/08/22).

[141] Anexo 6.3 CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 280, 23/11/21); anexo I.3 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 13, 15/01/22); anexo III.1 CC para las industrias de turrones y mazapanes (BOE 311, 28/12/22); anexo II.3.2 CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE 131, 02/06/22); anexo IV.1 CC del sector de mataderos de aves y conejos (BOE 10, 12/01/22); anexo XI.1 CC básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 261, 01/11/23) o anexo II XI CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 68, 21/03/23).

[142] DA 12ª CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE 192, 11/08/22).

[143] Art. 66 IX CC de Ilunion Outsourcing, SA (BOE 247, 15/10/21) o art. 66.1 CC de Ilunion CEE Outsourcing, SA (BOE 262, 01/11/22).

[144] Anexo XI II CC de Canal de Isabel II, SA (BOE 61, 12/03/22).

[145] Anexo 7 IV CC de las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas España (UNaAE) (BOE 210, 28/12/23).

[146] Art. 47 CC de Pro a Pro Hostelería Organizada, SAU, para sus centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca (BOE 16, 19/01/23).

[147] DA 12ª CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE 192, 11/08/22).

Álvarez Del Cuvillo, A. "La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, núm. 164, 2022.

Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014.

Cabeza Pereiro, J. y Viqueira Pérez, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley* 15/2022, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

CC.OO.: *La LGTBIfobia desde la prevención de riesgos laborales*, 2023.

CC.OO.: *Igualdad y diversidad en los convenios colectivos*, 2022.

CC.OO.: *Diversidad sexual y de género: una cuestión sindical*, 2018.

Correa Carrasco, M.: "Los efectos de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo", *Brief AEDTSS*, núm. 38, 2023.

Cuenca Alarcón, M.: "LGTBI, género y libertad sexual: coordenadas y propuestas en el ámbito laboral", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019.

Fernández Herraiz, M.: *Gestión de la diversidad LGTBI en la empresa*, Barcelona, Ayuntamiento, 2019.

García García, A.: "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", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 11, 2023.

García Salas, A.I.: "Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación", *Labos*, Vol. 4, 2023.

Lago Moreda, A.: "Diversidad e inclusión: abriendo paso al cambio", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 198, 2021.

Lema Touriñán, J.: "La discriminación en el trabajo por razón de orientación e identidad sexual. La igualdad como derecho fundamental en el derecho laboral español y comunitario", en VV.AA.: *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU*, Pando Ballesteros, M.P.; Garrido Rodríguez, P. y Muñoz Ramírez, A. (Eds.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.

López Fuentes, R.: "Planes de igualdad y colectivo LGTBI+", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022.

Lousada Arochena, J.F.: "Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad", *e-Revista Internacional de Protección Social*, Vol. 8, núm.1, 2023.

Luque Parra, M.: "Proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: aspectos laborales más relevantes", en VV.AA.: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Madrid, AEDTSS, 2022.

Menéndez Calvo, R.: "Negociación colectiva inclusiva: diversidad e igualdad en el actual modelo empresarial", VV.AA.: *Acción sindical y relaciones colectivas en los nuevos escenarios laborales*, Argüelles Blanco, A.R. y Fernández Villazón, L.A. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

Molina Navarrete, C.: "Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo", en VV.AA.: *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio nº 190 OIT en el marco del trabajo decente*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2021.

Morales Ortega, J.M.: "La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022.

Morales Ortega, J.M.: "Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, número especial, 2022.

Moreno Márquez, A.M.: "El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023.

OIT: *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGTBIQ+) en el mundo del trabajo*, Ginebra, OIT, 2022.

Pascual Gómez-Cuétara, T.: "Los valores son negocio: la importancia de nuestras personas", *Economía Industrial*, núm. 149, 2021.

Pichardo Galán, J.I.; Alonso Álvarez, M.; Puche Cabezas, L. y Muñoz Hernández, O.: *Guía ADIM LGTB+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2019.

Rivas Vañó, A.: "Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España", en VV.AA.: *Realidad social y discriminación*, Morales Ortega, J.M. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "Los contornos de la discriminación", *Temas Laborales*, núm. 162, 2022.

Sáez Lara, C.: "Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, 2022.

UGT: *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023*, 2ª edición, 2023.

UGT: *Las personas LGTBI en la negociación colectiva*, 2021.

VV.AA.: *Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Gabriel, C. (Dir.) y Herranz, D. (Coord.), Madrid, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2018.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en la retribución, en las prestaciones de Seguridad Social y en la economía familiar

# The impact of reduced working hours on remuneration, social security benefits and the wider family for legal guardianship

María Areta Martínez *Profesora Titular de Universidad*
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad Rey Juan Carlos*
https://orcid.org/0000-0003-4656-7072

Cita Sugerida: ARETA MARTÍNEZ, M. «El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en la retribución, en las prestaciones de Seguridad Social y en la economía familiar». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 65-100.

**Resumen**

La persona que trabaja por cuenta ajena tiene derecho a reducir su jornada diaria de trabajo por guarda legal de un menor de doce años de edad (art. 37.6.párrafo 1º Estatuto de los Trabajadores). Este trabajo analiza el impacto de dicha reducción de jornada en la cuantía de la retribución, en el cálculo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en la economía familiar. El estudio pone de manifiesto la conveniencia de revisar las disposiciones legales (estatales, autonómicas y locales) y los convenios colectivos que regulan medidas dirigidas a amortiguar el impacto económico negativo de la reducción de jornada por guarda legal. Las medidas en cuestión se articulan actualmente vía prestaciones de Seguridad Social, mejoras previstas en convenio colectivo, subvenciones autonómicas y locales y deducciones fiscales. El objetivo último es garantizar "la protección social, económica y jurídica de la familia" (artículo 39.1 Constitución Española).

**Palabras clave**

Reducción de jornada por guarda legal; Retribución; Prestaciones de Seguridad Social; Economía familiar; Igualdad; Corresponsabilidad

**Abstract**

Any employed person has the right, as a legal guardian, to reduce their working hours to take care of a child under the age of twelve. The objective of this paper is to analyse the impact of this reduction in remuneration as well as the resultant calculation of social security benefits and implications for the wider family.

The research here demonstrates the need to review the various state, provincial and local laws as well as the collective agreements that are designed to cushion the negative economic impact of reduced working hours for legal guardianship.

These measures currently include social security benefits, improved collective agreement conditions, local and regional grants and tax reductions.

The ultimate goal being to guarantee the social, economic and legal protection of the family (Article 39.1 Spanish Constitution).

**Keywords**

Reduction in working hours for reasons of legal guardian ship; Salary; Social security benefits; Wider family; Equality; Co-responsibility

## 1. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL: CONFIGURACIÓN LEGAL

La persona que trabaja por cuenta ajena tiene derecho a reducir su jornada laboral diaria por guarda legal (artículo 37.6.párrafo 1º ET) y a su posterior concreción horaria (artículo 37.7.párrafo 1º ET). El ejercicio del primer derecho (reducción de jornada) condiciona el nacimiento del segundo (concreción horaria).

Fecha Recepción: 19/12/2023 - Fecha Revisión: 07/02/2024 - Fecha Aceptación: 19/02/2024
Págs. 65-100

Por razones de guarda legal, la persona que trabaja por cuenta ajena puede reducir su jornada laboral diaria entre una octava parte (12,5 %) y la mitad (50 %)[1] para el cuidado directo de cualquiera de los sujetos (causantes) indicados a continuación (artículo 37.6.párrafo 1º ET):

— Hija/o a cargo menor de 12 años de edad.

— Menor de 12 años de edad a cargo que se encuentra, por ejemplo, en régimen de tutela, de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción.

— Persona con discapacidad a cargo que no desempeña actividad retribuida, sea o no familiar y sea cual sea su edad.

El derecho a reducir la jornada por guarda legal se reconoce cualquiera que sea la duración del contrato de trabajo (temporal, indefinido) y de la jornada (a tiempo parcial, a tiempo completo). Se trata de un derecho que, al igual que los demás derechos normativos de conciliación de la vida familiar y laboral, es individual y neutro, porque su ejercicio es intransferible y la titularidad corresponde a cada trabajadora y trabajador (artículo 37.6.párrafo 10º ET); no se establece solo para las trabajadoras ni solo para los trabajadores, sino para unas y otros por igual:

— La *titularidad individual* del derecho posibilita que en algunos casos varias personas trabajadoras puedan ejercerlo conjuntamente, ya sea de forma simultánea, correlativa o alternativa, dedicando así parte de su tiempo de trabajo a cuidar de un mismo sujeto causante en corresponsabilidad. En este sentido, por ejemplo, la hija y el hijo menores de 12 años de edad pueden causar el derecho en favor del padre y de la madre (progenitores o adoptantes) si ambos trabajan por cuenta ajena, salvo que se trate de una familia monoparental, en cuyo caso la titularidad y el ejercicio del derecho corresponde a una sola persona trabajadora. Con todo, si dos o más personas trabajadoras de una misma empresa tienen derecho a reducir su jornada para cuidar de un mismo sujeto causante, su ejercicio simultáneo, que no sucesivo ni en alternancia, puede limitarse por razones fundadas y objetivas de funcionamiento empresarial, debidamente motivadas por escrito, en cuyo caso la empresa ofrecerá a cada una un plan alternativo que asegure el ejercicio del derecho (artículo 37.6.párrafo 10 º ET)[2].

— La *titularidad neutra* del derecho permite no solo fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, sino también evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género (artículo

[1] Si la persona trabajadora desea reducir su jornada laboral fuera de los parámetros indicados, cabe entender que la vía para hacerlo no es el artículo 37.6.párrafos 1º del ET, sino el artículo 38.4 del ET.

[2] Este plan alternativo puede consistir, por ejemplo, en sustituir el ejercicio simultáneo del derecho por el ejercicio sucesivo o en alternancia. Nótese que la norma faculta a la empresa para limitar por razones de funcionamiento el ejercicio simultáneo del derecho por "dos o más trabajadores de la misma empresa", no del "mismo centro de trabajo". Cabe entender que, tratándose de empresas con dos o más centros de trabajo, las razones de funcionamiento que justifican la limitación del ejercicio simultáneo del derecho no se apreciarán de igual modo cuando las personas trabajadoras presten servicios en el mismo centro de trabajo que cuando lo hacen en distintos centros de la misma empresa.

37.7.párrafo 11º ET)[3]. La doctrina científica[4] y la judicial[5] han declarado que la empresa no puede convertirse en una suerte de guardián de la corresponsabilidad, pretendiendo que, a la hora de reconocer el derecho de la persona trabajadora a reducir su jornada, entre a analizar cómo esta organiza el cuidado del hijo/a con el otro progenitor/adoptante, su cónyuge o pareja o, en su caso, con otros familiares (abuelos) y mucho menos con terceros ajenos a la familia, porque ello supondría una intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas.

Aunque el legislador configura la reducción de jornada por guarda legal como un derecho neutro y cada vez más hombres se acogen a él, la estadística acredita que son las mujeres quienes siguen ejerciéndolo mayoritariamente[6]. Los órganos judiciales se han hecho eco del dato estadístico y, en cumplimiento del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, lo toman en cuenta para resolver las dudas de interpretación y aplicar la normativa reguladora del derecho en cuestión con perspectiva de género, evitando así que las trabajadoras que lo ejercen sufran situaciones de discriminación indirecta por razón de género en el empleo o en sus condiciones de trabajo, y muy particularmente en su retribución y promoción profesional[7]. Aun cuando buena parte de los supuestos litigiosos sobre reducción de jornada por guarda legal van referidos a mujeres trabajadoras, las conclusiones alcanzadas al interpretar la normativa con perspectiva de género también serán aplicadas a los trabajadores varones que ejercen igual derecho. Aunque se han producido avances sociales importantes, las normas laborales sobre conciliación de la vida familiar y laboral deberán seguir siendo interpretadas con perspectiva de género, por mandato del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, hasta que se alcance un reparto equilibrado entre hombres y mujeres (corresponsabilidad) de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consideración de la igualdad real y efectiva en el ámbito laboral.

[3] Rodríguez Escanciano, S.: "Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1, 2021 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00203), señala que los derechos legales de conciliación han pasado progresivamente a encontrar su razón de ser "en la lógica de la corresponsabilidad de las tareas familiares y domésticas entre los sexos para terminar con el papel tradicional de la mujer y del hombre en la sociedad y en la familia", y añade que se trata de romper "la tradicional separación del mundo remunerado masculino frente al mundo no productivo femenino".

[4] Lousada Arochena, J.F.: "Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 70, 2020.

[5] STSJ de Madrid-SOC núm. 768/2023, de 15 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 74/2023. ECLI:ES:TSJM:2023:9703).
En relación con la reducción de jornada por guarda legal de hijo/a menor de 12 años de edad, la doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia es muy clara al señalar que la persona trabajadora peticionaria no tiene que acreditar si su cónyuge o pareja tiene más fácil conciliar o no; tampoco si los abuelos, y mucho menos terceros ajenos a la empresa, están disponibles o no. Por todas vid., SSTSJ de Galicia, Sala Social, de 28 de mayo de 2019 (Recurso de suplicación núm. 1492/2019. ECLI:ES:TSJGAL:2019:3362); 22 de julio de 2019 (Recurso de suplicación núm. 1992/2019. ECLI:ES:TSJGAL:2019:4756) y núm. 4440/2023, de 11 de octubre (Recurso de suplicación núm. 3009/2023. ECLI:ES:TSJGAL:2023:6899). La misma doctrina sostiene la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas, en sentencias núm. 227/2022, de 27 de enero (Recurso de suplicación núm. 1615/2021. ECLI:ES:TSJICAN:2022:923); y núm. 229/2022, de 24 de febrero (Recurso de suplicación núm. 1863/2021. ECLI:ES:TSJICAN:2022:924).

[6] Según datos del INE ("Encuesta de población activa. Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar"), en 2018 "se acogieron a la reducción de jornada por guarda legal el 1,10 por 100 de las mujeres trabajadoras (146.300 trabajadoras, en términos absolutos), frente al 0,5 por 100 de los hombres trabajadores (68.900 trabajadores); en definitiva, más del doble de mujeres que de hombres". Sobre la estadística como medio de prueba para acreditar situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo, vid., por todas, STC (Sala Segunda) núm. 153/2021, de 13 de septiembre (Recurso de amparo núm. 1797/2020. ECLI:ES:TC:2021:153).

[7] Por todas, vid., STS-SOC núm. 379/2023, de 25 de mayo (RCUD núm. 1602/2020. ECLI:ES:TS:2023:2433).

## 2. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LA RETRIBUCIÓN

### 2.1. Introducción

La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada "la disminución proporcional del salario" (artículo 37.6.párrafo 1º ET), no así la de otros derechos laborales como, por ejemplo, el derecho al descanso; tres consideraciones al respecto:

— *Primera consideración: duración y retribución de las vacaciones*. La reducción de jornada por guarda legal no conlleva una rebaja en la duración de las vacaciones[8]; tampoco cuando se disfrute de forma acumulada, en cuyo caso cada jornada completa de trabajo equivale a dos jornadas reducidas y, por tanto, a dos días de trabajo y sus correspondientes vacaciones[9]. Sin embargo, la reducción de jornada trae consigo una rebaja en la retribución de las vacaciones por incluir conceptos, como el salario base, que aminoran su cuantía en igual proporción que la jornada.

— *Segunda consideración: la duración del descanso retribuido tras la guardia*. El personal sanitario puede reducir por razones de guarda legal tanto la jornada ordinaria como la jornada complementaria de atención continuada (guardias):

  - El personal sanitario que reduce sus horas de guardia percibirá únicamente la retribución correspondiente a las efectivamente realizadas. En relación con el descanso retribuido posterior a la guardia (libranza o saliente), el TC ha declarado que la reducción por razones de guarda legal del número de guardias no lleva aparejada la disminución del descanso retribuido posterior a la guardia si esta ha tenido la misma duración que para el resto del personal[10], y caso de hacerlo supondría una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y del derecho de las médicas que reducen su jornada a no padecer discriminación por razón de sexo.

---

[8] La STSJ de Andalucía/Granada-SOC núm. 2316/2019, de 10 de octubre (Recurso de suplicación núm. 90/2019. ECLI:ES:TSJAND:2019:16161), declara que la persona trabajadora con reducción de jornada por guarda legal "conserva el derecho al disfrute de la integridad de vacaciones, si bien la retribución de las mismas ha de sufrir exclusivamente la reducción proporcional, pero no la merma de efectivos días de disfrute".
En la doctrina científica, vid., Velasco Portero, Mª T.: "Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada", *Documentación Laboral*, núm. 100, 2014, p. 60.

[9] STSJ de Galicia-SOC núm. 4684/2023, de 31 de octubre (Recurso de suplicación núm. 2888/2023. ECLI:ES:TSJGAL:2023:6980).

[10] El TC ha adoptado una consolidada doctrina al respecto, recogida en las sentencias siguientes:
-STC (Pleno) núm. 79/2020, de 2 de julio (Recurso de amparo núm. 500/2019. ECLI:ES:TC:2020:79), comentada por García Romero, B.: "Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación como consecuencia de la injustificada reducción del tiempo de descanso retribuido por cada 'saliente de guardia' que deriva del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2020 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00163); y Reche Tello, N.: "Discriminación indirecta por razón de sexo y ejercicio de derechos de conciliación: la naturalización del vínculo. Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2020, de 2 de julio", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 9, 2021.
-STC (Sala Segunda) núm. 90/2020, de 20 de julio (Recurso de amparo núm. 1102/2019. ECLI:ES:TC:2020:90); STC (Sala Primera) núm. 91/2020, de 20 de julio (Recurso de amparo núm. 1765/2019. ECLI:ES:TC:2020:91); STC (Sala Primera) núm. 124/2020, de 21 de septiembre (Recurso de amparo núm. 1767/2019. ECLI:ES:TC:2020:124); y STC (Sala Primera) núm. 129/2020, de 21 de septiembre (Recurso de amparo núm. 3362/2019. ECLI:ES:TC:2020:129).
-STC (Sala Segunda) núm. 168/2020, de 16 de noviembre (Recurso de amparo núm. 2587/2019. ECLI:ES:TC:2020:168), comentada por Rodríguez Escanciano, S.: "Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas", *ob. cit.*

- El personal sanitario puede reducir únicamente la jornada ordinaria, manteniendo sin cambios las guardias. En tal caso y tratándose del personal laboral, el TS ha declarado que las horas de guardia comprendidas entre el límite de la jornada ordinaria reducida y el de la jornada ordinaria sin reducción se retribuirán con arreglo al precio pactado en el convenio colectivo para la hora de guardia, aunque sea inferior al de la hora ordinaria. Dicha conclusión, añade el TS, no puede enervarse cuando la suma de la jornada ordinaria reducida y la jornada complementaria fuera inferior a la jornada ordinaria anual sin reducción, por cuanto dicha circunstancia no convierte a la jornada complementaria en jornada ordinaria[11].

— *Tercera consideración: la pausa.* La reducción de la jornada diaria por razones de guarda legal puede afectar a la pausa, que es un descanso directamente vinculado con el número de horas de trabajo. El artículo 34.4 del ET señala que las personas trabajadoras mayores de edad tienen derecho a una pausa mínima de 15 minutos por cada 6 horas diarias de trabajo continuado. La pausa se suprime cuando, tras la reducción de jornada, el número diario de horas de trabajo continuado es inferior al señalado. No obstante, si la persona trabajadora ha seguido disfrutando de la pausa tras la reducción de jornada, como condición más beneficiosa, la empresa no puede unilateralmente dejarla sin efecto[12].

Una cuestión estrechamente vinculada con el impacto de la reducción de jornada por guarda legal en el salario es la referida a las horas extraordinarias. Concretamente, la cuestión consiste en determinar si quienes tienen contrato a tiempo completo y jornada reducida por guarda legal pueden realizar horas extraordinarias, con el consiguiente aumento de las horas de trabajo y de la retribución. La reducción de jornada por guarda legal no altera la naturaleza del contrato a tiempo completo, es decir, no implica la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial[13], con la consiguiente imposibilidad de realizar horas extraordinarias, *ex* artículo 12.4.c) del ET. Sin embargo, un sector de la doctrina judicial considera que la prolongación de la jornada por la realización de horas extraordinarias es incompatible con la naturaleza y objetivos de la jornada reducida por guarda legal[14].

Más allá de la disminución salarial, la reducción de jornada por guarda legal no tendría que motivar la modificación de las condiciones de trabajo. No obstante, se dan casos en que la empresa adopta una movilidad funcional o una movilidad geográfica sin que tal decisión resulte necesariamente contraria a Derecho, y es que hay que estar a las circunstancias del caso concreto; sirvan de muestra los dos casos siguientes:

— *Primer caso: cambio de puesto de trabajo tras reducir jornada por guarda legal.* El TC no ha apreciado discriminación por razón de sexo en la decisión empresarial de asignar a una

[11] Por todas, vid., STS-SOC núm. 530/2022, de 8 de junio (RCUD núm. 4554/2019. ECLI:ES:TS:2022:2452). El criterio del TS es aplicado por la doctrina judicial en STSJ de Cataluña-SOC núm. 5566/2023, de 5 de octubre (Recurso de suplicación núm. 1531/2023. ECLI:ES:TSJCAT:2023:9549).

[12] STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 857/2018, de 31 de julio (Recurso de suplicación núm. 440/2018. ECLI:ES:TSJICAN:2018:2490).

[13] En este sentido, vid., Fernández Orrico, F.J.: "El respeto al principio de voluntariedad, como elemento esencial en la conversión de la jornada de trabajo", en VV. AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo*, Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Vol. I, BOE, Madrid, 2022, pp. 626 y 627.

[14] La doctrina judicial declara que la prolongación de la jornada reducida a través de la realización de horas extraordinarias o servicios especiales supone "la quiebra del compromiso temporal configurado tras el ejercicio del derecho a la reducción de jornada, desnaturalizando así mismo su objeto y razón de ser". En este sentido, vid., por todas, SAN-SOC núm. 17/2007, de 8 de febrero (ECLI:ES:AN:2007:658); STSJ de la Comunidad Valenciana-SOC núm. 3167/2010, de 18 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 748/2010. ECLI:ES:TSJCV:2010:8795); y STSJ de Cantabria-SOC núm. 637/2015, de 31 de julio (Recurso de suplicación núm. 315/2015. ECLI:ES:TSJCANT:2015:1048).

trabajadora con jornada reducida por guarda legal otro puesto de trabajo de igual categoría, basándose en razones objetivas de organización y funcionamiento debidamente acreditadas[15].

— *Segundo caso: desplazamiento a otro centro de trabajo tras reducir jornada por guarda legal.* La Sala de lo Social del TSJ de Madrid dictamina que ha de computarse como tiempo de trabajo efectivo el mayor tiempo que una trabajadora con jornada reducida por guarda legal invierte durante los periodos lectivos de su hija para desplazarse en transporte público desde el colegio de esta hasta al nuevo centro de trabajo al que ha sido desplazada, y viceversa[16]. El TSJ considera que el cambio de centro de trabajo incide negativamente en el ejercicio del derecho a conciliar vida familiar y laboral. El TSJ también advierte que el desplazamiento adoptado por la empresa carecería de trascendencia en una situación laboral "ordinaria", pero no sucede lo mismo cuando se produce en el marco de un derecho de conciliación legalmente establecido, como es el derecho a la reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.6.párrafo 1º del ET.

La reducción de jornada por guarda legal ocasiona un impacto negativo y directo en el salario, que será mayor o menor en función de tres factores principalmente; a saber:

— *Primer factor: el porcentaje de jornada que se reduce*. El art. 37.6.párrafo 1º del ET dispone que la reducción de jornada lleva aparejada "la disminución proporcional del salario". El precepto estatutario precisa el *quantum*, es decir, cuánto ha de reducirse el salario, y para ello adopta la regla de proporcionalidad: el salario disminuye en la misma proporción que la jornada. En este sentido, si la jornada se reduce un 50 %, el salario disminuirá un 50 %. Cuanto mayor sea el porcentaje de jornada que se reduce, mayor será el impacto negativo en el salario.

— *Segundo factor: la duración de la reducción de jornada*. La duración de la reducción de jornada por guarda legal de un menor viene determinada por la edad de 12 años, y para el cuidado directo de persona con discapacidad que no desempeña actividad retribuida, puede prolongarse de manera indefinida en el tiempo en tanto que el sujeto causante siga con discapacidad y sin desempeñar actividad retribuida. Dado que el salario disminuye durante todo el periodo de reducción de jornada, cuanto más dure este, mayor será el impacto negativo en el salario.

— *Tercer factor: la naturaleza jurídica de cada uno de los conceptos retributivos que percibe la persona trabajadora*. La referencia del artículo 37.6.párrafo 1º del ET a la "disminución proporcional del salario" no ha de interpretarse en un sentido amplio como "disminución proporcional de la retribución", porque hay conceptos retributivos que mantienen su cuantía íntegra durante el periodo en que la jornada está reducida. El impacto de la reducción de jornada será mayor o menor en función de cuántos y cuáles sean los conceptos retributivos que aminoran su cuantía.

La persona trabajadora puede tomar la decisión de reducir su jornada por guarda legal, en qué porcentaje y durante cuánto tiempo. Esta decisión condiciona en buena medida el mayor o menor impacto que la reducción de jornada vaya a tener en su salario[17]. Sin embargo, hay otro factor que

[15] STC (Sala Segunda) núm. 153/2021, de 13 de septiembre (Recurso de amparo núm. 1797/2020. ECLI:ES:TC:2021:153), comentada por Sempere Navarro, A.V.: "Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional impuesta (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2021 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00293).

[16] STSJ de Madrid-SOC núm. 64/2023, de 27 de enero (Recurso de suplicación núm. 1254/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:657).

[17] Dubin, K.A.: "¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales", en VV. AA.: *La Ley de Igualdad. Consecuencias prácticas en*

escapa de su decisión y que también condiciona ese impacto; es el referido a la concreción de los conceptos retributivos que minoran su cuantía en igual proporción que la jornada.

La jurisprudencia y la doctrina judicial dictaminan que la reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada la disminución de todos los conceptos retributivos que figuran en nómina. La Sala de lo Social del TS argumenta que la reducción de jornada no puede ocasionar a la persona trabajadora un perjuicio que exceda del propio que la ley contempla, y que no es otro que la "disminución proporcional del salario" (artículo 37.6.párrafo 1º ET), disminución "que afecta tanto al salario base como a los complementos salariales ligados a la duración de la jornada"[18].

La doctrina judicial, por su parte, argumenta que la reducción de jornada por guarda legal no significa que la persona trabajadora tenga un contrato de trabajo a tiempo parcial regulado por el artículo 12 del ET, pero realiza una jornada a tiempo parcial, de ahí el derecho a percibir el salario durante el tiempo en que esté con jornada reducida de manera igual a si estuviera contratada a tiempo parcial. Esto justifica la aplicación del artículo 12.4.d) del ET[19] a todas las personas trabajadoras con jornada reducida por guarda legal[20], aun cuando su contrato de trabajo sea a tiempo completo. La doctrina judicial añade que este criterio se confirma por el Acuerdo Marco de Trabajo a Tiempo Parcial anexo a la Directiva 97/81/CE, que no define el concepto de "contrato de trabajo a tiempo parcial" (como hace el artículo 12.1 ET), sino el de "trabajador a tiempo parcial", que es más amplio porque incluye a toda persona trabajadora que tenga una jornada reducida, con independencia de la fuente o causa de dicha reducción y de su duración. La doctrina judicial concluye señalando que esta debe ser la guía para interpretar el concepto "disminución proporcional del salario" del artículo 37.6 del ET.

La jurisprudencia y doctrina judicial completan su argumentación afirmando que, dado que son las mujeres trabajadoras quienes mayoritariamente hacen uso del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, las disposiciones normativas y convencionales que ordenan la retribución deben interpretarse con perspectiva de género, *ex* artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, a la hora de determinar si un determinado concepto retributivo se reduce o no en la misma proporción que la jornada[21]. Además, ha de tenerse en cuenta la dimensión constitucional de los derechos de conciliación

*las relaciones laborales y en la empresa*, García-Perrote Escartín, J.I. y Mercader Uguina, J. (Dirs,), Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 45-69, señala que uno de los principales factores que configuran la decisión de acceder o no a la reducción de jornada por guarda legal es el coste de oportunidad en términos de salario perdido.
En el mismo sentido, Azagra Solano, M.: "El conflicto de la conciliación de la vida familiar y laboral: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2010, pp. 63-82, afirma que "la reducción de jornada lleva consigo la pérdida de la remuneración correspondiente y esa pérdida, si es cuantiosa por tener que ser amplio el porcentaje de la reducción, puede llegar a hacer ilusorio el derecho mismo".

[18] Vid., STS-SOC núm. 623/2019, de 11 de septiembre (RCO núm. 59/2018. ECLI:ES:TS:2019:3021).

[19] El artículo 12.4.d) del ET dispone que "Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado […]".

[20] En este sentido, vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 874/2021, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 743/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:11057); núm. 211/2022, de 14 de marzo (Recurso de suplicación núm. 939/2021. ECLI:ES:TSJM:2022/3175); núm. 452/2023, de 10 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1220/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:5015); y núm. 378/2023, de 26 de junio (Recurso de suplicación núm. 888/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:7404).

[21] Por todas, vid., SAN-SOC núm. 90/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:AN:2023:4061).
Un sector de la doctrina científica considera que para apreciar la existencia de discriminación indirecta en un caso concreto no es suficiente con acudir a la estadística general sobre el uso del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, "sino que habría que constatar que ese impacto negativo se produce en el seno concreto de la empresa, lo que obliga a tomar en consideración las circunstancias de la misma -proporción de hombres y mujeres en plantilla, proporción en el disfrute de derechos familiares, etc.- así como la política empresarial en relación con reducciones

de la vida familiar y laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales (artículo 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE)[22]. Esta dimensión constitucional ha de tomarse en cuenta por los órganos judiciales al enjuiciar si un determinado concepto retributivo reduce o no su cuantía en igual proporción que la jornada, y sería acertado que el profesional que presta la asistencia técnica (graduados sociales, abogados) a la persona trabajadora demandante la tuviera en cuenta al plantear la pretensión en la demanda.

En definitiva, en caso de reducción de jornada por guarda legal no hay que aplicar de forma automática la disminución proporcional de todos los conceptos que figuran en nómina, sino únicamente de aquellos que, atendiendo a su naturaleza, se fijan en función de las horas de trabajo. La disminución se practicará conforme al principio *pro rata temporis*, es decir, en la misma proporción que las horas dejadas de trabajar; dicho de otro modo: "los conceptos salariales que dependen de circunstancias o exigencias de la prestación de servicios que no se vean afectadas por la reducción de jornada no deben ser minorados o reducidos proporcionalmente, sino que deben abonarse en su importe íntegro"[23]. Las personas trabajadoras con jornada reducida por guarda legal percibirán íntegramente aquellos conceptos retributivos que por su naturaleza sean indivisibles, quedando minorados proporcionalmente a la jornada solo aquellos susceptibles de algún tipo de medición[24].

El convenio colectivo puede intervenir en el sector privado como norma más favorable, *ex* artículo 3.3 del ET, reconociendo el derecho a reducir la jornada sin disminución salarial. Por otra parte, el modo en el que algunos convenios colectivos regulan la retribución o la reducción de jornada ha planteado problemas sobre la manera de articular la "disminución proporcional de salario"; sirvan de muestra los dos supuestos siguientes:

— *Primer supuesto*: el convenio colectivo dispone que "El personal fijo que trabaje a tiempo parcial o con jornada reducida experimentará una reducción proporcional en todas y cada una de las retribuciones, incluida la antigüedad"[25]. Con ocasión de un supuesto en el que un trabajador tenía la jornada reducida por guarda legal, el TSJ de Canarias dictaminó que la aplicación

de jornada debidas a otras causas". En este sentido, vid., López Álvarez, M.J.: "Impacto en la retribución de los permisos y reducciones de jornada por causas familiares", en VV. AA.: *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010.

[22] El TC puso de manifiesto la dimensión constitucional del derecho a la reducción de jornada por guarda legal a partir de la STC (Saña Primera) núm. 3/2007, de 15 de enero (Recurso de amparo núm. 6715/2003. ECLI:ES:TC:2007:3). El TS también ha acogido la doctrina del TC sobre la dimensión constitucional de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar y laboral, en general, y del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, en particular, señalando que ha de tenerse en cuenta cuando la regulación plantee alguna duda hermenéutica en cuanto al derecho a la reducción de jornada y a las condiciones de su ejercicio. Por todas, vid., STS-SOC núm. 983/2023, de 21 de noviembre (RCUD núm. 3576/2020. ECLI:ES:TS:2023:5045).

[23] Por todas, vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 74/2021, de 29 de enero (Recurso de suplicación 378/2020. ECLI:ES:TSJM:2021:1076); núm. 351/2022, de 8 de abril (Recurso de suplicación núm. 1133/2021. ECLI:ES:TSJM:2022:4146); núm. 462/2023, de 10 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1220/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:5015); y núm. 815/2023, de 22 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 1430/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:10730).

[24] A efectos del artículo 37.6.parrafo 1º del ET, el concepto salario no puede entenderse de forma genérica, sino que ha de considerarse la concreta posibilidad de medición del concepto retributivo en cuestión. Por todas, vid., STSJ de Cantabria-SOC núm. 663/2021, de 15 de octubre (Recurso de suplicación núm. 597/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:694); y STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo (Recurso de suplicación núm. 244/2023. ECLI:ES:TSJCANT:2023:520).

[25] En este sentido, vid., artículo 41.párrafo 3º del Convenio Colectivo de la empresa Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, SA; y en el artículo 36.párrafo 3º del Convenio Colectivo de la Empresa Pública de Aguas del Ayuntamiento de Los Realejos (Código convenio núm. 3800441201008. BO Provincia Santa Cruz de Tenerife núm. 97, de 12 agosto 2022).

de tal previsión convencional determina la disminución proporcional de todos los conceptos que figuran en nómina, incluidos los complementos de actividad, disponibilidad, localización, nocturnidad, especial de nocturnidad, turnicidad y antigüedad[26]. En otro caso en el que fue una trabajadora quien redujo su jornada por guarda legal, la misma Sala alcanzó igual fallo, pero no fue unánime al incorporar un voto particular que invocó la interpretación de la norma convencional con perspectiva de género para reconocer los mismos complementos salariales en su cuantía íntegra[27]. Algunos convenios colectivos señalan que, en caso de reducción de jornada, determinados complementos, que no están vinculados a la duración de la jornada, se calcularán en "la proporción que corresponda, en función del porcentaje y del tiempo que se permanezca en dicha situación"[28].

— *Segundo supuesto:* el convenio colectivo establece tres bloques horarios de retribución. La cuestión consiste en determinar si la reducción de un tercio o de la mitad de la jornada por guarda legal ha de alcanzar al salario total o únicamente al salario del bloque horario al que afecta la reducción. El TS dictaminó que la reducción salarial ha de efectuarse linealmente sobre el total del salario por las horas realmente trabajadas y no de forma proporcional a cada bloque horario. El TS argumenta que si la reducción salarial fuera proporcional a los tramos horarios de la jornada, la persona trabajadora "percibiría una retribución proporcionalmente superior a la que obtendría realizando la jornada completa, contradiciendo así la finalidad del sistema retributivo convencionalmente pactado, que trata de primar la realización de las horas de trabajo que supongan un sobreesfuerzo"[29].

Llegados a este punto cabe afirmar que, en orden a determinar el alcance de la "disminución proporcional del salario", *ex* artículo 37.6.párrafo 1º del ET, hay que tener en cuenta tanto la naturaleza de cada concepto retributivo (su razón de ser) como lo dispuesto en el convenio colectivo en materia de retribución y reducción de jornada. Por otra parte, no hay que olvidar que el porcentaje de reducción se aplica sobre el salario bruto. Los conceptos retributivos pueden organizarse en tres grupos:

— Salario base y complementos salariales que, por estar vinculados a la duración de la jornada, reducen su cuantía.

— Complementos salariales que, por no estar vinculados a la duración de la jornada, mantienen su cuantía íntegra.

— Complementos que, por ser extrasalariales, mantienen su cuantía íntegra, salvo que el gasto que compensen disminuya al reducir la jornada.

[26] Vid., STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1297/2022 (Recurso de suplicación núm. 1885/2021. ECLI:ES:TSJICAN:2022:3745).

[27] Vid., STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 769/2021, de 29 de julio (Recurso de suplicación núm. 1061/2020. ECLI:ES:TSJICAN:2021:1706), comentada por Argüelles Blanco, A.R.: "La reducción de jornada por cuidado de menor: impacto en las retribuciones y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 769/2021, de 29 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 465, 2021, pp. 123-131.

[28] Así sucede con el complemento de residencia del art. 133 del III Convenio Colectivo profesional entre la Entidad Pública Empresarial ENAIRE y el colectivo de controladores de tránsito aéreo (Código convenio núm. 9001216001199. BOE núm. 202, de 24 agosto 2023), que se abona a los controladores de tránsito aéreo destinados en el archipiélago canario, Islas Baleares y Melilla.

[29] Vid., SSTS, Sala Social, de 21 de julio de 2006 (RCUD núm. 4013/2005. ECLI:ES:TS:2006:6668); 24 de abril de 2007 (RCUD núm. 1676/2006. ECLI:ES:TS:2006:2480); 19 de junio de 2007 (RCUD núm. 1952/2006. ECLI:ES:TS:2007:5700); y 27 de septiembre de 2007 (RCUD núm. 2302/2006. ECLI:ES:TS:2007:6890 y RCUD núm. 2293/2006. ECLI:ES:TS:2007:6087).

Dos consideraciones antes de mostrar cómo afecta la reducción de jornada por guarda legal a los distintos conceptos retributivos que figuran en nómina:

— *Primera consideración: supresión de un concepto retributivo tras la reducción de jornada*. La regla general es que, una vez reducida la jornada, el concepto retributivo en cuestión mantenga su cuantía íntegra, por no estar vinculado a la duración de la jornada, o disminuya de manera proporcional a la jornada. Sin embargo, puede ocurrir que la reducción de jornada lleve aparejada la supresión de un concepto retributivo, y ello sucede cuando pierde su justificación porque se imputa a la parte de la jornada que deja de realizarse. Piénsese, por ejemplo, en el complemento de jornada partida si, tras la reducción del número de horas de trabajo, la persona trabajadora pasa a realizar jornada continuada. En tal caso habría que examinar si la supresión de un concepto retributivo tras la reducción de jornada constituye o no discriminación indirecta por razón de género, por ser las mujeres quienes mayoritariamente hacen uso del derecho. Igualmente, habría que examinar si la supresión del concepto retributivo procede *stricto sensu* de la reducción de jornada o realmente de la posterior concreción horaria solicitada por la persona trabajadora. No es lo mismo que un concepto retributivo quede suprimido por reducir la jornada que por la posterior concreción horaria.

— *Segunda consideración: traslación a la retribución en jornada reducida de los criterios jurisprudenciales adoptados sobre retribución en contrato a tiempo parcial.* En materia salarial, la regla de proporcionalidad del artículo 12.4.d) del ET (*pro rata temporis*) alcanza por igual a las personas con contrato de trabajo a tiempo parcial y a las que tienen la jornada reducida por guarda legal. Por ello, cabe entender que resulta extensible a las personas trabajadoras con jornada reducida los criterios jurisprudenciales referidos a conceptos retributivos que han de calcularse de manera proporcional a la jornada del contrato de trabajo a tiempo parcial. De la misma manera, cabe entender que un concepto retributivo no disminuye de manera proporcional a la jornada si las personas con contrato de trabajo a tiempo parcial lo perciben en su cuantía íntegra.

### 2.2. El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en el salario base y en los complementos salariales vinculados a la duración de la jornada

El salario base, en tanto se concibe como "retribución fijada por unidad de tiempo" (artículo 26.3 ET), se reduce en la misma proporción que la jornada. La reducción de jornada también lleva aparejada la disminución proporcional de aquellos conceptos retributivos, ya tengan naturaleza salarial o extrasalarial, calculados a partir del salario base; sirvan de muestra los dos ejemplos siguientes:

— *Primer ejemplo: cuantía de las pagas extraordinarias*. La reducción de jornada por guarda legal no altera el número de pagas extraordinarias previsto legal o convencionalmente, pero puede disminuir su cuantía. El artículo 31.párrafo 1º del ET dispone que la cuantía de las pagas extraordinarias "se fijará por convenio colectivo". La mayoría de los convenios colectivos limitan la cuantía de la paga extraordinaria al salario base, incrementada en ocasiones con algún complemento salarial, como el personal de antigüedad. Por tanto, la reducción de jornada conlleva la disminución de la cuantía de las pagas extraordinarias cuando el convenio colectivo la fija tomando el salario base y otros complementos que, por estar vinculados a la duración de la jornada, reducen su cuantía.

— *Segundo ejemplo: cuantía del complemento extrasalarial de distancia*. El artículo 37 del Convenio Colectivo de la empresa Paradores de Turismo de España[30] señala que la cuantía del

[30] Código convenio núm. 90103341012019. BOE núm. 311, de 28 diciembre 2022.

complemento extrasalarial de distancia "no podrá ser superior al 25 por 100 del salario base de cada categoría en las tablas salariales mensuales de este Convenio". La Sala de lo Social de la AN dictamina que la reducción de jornada por guarda legal no afecta a la cuantía del referido complemento, porque no ha de calcularse tomando el salario base minorado por la reducción de jornada, sino el salario base de la categoría profesional (no minorado) que figura en las tablas salariales del Convenio Colectivo[31]. Por tanto, conviene diferenciar dos conceptos: "salario base minorado" (por la reducción de jornada) y "salario base correspondiente a la categoría profesional" (no minorado por la reducción de jornada).

Los complementos salariales previstos en normas legales, reglamentarias y convencionales se reducirán de manera proporcional a la jornada cuando así corresponda en atención a su naturaleza (principio *pro rata temporis*). En definitiva, habrá que atender a la finalidad de cada complemento salarial para determinar si procede reducir su cuantía en la misma proporción que la jornada, y ello exige averiguar previamente si es medible en función de la duración de la jornada. En este sentido, la reducción de jornada por guarda legal conlleva la disminución proporcional, entre otros, de los complementos salariales siguientes[32]:

— Complemento de antigüedad[33].

— Complemento de coordinación y mando establecido convencionalmente para la categoría de monitores/as A, que se mantiene aun cuando tras reducir la jornada se pase de monitor/a de gimnasia a serlo de natación[34].

— Plus de responsabilidad asociado al desempeño de funciones de mando, que se mantiene incluso cuando tras reducir la jornada se pase a ocupar un puesto sin mando[35].

— Complemento por jornada partida[36]. Cabe entender, no obstante, que este complemento quedaría suprimido si, tras la reducción de jornada, la persona trabajadora deja de tener horario partido.

— Complemento de prolongación de la jornada[37].

— Complementos de manutención, disponibilidad y progresión económica[38].

[31] Vid., SAN-SOC núm. 28/2023, de 28 de febrero (ECLI:ES:AN:2023:1023).

[32] Vid., Lousada Arochena, J.F.: "Reducción de jornada y adaptación de trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial", *ob. cit.*

[33] Por todas, vid., SSTS, Sala Social, de 25 de mayo de 2004 (RCO núm. 61/2003. ECLI:ES:TS:2004:3610), 25 de enero de 2005 (RCO núm. 24/2003. ECLI:ES:TS:2005:310) y 15 de marzo de 2005 (RCO núm. 10/2003. ECLI:ES:TS:2005:1587).

[34] STSJ de Cataluña-SOC núm. 7018/2002, 6 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 1598/2002. ECLI:ES:TSJCAT:2002:12575).

[35] STSJ de Cataluña-SOC núm. 6836/2005, de 13 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 3812/2005. ECLI:ES:TSJCAT:2005:7927).

[36] STSJ de Madrid-SOC núm. 325/2008, de 21 de mayo (Recurso de suplicación núm. 2237/2008. ECLI:ES:TSJM:2008:7777).

[37] STSJ del País Vasco-SOC núm. 1507/2016, de 5 de julio (Recurso de suplicación núm. 1301/2016. ECLI:ES:TSJPV:2016:2316).

[38] El Convenio Colectivo de la empresa Swissport Spain, SA (Código convenio núm. 90102182012015) confiere carácter salarial a los complementos de manutención, progresión económica y disponibilidad. La STJS de Cataluña-SOC núm. 2571/2019, de 21 de mayo (Recurso de suplicación núm. 884/2019. ECLI:ES:TSJCAT:2019:3457), declara que dichos complementos minoran su cuantía en la misa proporción que la jornada.

— El plus de transporte cuando tenga naturaleza salarial porque retribuye la jornada efectivamente realizada, no siendo un suplido que retribuye los gastos de desplazamiento[39]. Un complemento, como el de transporte, puede denominarse de igual manera en distintos convenios colectivos y, sin embargo, no estar configurado en todos ellos con igual naturaleza jurídica. A efectos de aplicar "la disminución proporcional del salario" resulta clave clarificar la naturaleza salarial o extrasalarial que el complemento de transporte o distancia tiene en cada convenio colectivo. El TS declara que "su consideración salarial o extrasalarial no depende de la calificación jurídica que hace el convenio colectivo, sino de su verdadera naturaleza: si remunera efectivamente los gastos de desplazamiento del trabajador. Por ello, cuando no exista desplazamiento o traslado, se tratará de un complemento salarial, ya que no compensará unos gastos inexistentes"[40].

La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales variables (productividad, objetivos), salvo que el convenio colectivo disponga lo contrario; sirvan de muestra los tres supuestos siguientes:

— *Primer supuesto: cálculo del complemento de productividad de los controladores de tránsito aéreo con jornada reducida por guarda lega*l. El TS dictamina que los controladores de tránsito aéreo con jornada reducida por guarda legal no tienen derecho a que se les abone el complemento de productividad como si hubieran trabajado sin tal reducción, porque la masa salarial que se toma para el cálculo ha de cuantificarse en atención al binomio jornada/salario[41].

— *Segundo supuesto: cálculo de la retribución variable por objetivos del personal con jornada reducida por guarda legal*. El plan de igualdad de la empresa establece que los objetivos para las personas trabajadoras con jornada reducida por guarda legal se fijarán en proporción a la jornada efectivamente realizada, sin añadir expresamente que la base salarial se reducirá en igual proporción. A efectos del cálculo de los incentivos, tanto los objetivos individuales como la base salarial para su cálculo han de ajustarse en proporción a la jornada efectivamente realizada. El TS dictamina que reducir los objetivos, pero no la base salarial que se toma para el cálculo, "supondría una mejora significativa respecto a la previsión legal"[42].

— *Tercer supuesto*: *el convenio colectivo interviene como norma más favorable al fijar el cálculo de la retribución variable*. El artículo 16.c) del III Convenio Colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy[43] señala que para las personas trabajadoras que hayan reducido su jornada por guarda legal (o cuidado de familiar) hasta un máximo del 15 %, el complemento variable/objetivos se calculará "sin reducción sobre el salario fijo completo al 100 %"; dicho de otro modo: la base salarial que se toma para el cálculo del complemento no disminuye en la misma proporción que la jornada. Ciertamente se trata de una mejora convencional, aunque más bien pequeña porque únicamente alcanza a quienes reducen su jornada por guarda legal entre un 12,5 % y el 15 %. Cabe entender que para quienes hayan reducido su jornada entre el 16 % y el 50 %[44], la base salarial que se tome para el cálculo del complemento se reducirá en la misma proporción que la jornada.

[39] SAN-SOC núm. 95/2018, de 6 de junio (ECLI:ES:AN:2018:2480).
[40] STS-SOC núm. 756/2023, de 23 de octubre (RCO núm. 287/2021. ECLI:ES:TS:2023:4839).
[41] STS-SOC núm. 623/2019, de 11 de septiembre (RCO núm. 59/2018. ECLI:ES:TS:2019:3021). El complemento de productividad se regula en el artículo 142 del Convenio Colectivo acordado entre la Entidad Pública Empresarial ENAIRE y el colectivo de controladores de tránsito aéreo (Código convenio núm. 90100022032011).
[42] STS-SOC núm. 1240/2021, de 9 de diciembre (RCO núm. 76/2020. ECLI:ES:TS:2021:4795).
[43] Código convenio núm. 90102433012016. BOE núm. 132, de 3 junio 2021.
[44] El artículo 37.6.párrafo 1º del ET dispone que la persona trabajadora podrá reducir su jornada por razones de guarda legal entre al menos una octava parte (12,5 %) y la mitad (50 %).

### 2.3. El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en los complementos salariales no vinculados a la duración de la jornada

Los complementos salariales no vinculados a la duración de la jornada mantienen su cuantía íntegra tras ejercer el derecho del artículo 37.6.párrafo 1º del ET. Así, la reducción de jornada por guarda legal no impacta, entre otros, en los complementos salariales siguientes:

— Complemento de asistencia y puntualidad[45]: este complemento salarial se devenga cuando la persona trabajadora no falta al trabajo y no llega tarde ni sale antes de la hora establecida; dicho de otro modo, "no depende de la mayor o menor jornada realizada, sino del puntual cumplimiento de la jornada y del horario que tenga cada persona trabajadora"[46].

— Complemento turnicidad[47]: se trata de un complemento salarial vinculado al puesto, que retribuye el trabajo realizado en turnos rotatorios. Este complemento, cualquiera que sea la denominación que reciba por convenio colectivo, no está vinculado a la duración de la jornada, sino al horario entendido como distribución en el tiempo de las horas de trabajo. El plus de turnicidad se abona cuando la jornada (número de horas de trabajo) se divide o se altera la reiteración de horarios, lo que hace más gravosa la prestación de servicios. La persona trabajadora con reducción de jornada por guarda legal que sigue realizando su actividad laboral con sujeción a turnos rotatorios percibirá el complemento salarial de turnicidad en su cuantía íntegra.

— Complementos de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo, previsto en el artículo 35.1 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol Química, SA[48]: ambos complementos salariales están vinculados a la forma en que se prestan los servicios o las circunstancias que concurren en su prestación, de modo que su cuantía no debe quedar minorada. La minoración solo estaría justificada si la reducción de jornada supusiera: 1) un menor tiempo en el relevo, es decir, un menor tiempo de permanencia en el puesto de trabajo hasta la llegada del turno siguiente; o 2) un menor tiempo en el aseo personal a la salida del turno. Sin embargo, el tiempo empleado en el relevo de turno y en el aseo personal tras el turno es el mismo antes y después de la reducción de jornada, de ahí que la cuantía de los correspondientes complementos salariales no disminuye al reducir la jornada por guarda legal[49].

— Plus global del turno, previsto en el artículo 43 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA[50]: se trata de un complemento salarial vinculado a la alteración sucesiva de la cadencia del trabajo (reiteración de horarios), lo cual hace más gravosa la prestación de servicios al tiempo que afecta necesariamente a la vida de la persona trabajadora, dificultando

[45] STS-SOC núm. 795/2022, de 4 de octubre (RCUD núm. 574/2019. ECLI:ES:TS:2022:3548); y SAN-SOC núm. 90/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:AN:2023:4061).

[46] García Romero, B.: "Reducción de jornada por guarda legal y complemento salarial de asistencia y puntualidad", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00396).

[47] Por todas, vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 74/2021, de 29 de enero (Recurso de suplicación 378/2020. ECLI:ES:TSJM:2021:1076); y núm. 815/2023, de 22 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 1430/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:10730).

[48] Código convenio núm. 90004411011987. BOE núm. 40, de 16 febrero 2023.

[49] En este sentido, vid., SSTSJ de Cantabria-SOC núm. 370/2020, de 14 de mayo (Recurso de suplicación núm. 198/2020. ECLI:ES:TSJCANT:2020:368); núm. 536/2021, de 14 de julio (Recurso de suplicación núm. 461/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:474); núm. 663/2021, de 15 de octubre (Recurso de suplicación núm. 597/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:694); y núm. 373/2023, de 19 de mayo (Recurso de suplicación núm. 244/2023. ECLI:ES:TSJCANT:2023:520). También vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 874/2021, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 743/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:11057); y núm. 462/2023, de 10 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1220/2022. ECLI:ES:TSJM:2022:5015).

[50] Código convenio núm. 90006751011991. BOE núm. 50, de 28 febrero 2023.

la conciliación[51]. El plus en cuestión se mantiene en su cuantía íntegra cuando la reducción de jornada implica trabajar menos horas cada día y turno, sin alterar el número de días y turnos. La reducción de jornada por guarda legal llevaría aparejada la disminución del complemento de turnicidad cuando implicase trabajar menos días y, por tanto, realizar menos turnos.

### 2.4. El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en los conceptos extrasalariales

Del tenor del artículo 37.6.párrafo 1º del ET se desprende que la reducción de jornada por guarda legal no comporta la disminución proporcional de los conceptos retributivos de naturaleza extrasalarial, sino solo de aquellos que, teniendo carácter salarial, van referidos a la duración de la jornada.

El artículo 26.2 del ET señala que no tienen la consideración de salario y, por tanto, son de naturaleza extrasalarial, las cantidades que la persona trabajadora percibe en concepto de: 1) indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, 2) las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y 3) las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

#### 2.4.1. El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en los complementos extrasalariales

Por regla general, la reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos extrasalariales, que en modo alguno están ligados a la actividad laboral desempeñada y menos todavía a la duración de la jornada. Los complementos extrasalariales tienen naturaleza indemnizatoria porque compensan determinados gastos en que incurre la persona trabajadora, de modo que la reducción de jornada solo podría justificar su disminución si implicase una análoga reducción del gasto que compensan[52].

La persona trabajadora con jornada reducida por guarda legal percibirá en su cuantía íntegra, entre otros, los siguientes complementos extrasalariales:

— Plus de quebrando de moneda: el TS señala que este complemento se contempla para categorías profesionales que están en contacto con moneda, y su finalidad es la de compensar los riesgos y, por ende, los perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero; no se trata de una contraprestación económica al trabajo realizado, sino de un concepto no salarial de carácter indemnizatorio. Por tanto, dicho complemento debe seguir abonándose en su cuantía íntegra tras reducir la jornada por guarda legal, y aunque el mayor tiempo de trabajo puede provocar más exposición al riesgo, su importe no está configurado en atención al tiempo de exposición,

[51] Vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 874/2021, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 743/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:11057); núm. 211/2022, de 14 de marzo (Recurso de suplicación núm. 939/2021. ECLI:ES:TSJM:2022:3175); núm. 351/2022, de 8 de abril (Recurso de suplicación núm. 1133/2021. ECLI:ES:TSJM:2022:4146); núm. 741/2022, de 22 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 375/2022. ECLI:ES:TSJM:2022:15005); núm. 462/2023, de 10 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1220/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:5015); núm. 305/2023, de 24 de marzo (Recurso de suplicación núm. 1044/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:3960); núm. 378/2023, de 26 de junio (Recurso de suplicación núm. 888/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:7404); y núm. 815/2023, de 22 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 1430/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:10730).

[52] En este sentido, vid., SSTSJ de Madrid-SOC núm. 874/2021, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 743/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:11057); núm. 211/2022, de 14 de marzo (Recurso de suplicación núm. 939/2021. ECLI:ES:TSJM:2022:3175); núm. 462/2023, de 10 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1220/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:5015); y núm. 378/2023, de 26 de junio (Recurso de suplicación núm. 888/2022. ECLI:ES:TSJM:2023:7404).

sino al manejo de moneda por tener que llevar, por ejemplo, la expedición y cobranza de billetes o títulos de transporte a viajeros, o lo que es lo mismo a la tarea encomendada, no pudiendo entenderse que ello se vincule al tiempo de trabajo ni, por tanto, calificable como prestación divisible[53].

— Plus de distancia[54].

— Plus de transporte cuando retribuye el desplazamiento al centro de trabajo, cualquiera que fuere la duración de la jornada[55]. El TS ha declarado que "el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial cuando compensa al trabajador por los gastos de desplazamiento realizados como consecuencia de su actividad laboral. La causa del abono de este plus es la generación de un gasto de desplazamiento que se produce por el hecho de prestar servicios laborales"[56].

— Complementos de mantenimiento de vestuario, transporte y distancia: el TS ha señalado que, así como las personas trabajadoras con contrato de trabajo a tiempo parcial tienen derecho a percibir íntegramente los complementos de mantenimiento de vestuario, transporte y distancia, previstos en el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad privada[57], cabe entender que igual derecho tienen aquellas con jornada reducida por guarda legal[58], porque ni a unas ni a otras alcanza en este punto el principio *pro rate temporis* del artículo 12.4.d) del ET. La doctrina judicial ha dictaminado en igual sentido a propósito de los complementos de vestuario, transporte y distancia previstos en el artículo 84 del Convenio Colectivo de la empresa Swissport Spain, SA[59].

— La ayuda de comida siempre que la jornada, aun después de reducida, siga obligando a la persona trabajadora a comer fuera de casa[60].

### 2.4.2. El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo

Las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo previstas en el ET se configuran como compensación económica de naturaleza extrasalarial (artículo 26.2 ET), siendo el salario uno de los parámetros utilizados para su cálculo. La reducción de jornada por guarda legal tiene impacto negativo en el salario, pero no necesariamente en el cálculo de las referidas indemnizaciones. La

[53] La STS-SOC núm. 827/2020, de 1 de octubre (RCO núm. 238/2018. ECLI:ES:TS:2020:3346), dictamina que los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial percibirán el complemento de quebranto de moneda en su cuantía íntegra. Si el complemento de quebranto de menda ha de abonarse en su cuantía íntegra a quienes tienen contrato de trabajo a tiempo parcial, no cabe que reduzca su cuantía de manera proporcional a la reducción de jornada por guarda legal.

[54] SAN-SOC núm. 28/2023, de 28 de febrero (ECLI:ES:AN:2023:1023).

[55] STS-SOC núm. 369/2016, de 3 de mayo (RCO núm. 166/2015. ECLI:ES:TS:2016:2740).

[56] STS-SOC núm. 756/2023, de 23 de octubre (RCO núm. 287/2021. ECLI:ES:TS:2023:4839).

[57] STS-SOC núm. 331/2018, de 22 de marzo (RCUD núm. 1334/206. ECLI:ES:TS:2018:1452).

[58] La STS-SOC núm. 238/2023, de 29 de marzo (RCUD núm. 282/2020. ECLI:ES:TS:2023:1427), casa y anula la sentencia impugnada al no ser susceptible de recurso de suplicación, por razón de la cuantía ni por la vía de la afectación general, ni en consecuencia tener acceso a la casación para la unificación de doctrina. El TS confirma la sentencia del JS, que declara el derecho de las personas trabajadoras con jornada reducida por guarda legal a percibir en su cuantía íntegra los complementos extrasalariales de mantenimiento de vestuario y de distancia y transporte, contemplados en el Convenio Colectivo estatal para empresas de seguridad privada.

[59] Código convenio núm. 90102182012015. BOE núm. 139, de 11 junio 2015. Vid., STJS de Cataluña-SOC núm. 2571/2019, de 21 de mayo (Recurso de suplicación núm. 884/2019. ECLI:ES:TSJCAT:2019:3457).

[60] STSJ de Madrid-SOC núm. 813/2012, de 5 de octubre (Recurso de suplicación núm. 6752/2011. ECLI:ES:TSJM:2012:12570).

disposición adicional decimonovena.1 del ET[61] dispone que cuando la extinción del contrato de trabajo acontece durante el disfrute de una reducción de jornada por guarda legal, el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización es el correspondiente a la jornada no reducida, siempre que no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. En este sentido, por ejemplo, si el convenio colectivo contempla una mayor duración de la reducción de jornada por guarda legal de menor a cargo, ampliándola a menores de 14 años[62], la indemnización se calculará tomando el salario reducido cuando la extinción contractual acontezca una vez transcurrido el plazo máximo legalmente establecido en el artículo 37.6.párrafo 1º del ET, que es hasta que el menor cumpla 12 años de edad. En tal caso, la reducción de jornada por guarda legal tendrá un impacto negativo no solo en el salario, sino también en las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo previstas en el ET.

A efectos de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.1 del ET, el informe de bases de cotización es medio de prueba válido para acreditar que la persona trabajadora se encontraba con jornada reducida por guarda legal en el momento de la extinción contractual[63].

La disposición adicional decimonovena del ET se aplica para el cálculo de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo que traen su causa en: 1) traslado (artículo 40.1.parrafo 3º ET); 2) modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41.3.párrafo 2º ET); 3) muerte, jubilación o incapacidad del empresario [artículo 49.1.g).párrafo 2º ET]; 4) extinción por voluntad de la persona trabajadora ante incumplimiento grave y culpable de la empresa (art. 50 ET); 5) despido objetivo [artículo 53.1.b) ET], 6) despido colectivo (artículo 51.4 ET) y 7) despido por fuerza mayor (artículo 51.7 ET).

La disposición adicional decimonovena.1 del ET no se aplica para el cálculo de la indemnización por despido disciplinario improcedente (artículo 56.1 ET) ni por despido objetivo improcedente (artículo 53.5 ET)[64]. El despido disciplinario y el despido objetivo de una persona trabajadora que ha

[61] La disposición adicional decimonovena.1 del ET señala que en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal (artículo 37.6.párrafo 1º ET), "el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción".

[62] Los siguientes convenios colectivos contemplan la reducción de jornada para el cuidado directo de menores de hasta 14 años de edad: 1) artículo 10 del Convenio Colectivo del Hospital San Juan de Dios Donostia (Código convenio núm. 20104702012023. BO País Vasco núm. 228, de 27 noviembre 2023); 2) artículo 42 del Convenio Colectivo sectorial de Centros de la Tercera Edad de Bizkaia (Código Convenio núm. 48005745012006. BO Vizcaya núm. 228, de 29 noviembre 2023); 3) artículo 21.10 del Convenio Colectivo del Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para los años 2023-2026 (Código convenio núm. 39002895012004. BO Cantabria núm. 208, de 30 octubre 2023); 4) artículo 19.2º.b) del Convenio Colectivo del sector de panaderías de Navarra (Código convenio núm. 31005305011981. BO Navarra núm. 211, de 10 octubre 2023); y 5) artículo 28.g) del Convenio Colectivo de la empresa NCR España, SL (Código convenio núm. 90003822011982. BOE núm. 17, de 20 enero 2023).
Algún convenio colectivo reconoce a las personas trabajadoras que tengan menores a cargo de entre 12 y 14 años de edad el derecho a la conversión temporal de su contrato de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial de entre un 50 % a un 85 % de jornada diaria. En este sentido, vid., artículo 32 del Convenio Colectivo de la empresa Vegetales de la Mancha, SLU (Código convenio núm. 45100671012021. BO Toledo núm. 217, de 14 noviembre 2023). Esta disposición convencional llama la atención por dos motivos. El primero porque el derecho se reconoce únicamente a las personas trabajadoras con jornada a tiempo completo, no así a quienes tienen contrato a tiempo parcial; y segundo porque el derecho no se plantea como reducción de jornada de un contrato a tiempo completo, sino como conversión temporal del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial.

[63] STSJ de Andalucía/Sevilla-SOC núm. 706/2023, de 8 de marzo (Recurso de suplicación núm. 1543/2021. ECLI:ES:TSJM:2023:2896).

[64] Vid., Núñez-Cortés Contreras, P.: "La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial", *Temas Laborales*, núm. 129, 2015, p. 130; y Velasco Portero, Mª T.: "Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada*", ob. cit*., p. 67.

solicitado la reducción de jornada por guarda legal o está disfrutando de ella solo puede calificarse como procedente (si resulta acredita la causa alegada por la empresa)[65] o nulo (si no resulta acreditada la causa de alegada por la empresa), no teniendo cabida la improcedencia[66]. Los artículos 55.5.párrafo 2º.b) y 53.4.párrafo 2º.b) del ET establece que los despidos disciplinario y objetivo serán declarados nulos cuando no resulte acreditada la causa alegada por la empresa en la carta de despido y afecten a una persona trabajadora que haya solicitado o esté disfrutando de reducción por guarda legal. En estos casos opera la nulidad objetiva o automática[67]. Si la sentencia declara la nulidad del despido, la empresa será condenada a la inmediata readmisión de la persona trabajadora despedida, al abono de los salarios de tramitación (artículo 55.6 ET y artículo 113 LRJS), y también al pago de una indemnización de daños y perjuicios por daño moral:

— El TS ha declarado que los salarios de tramitación tienen la consideración de indemnización a efectos de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.1 del ET, de modo que para su cálculo se tomará el salario íntegro que hubiera correspondido a la persona trabajadora despedida sin tener en cuenta la reducción de jornada[68].

— La doctrina judicial considera que cuando la nulidad del despido es automática, por su carácter injustificado y por el hecho de estar la persona trabajadora despedida en reducción de jornada por guarda legal (o por haberla solicitado), la empresa incurre en violación del derecho de conciliación familiar y laboral. El despido en estos casos se califica como nulo por mandato legal para prevenir la discriminación de las personas trabajadoras que se acogen a la reducción de jornada por guarda legal, situación protegida que deriva del derecho fundamental de igualdad del artículo 14 de la CE. En consecuencia, existiendo una vulneración de un derecho fundamental, procede la aplicación automática de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 183 de la LRJS[69]. No obstante, en relación con el despido nulo de trabajadora embarazada, el TS ha declarado que la indemnización adicional por daño moral no es automática, sino que hay que acreditar que tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la CE o la ley o que se ha producido con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas[70].

Llegados a este punto la cuestión consiste en determinar la calificación que merece el despido objetivo cuando, quedando acreditada la causa alegada en la carta de despido, la empresa incurre en error al calcular la indemnización puesta a disposición, *ex* artículo 53.1.b) del ET, porque toma en cuenta el salario correspondiente a la jornada reducida y no el que hubiera correspondido sin considerar tal reducción, resultando una diferencia cuantitativa ciertamente significativa. La doctrina judicial argumenta que tal tipo de error es inexcusable porque deriva del manifiesto y palmario desconocimiento

[65] La STSJ de Extremadura-SOC núm. 299/2023, de 11 de mayo (Recurso de suplicación núm. 96/2023. ECLI:ES:TSJEXT:2023:550), confirma la procedencia del despedido disciplinario de una trabajadora con reducción de jornada por guarda legal.

[66] Por todas, vid., STSJ de Madrid-SOC núm. 885/2023, de 13 de octubre (Recurso de suplicación núm. 629/2023. ECLI:ES:TSJM:2023:11215), que confirma la nulidad del despido objetivo de persona trabajadora con reducción de jornada por guarda legal, al no resultar acreditadas las causas organizativas y económicas (situación económica negativa) alegadas por la empresa en la carta de despido.

[67] En este sentido, vid., por todas, STS, Sala Social, de 25 de enero de 2013 (RCUD núm. 1144/2012. ECLI:ES:TS:2013:592); y SSTS-SOC núm. 321/2017, de 18 de abril (RCUD núm. 2771/2015. ECLI:ES:TS:2017:1756) y núm. 10/2018, de 11 de enero (RCUD núm. 726/2016. ECLI:ES:TS:2018:89). En la doctrina judicial, vid., por todas, STSJ de Madrid-SOC núm. 90/2023, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 618/2023. ECLI:ES:TSJM:2023:11268).

[68] En este sentido, vid., por todas, STS-SOC núm. STS-SOC núm. 438/2018, de 25 de abril (RCUD núm. 2152/2016. ECLI:ES:TS:2018:2329). En la doctrina judicial, vid., por todas, STSJ de Madrid-SOC núm. 885/2023, de 13 de octubre (Recurso de suplicación núm. 629/2023. ECLI:ES:TSJM:2023:11215).

[69] Por todas, vid., STSJ de Cantabria-SOC núm. 416/2021, de 4 de junio (Recurso de suplicación núm. 343/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:339).

[70] STS-SOC núm. 1148/2023, de 12 de diciembre (RCUD núm. 5556/2022. ECLI:ES:TS:2023:5502).

de una norma jurídica vigente, que actualmente es la disposición adicional decimonovena.1 del ET, cuyo cumplimiento resulta exigible[71]. Si tal tipo de error se considera inexcusable, la siguiente cuestión pasa por determinar si el despido merece la calificación de improcedente, *ex* artículo 122.3.párrafo 2º de la LRJS, o nulo. La misma doctrina judicial que considera tal error como inexcusable, califica el despido como improcedente. Con todo, un sector de la doctrina judicial considera que el error en el cálculo de la indemnización puede resultar excusable cuando, a pesar de no haberse observado lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.1 del ET, se acredita que deriva de una circunstancia excepcional concurrente, unida a la falta de intención maliciosa de la empresa en la decisión del despido, en cuyo caso este merece la calificación de procedente[72].

## 3. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional no solo del salario (artículo 37.6.párrafo 1º ET), en los términos expuestos en el apartado 2, sino también de la correspondiente cotización, lo cual afecta al cálculo de futuras prestaciones económicas de la Seguridad Social. Los trabajadores con jornada reducida por guarda legal cotizan conforme al régimen previsto para los contratos de trabajo a tiempo parcial (artículo 66 Real Decreto 2064/1995), de modo que la base de cotización durante la reducción de jornada viene determinada por la retribución percibida en función de las horas trabajadas (artículo 65.1 Real Decreto 2064/1995). Este régimen de cotización aplicable durante el periodo de reducción de jornada incide en la base reguladora para el cálculo de las prestaciones, que resultarán de menor cuantía.

La acción protectora de la Seguridad Social contempla una prestación familiar contributiva no económica, que consiste en computar las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del periodo de reducción de jornada por guarda legal incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido sin dicha reducción (artículo 237.3.párrafo 1º LGSS). Tres aspectos sobre el alcance de esta prestación:

— *Primero*. El cómputo de la cotización incrementada hasta el 100 % se toma en cuenta en todo supuesto de reducción de jornada por guarda legal (artículo 37.6.párrafo 1º ET), es decir, cuando la reducción se adopta para el cuidado directo tanto de un menor de 12 años de edad como de una persona con discapacidad que no realice actividad retribuida.

— *Segundo*. El cómputo de la cotización incrementada hasta el 100 % se toma en cuenta durante los tres primeros años del periodo de reducción de jornada por guarda legal. Desde el 18 de marzo de 2023, tras la reforma operada por el artículo único.25 del Real Decreto-ley 2/2023, el cómputo de la cotización incrementada hasta el 100 % deja de realizarse únicamente durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada, extendiéndose un año más. Esta ampliación de la cotización ficticia de 2 a 3 años se aplicará para el cálculo de las prestaciones reconocidas a partir del 18 de marzo de 2023, con independencia de que el periodo de reducción de jornada por guarda legal se hubiera iniciado con anterioridad[73].

[71] Por todas, vid., STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete-SOC núm. 1423/2012, de 12 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 1449/2012. ECLI:ES:TSJCLM:2012:3716).

[72] En este sentido, vid., STSJ de Andalucía/Granada-SOC núm. 1220/2020, de 14 de mayo (Recurso de suplicación núm. 2508/2019. ECLI:ES:TSJAND:2020:7313).

[73] Sobre esta cuestión, vid., STS-SOC núm. 41/2019, de 23 de enero (RCUD núm. 3946/2016. ECLI:ES:TS:2019:651). En la doctrina judicial, vid., por todas, STSJ de Madrid-SOC núm. 452/2015, de 25 de mayo (Recurso de suplicación núm. 797/2014. ECLI:ES:TSJM:2015:6695).

— *Y tercero*. El cómputo de la cotización incrementada hasta el 100 % se toma en cuenta a efectos del cálculo de la base reguladora de determinadas prestaciones, que son las siguientes (artículo 237.3.párrafo 1º LGSS, en relación con artículo 237.1 LGSS): 1) jubilación, 2) incapacidad permanente, 3) muerte y supervivencia y 4) nacimiento y cuidado de menor.

En orden al cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, "las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial" (artículo 270.6.párrafo 1º LGSS); y si la situación legal de desempleo acontece estando la persona trabajadora en situación de reducción de jornada por guarda legal, las cuantías máxima y mínima de la prestación "se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada" (artículo 270.6.párrafo 2º LGSS).

La finalidad de la prestación familiar contributiva no económica del artículo 237.3.párrafo 1º de la LGSS es que la disminución de la cotización que lleva aparejada la reducción de jornada por guarda legal cause el menor perjuicio posible en futuras prestaciones económicas de la Seguridad Social[74]; se trata de mitigar el perjuicio que la reducción de jornada podría suponer en determinadas prestaciones que en su mayoría son de carácter vitalicio (como son las pensiones de jubilación, muerte y supervivencia e incapacidad permanente), y para cuyo cálculo se toman largos periodos de cotización. La prestación atempera el impacto negativo de la reducción de jornada por guarda legal en el cálculo de prestaciones, pero no lo elimina; y ello es así por dos razones:

— *Primera razón*: una vez transcurridos los tres primeros años del periodo de reducción de jornada por guarda legal, la base de cotización se reduce en la misma proporción que el salario tras la reducción de jornada, con el consiguiente impacto negativo en toda prestación económica distinta del desempleo calculada a partir de bases de cotización.

— *Segunda razón*: la base de cotización se reduce en la misma proporción que el salario desde el primer momento de la reducción de jornada a efectos del cálculo de las prestaciones económicas distintas al desempleo y a las señaladas en el artículo 237.1 de la LGSS (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor). Así, la reducción de jornada por guarda legal tiene un impacto negativo *ab initio* en el cálculo de los subsidios siguientes: 1) incapacidad temporal, 2) riesgo durante el embarazo, 3) riesgo durante la lactancia natural, y 4) cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. No obstante, la reducción de jornada no afectará a dichas prestaciones cuando se inicie en el mismo mes que la baja, y ello es así porque para su cálculo se toma la base de cotización del mes anterior. Por otra parte, un sector de la doctrina judicial ha llegado a reconocer la cuantía íntegra del subsidio de incapacidad temporal a una trabajadora con jornada reducida por guarda legal al considerar que calcular la base reguladora de la prestación conforme a bases de cotización disminuidas constituye discriminación indirecta por razón de sexo dado que son las mujeres quienes vienen

[74] Vid., Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pp. 316, 335 y 336. En este mismo sentido, la doctrina judicial ha declarado que la finalidad de la prestación familiar contributiva es conseguir que "la reducción de jornada afecte lo menos posible a los derechos del trabajador en materia de Seguridad Social". Por todas, vid., SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2009 (Recurso de suplicación núm. 8078/2008. ECLI:ES:TSJCAT:2009:13861), 14 de mayo de 2010 (Recurso de suplicación núm. 4005/2009. ECLI:ES:TSJCAT:2010:5633) y 3 de noviembre de 2014 (Recurso de suplicación núm. 4038/2014. ECLI:ES:TSJCAT:2014:11295); y STSJ del País Vasco, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010 (Recurso de suplicación núm. 2406/2010. ECLI:ES:TSJPV:2010:5069).

ejerciendo mayoritariamente este derecho de conciliación[75]. Así, la interpretación de los artículo 237.1 y 237.3.párrafo 1º de la LGSS con perspectiva de género permitiría ampliar el elenco de prestaciones económicas beneficiadas por el cómputo de cotizaciones ficticias, incluyendo otras más allá de las expresamente previstas por el legislador como, por ejemplo, el subsidio de incapacidad temporal.

## 4. EL IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN LA ECONOMÍA FAMILIAR

### 4.1. Introducción

La acción protectora del Seguridad Social no contempla una prestación económica que compense a la persona trabajadora que ve disminuido su salario tras reducir la jornada por guarda legal[76]. Así, la reducción de jornada acaba teniendo un impacto negativo no solo en su salario, sino también en su nivel de ingresos. En última instancia, la decisión de reducir la jornada puede quedar condicionada en buena medida por el mayor o menor impacto que vaya a tener en la economía familiar.

### 4.2. Las subvenciones autonómicas destinadas a compensar la disminución salarial que lleva aparejada la reducción de jornada por guarda legal

Con el fin de mantener la capacidad económica de las familias y de fomentar el ejercicio corresponsable de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar y laboral, algunas Comunidades Autónomas, las menos, conceden subvenciones a las personas que trabajan por cuenta ajena y reducen su jornada y salario por razones de guarda legal, y en particular para el cuidado de menores a cargo. Las Comunidades Autónomas que en 2023 convocaron este tipo de ayudas económicas son *Galicia*[77], *La Rioja*[78] y *País Vasco*[79]. Los requisitos de acceso a ellas, los plazos para solicitarlas y su importe varían de unas a otras:

[75] En este sentido, vid., STSJ de Andalucía/Sevilla-SOC núm. 1492/2019, de 6 de junio (Recurso de suplicación núm. 550/2018. ECLI:ES:TSJAND:2019:6904).

[76] El artículo 267.1.c) de la LGSS contempla como situación de desempleo la reducción de jornada, pero solo cuando sea adoptada por decisión del empresario al amparo del artículo 47 del ET o por resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal.

[77] La convocatoria de estas ayudas en 2023 se rige por la normativa siguiente: 1) Resolución de 28 de junio de 2023, de la Secretaría General de la Igualdad, por la que se establecen las bases reguladoras que regirán las ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral, por reducción de la jornada de trabajo como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad, cofinanciadas por la Unión Europea en el marco del programa FSE+ Galicia 2021-2027, y se convocan para el año 2023 (código de procedimiento SI440A) (DO Galicia núm. 131, de 11 julio 2023); y 2) Resolución de 23 de noviembre de 2023, de la Secretaría General de la Igualdad, por la que se resuelven las ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral, por reducción de la jornada de trabajo como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad, cofinanciadas por la Unión Europea en el marco del programa FSE+ Galicia 2021-2027, y se convocan para el año 2023 (código de procedimiento SI440A) (Diario Oficial de Galicia número 131, de 11 de julio) (DO Galicia núm. 229, de 1 diciembre 2023).

[78] La convocatoria de estas ayudas en 2023 se rige por la normativa siguiente: 1) Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia (BO La Rioja núm. 142, de 23 octubre 2020), modificada por la Orden DEA/58/2022 (BO La Rioja núm. 187, de 28 septiembre 2022); y 2) Resolución 907/2023, de 21 de febrero, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, por la que se aprueba el gasto para la convocatoria de subvenciones 2023, destinadas a la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia, en aplicación de la Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, modificada por la Orden DEA/58/2022, de 26 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de dichas ayudas (extracto) (BO La Rioja núm. 42, de 1 marzo 2023).

[79] El artículo 52.4 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres (BOE núm. 89,

| Comunidad Autónoma | Requisitos de acceso a la ayuda |
|---|---|
| Galicia | - La persona trabajadora que reduce su jornada será especialmente hombre<br>- Reducción de jornada para el cuidado de menor de 3 años, o menor de 12 años con discapacidad ≥ 33 %<br>- Empadronamiento en Galicia<br>- Convivir con el sujeto causante (menor)<br>- Ingresos ≤ 7 veces IPREM según declaración del IRPF del último periodo |
| La Rioja | - La persona trabajadora que reduce su jornada ha de tener contrato de trabajo con jornada a tiempo completo y estar encuadrada en el RGSS<br>- Reducción de jornada entre el 20 %y el 50 %, por un periodo mínimo de 6 meses (o excepcionalmente 4 meses) desde la fecha de la solicitud y para hacerse cargo del cuidado directo de la unidad familiar<br>- El cónyuge, pareja de hecho o persona que convive con la persona solicitante ha de tener contrato a jornada completa |
| País Vasco | - Ostentar la guardia y custodia del hijo o la hija durante todo el periodo para el que se haya solicitado la reducción de jornada<br>- Empadronamiento en el País Vasco junto con hijo/a a cargo<br>- Haber residido en el País Vasco de forma continuada el año anterior a la solicitud, o cinco años continuados dentro de los diez años anteriores<br>- La reducción de jornada ha de tener un periodo continuado mínimo de 59 días naturales<br>- Reducción de la jornada un mínimo del 30 % |

| Comunidad Autónoma | Plazo para solicitar la ayuda |
|---|---|
| Galicia | Entre el 12/7/2023 y el 11/8/2023 |
| La Rioja | Entre el 2/3/2023 y el 31/10/2023 |
| País Vasco | El plazo comienza a contar una vez que la persona trabajadora ha cumplido el periodo mínimo de 59 días naturales continuados en situación de reducción de jornada, y se prolonga hasta antes de cumplir 365 días desde el inicio del disfrute de tal situación |

de 14 abril 2023), dispone que "La Administración de la Comunidad Autónoma otorgará ayudas a los trabajadores y trabajadoras que se acojan a excedencias, permisos y reducciones de jornada para atender a las necesidades domésticas y del cuidado de hijas e hijos y de personas dependientes". La convocatoria de estas ayudas en 2023 se rige por la normativa siguiente: 1) Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral (BO País Vasco núm. 208, de 31 octubre 2019), modificado en 2021 (BO País Vasco núm. ), 2022 (BO País Vasco núm. ) y 2023 (BO País Vasco núm. ); y 2) Orden de 20 de septiembre de 2022, de la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, por la que se aprueban las instancias normalizadas de las solicitudes de las ayudas previstas en los Capítulos II y III del Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral (BO País Vasco núm. 189, de 3 octubre 2022).

| Comunidad Autónoma | Cuantía de la ayuda |
|---|---|
| Galicia | De 1.700 a 3.700 euros, en función de:<br>- Porcentaje de jornada que se reduce<br>- Duración de la reducción de jornada<br>- Número de menores atendidos |
| La Rioja | - 1.000 euros por reducción de jornada ≥ 20 %<br>- 1.500 euros por reducción de jornada ≥ 30 %<br>- 2.000 euros por reducción de jornada ≥ 40 %<br>- 2.500 euros por reducción de jornada del 50 %<br>Las cuantías señaladas se incrementarán un 30 % cuando el nivel de rentas de la unidad familiar sea ≤ 60.000 euros, o ≤ 35.000 euros en caso de familia monoparental<br>Las cuantías señaladas se incrementarán en 1.000 euros en caso de: 1) familias monoparentales, 2) familias numerosas, 3) familia con algún miembro en situación de violencia de género y 4) familia con algún miembro en situación de dependencia severa, gran dependencia, con un grado de discapacidad ≥ 50 % o con capacidad intelectual límite<br>La cuantía de la ayuda es para reducciones de jornada por un periodo mínimo de 6 meses, y se reducirá proporcionalmente si la reducción de jornada dura entre 4 y 6 meses. |
| País Vasco | Cuando la renta familiar estandarizada es < 20.000 euros:<br>- 2.200 euros con jornada reducida entre 33 % y 39 %<br>- 2.500 euros con jornada reducida entre 40 % y 44,9 %<br>- 2.800 euros con jornada reducida ≥ 45 %<br>Cuando la renta familiar estandarizada es ≥ 20.00 euros:<br>- 1.819 euros con jornada reducida entre 33 % y 39 %<br>- 2.140 euros con jornada reducida entre 40 % y 44,9 %<br>- 2.354 euros con jornada reducida ≥ 45 %<br>Las cuantías señaladas se incrementan un 30 % en caso de: 1) familia monoparental, 2) familia numerosa, 3) familia con algún miembro en situación de violencia de género, y 4) familia con algún miembro en situación de dependencia severa, gran dependencia o discapacidad ≥ 50 %<br>Las cuantías señaladas son para contratos de trabajo con jornada a tiempo completo, y se reducirá proporcionalmente si la jornada fuera a tiempo parcial.<br>Las cuantías se establecen para unos periodos máximos de reducción de jornada, que se fijan por pareja y solicitante, así como para el conjunto de la vida familiar y para cada una de sus etapas, entendiendo que la llegada de un nuevo hijo o nueva hija supone el cierre de una etapa y la apertura de otra nueva. La duración máxima de la ayuda por solicitante varía según sea hombre o mujer. |

El distinto tratamiento que dispensan las Comunidades Autónomas en materia de ayudas económicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral puede conducir a que la reducción de jornada por guarda legal repercuta de manera diferente en el nivel de ingresos de la persona trabajadora en función del lugar de residencia y trabajo, lo cual, en última instancia, podría conducir a desigualdades territoriales. El cualquier caso, conviene abordar en toda su amplitud las distintas líneas de subvenciones que articulan unas Comunidades Autónomas y otras en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, no ciñéndose únicamente a la que fomenta la reducción de jornada por guarda legal, para así poder extraer ideas más concluyentes sobre el mayor o menor impacto que el ejercicio de un derecho laboral de conciliación puede tener en el nivel de ingresos de la persona trabajadora según cuál sea su lugar de residencia y trabajo.

Se da la circunstancia de que *La Rioja*[80] y *País Vasco*[81] convocaron en 2023 subvenciones destinadas no solo a quienes reducen su jornada laboral por guarda legal, sino también a quienes pasan a situación de excedencia para cuidar de menores a cargo; se trata de una apuesta clara por apoyar la reducción de tiempo de trabajo con el fin de facilitar a las personas trabajadoras que dispongan de más tiempo para ocuparse personalmente del cuidado directo de los menores a cargo.

*Navarra* convocó en 2023 subvenciones para personas trabajadoras en situación de excedencia por cuidado de familiares[82], y hace tiempo que dejó de subvencionar a quienes reducen su jornada laboral para cuidar de menores a cargo[83].

Hasta el año 2022, *Castilla y León* contó con dos líneas de subvenciones destinadas a quienes trabajan por cuenta ajena y reducen su jornada por guarda legal o pasan a excedencia por cuidado de familiares[84]. No obstante, ambas líneas de subvención dejaron de convocarse en 2023.

[80] Vid., Orden nº 27/2009 de 26 de junio de 2009 de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas al programa de fomento del derecho de excedencia para el cuidado de hijos y sustitución de trabajadores en excedencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO La Rioja núm. 82, de 3 julio 2009), modificada por la Orden DEA/74/2022 (BO La Rioja núm. 214, de 8 noviembre 2022).

[81] En el País Vasco, la normativa que regula las ayudas a personas trabajadoras en situación de excedencia laboral por cuidado de persona menor de 3 años es la misma que regula las ayudas a personas trabajadoras con reducción de jornada para el cuidado de una persona menor de 12 años. Vid., nota al pie núm. 80.

[82] Vid., Orden Foral 159/2020, de 12 de mayo, de la Consejera de Derechos Sociales, por la que se aprueban las bases reguladoras de diversas ayudas en el ámbito de la familia para las anualidades de 2020 a 2023 (BO Navarra núm. 115, de 28 mayo 2020), modificada por Orden Foral 62/2023 (BO Navarra núm. 54, de 16 marzo 2023).

[83] La Orden Foral 105/2002, de 3 de octubre, de la Consejera de Industria y Tecnología, Comercio, Turismo y Trabajo, por la que se regulan las ayudas para favorecer la inserción laboral de mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar (BON núm. 126, de 18 octubre 2002), contemplaba el "Programa de Subvenciones a trabajadores por cuenta ajena y al personal al servicio de la Administraciones Públicas de la Comunidad Foral de Navarra, que reduzcan su jornada por guarda legal". La Orden Foral 17/2005, de 17 de febrero, del Consejero de Industria y Tecnología, Comercio y Trabajo, deroga la Orden Foral 105/2002, de 3 de octubre, por la que se regulan las ayudas para favorecer la inserción laboral de mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar (BON núm. 26, de 2 marzo 2005). Posteriormente, la Orden Foral 187/2005, de 29 de septiembre, del Consejero de Industria y Tecnología, Comercio y Trabajo, por la que se convocan las ayudas para favorecer la inserción laboral de mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras (BON núm. 127, de 24 octubre 2005), incluyó el programa de "Subvenciones orientadas a personas trabajadoras por cuenta ajena, que reduzcan su jornada por guarda legal por nacimiento o adopción de menores de seis años". Navarra ha dejado de convocar ayudas destinadas a compensar la disminución salarial que lleva aparejada la reducción de jornada por guarda legal.

[84] Castilla y León convocó por última vez este tipo de subvenciones en 2022, regidas por las normas siguientes: 1) Orden FAM/655/2021, de 18 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León: Líneas de reducción de jornada laboral y excedencia (BO Castilla y León núm. 103, de 31 mayo 2021); y 2) Extracto de la Resolución de 1 de junio de 2022, del Gerente de Servicios Sociales de Castilla y León, por la que se convocan subvenciones destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León: Líneas de reducción de jornada laboral y excedencia (BO Castilla y León núm. 112, de 13 junio 2022).

Algunas Comunidades Autónomas, como *Cantabria*[85] y *Castilla-La Mancha*[86], convocaron ambas líneas de subvención (reducción de jornada y excedencia) únicamente en 2020-2021 y de manera puntual, dentro del marco de medidas extraordinarias para la recuperación económica con motivo de la crisis motivada por la COVID-19, pero luego no han proseguido con ellas.

Hay Comunidades Autónomas, como *Castilla y León*[87] y *País Vasco*[88], que en 2023 incentivaron a las empresas que suscriben con personas desempleadas un contrato de trabajo de duración determinada para la sustitución de persona trabajadora con jornada reducida por guarda legal, *ex* artículo 15.3.párrafo 2º del ET. Este régimen de ayudas económicas persigue "fomentar la toma de conciencia por parte de las empresas de que la conciliación de la vida familiar y laboral es una necesidad real e imperiosa que debe atenderse". Con estas subvenciones, las empresas reducen los costes por la contratación de una persona para sustituir a quien ha optado por ejercer su derecho a la reducción de jornada por guarda legal[89].

### 4.3. La contratación laboral de una persona empleada de hogar para el cuidado de menores a cargo como alternativa a la reducción de jornada por guarda legal

#### 4.3.1. Las subvenciones autonómicas destinadas a fomentar la contratación laboral de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores a cargo

Varias Comunidades Autónomas convocaron en 2023 subvenciones destinadas a quienes trabajan por cuenta ajena y contratan a una persona para ayudar en el cuidado de (hijo/a) menor a cargo

[85] Estas subvenciones extraordinarias se ordenaron a través de las normas siguientes: 1) Decreto 63/2020, de 24 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a personas trabajadoras que ejerzan derechos de reducción de jornada o excedencia en el contexto de la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19 (BO Cantabria núm. 189, de 1 octubre 2020); 2) Ley de Cantabria 3/2021, de 26 de abril, de concesión de ayudas dirigidas a las empresas y las personas trabajadoras afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo, para el sostenimiento del empleo y la actividad económica en el contexto de la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19 (BO Cantabria núm. 84, de 4 mayo 2021); y 3) Decreto 59/2021, de 24 de junio, por el que se regula el segundo programa de concesión directa de subvenciones destinadas a personas trabajadoras que ejerzan derechos de reducción de jornada o excedencia en el contexto de la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19 (BO Cantabria núm. 128, de 5 julio 2021).

[86] Vid., Decreto 32/2020, de 14 de julio, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral como consecuencia de la crisis originada por el COVID-19 (DO Castilla-La Mancha núm. 142, de 17 julio 2020. Corr. Err. DO Castilla-La Mancha núm. 204, de 8 octubre 2020).
Antes de la pandemia de COVID-19, Castilla-La Mancha convocó en 2011 este tipo de subvenciones a través de la Resolución de 27 de octubre de 2010, de la Dirección General de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria pública para el año 2011 de las subvenciones públicas a personas trabajadoras, dirigidas a compensar la pérdida de ingresos derivada de la reducción de jornada laboral, el disfrute de excedencias o la suspensión de contratos laborales, para conciliar su vida laboral, familiar y personal (DO Castilla-La Mancha núm. 210, de 29 octubre 2010).

[87] Vid., Orden IEM/1013/2022, de 5 de agosto, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a fomentar la contratación de duración determinada para la sustitución de persona trabajadora al objeto de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, en la Comunidad de Castilla y León (BO Castilla y León núm. 155, de 11 agosto 2022); y Resolución de 26 de julio de 2023, del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan las subvenciones dirigidas a fomentar la contratación de duración determinada para la sustitución de persona trabajadora al objeto de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León, para el año 2023 (BO Castilla y León núm. 144, de 28 julio 2023).

[88] Vid., Capítulo IV (artículo 38-45) del Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la conciliación de vida familiar y laboral (BO País Vasco núm. 208, de 31 octubre 2019); y Resolución de 8 de marzo de 2023, de la Directora General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por la que se procede a la publicación del Acuerdo del Consejo de Administración de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por el que se asignan recursos económicos para la financiación, en el año 2023, de las ayudas previstas en el Capítulo IV del Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral (BO País Vasco núm. 52, de 15 marzo 2023).

[89] En este sentido, vid., Costa Reyes, A. y Rodríguez Crespo, Mª J.: "La actuación de las Comunidades Autónomas para la conciliación de la vida familiar y laboral", *Temas Laborales*, núm. 71, 2003, pp. 116 y 117.

dentro del domicilio familiar. A excepción de Asturias y Navarra, las demás Comunidades Autónomas que convocan estas subvenciones exigen que el contrato de trabajo se suscriba con una persona empleada de hogar, a través de la relación laboral especial del Real Decreto 1620/2011 y cursando su alta en el Sistema Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar. Estas ayudas económicas fomentan no solo la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras con (hijos/as) menores a cargo, sino también el empleo en el sector de los cuidados, y muy especialmente en el sector doméstico, al tiempo que evitan situaciones de empleo doméstico no declarado (sumergido) e irregular.

En 2023, las Comunidades Autónomas señaladas a continuación convocaron subvenciones destinadas a quienes trabajan por cuenta ajena y contratan una persona empleada de hogar para el cuidado de menores a cargo: *Asturias*[90], *Castilla-La Mancha*[91], *Extremadura*[92], *Galicia*[93], *La Rioja*[94],

[90] En Asturias, la convocatoria de 2023 destina a subvencionar la contratación laboral de personas empleadas de hogar para el cuidado de hijos menores a cargo se rige por las normas siguientes: 1) Resolución de 22 de junio de 2021, de la Presidencia del Principado de Asturias, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas a las familias con niñas y niños de hasta doce años de edad para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar con motivo de la situación ocasionada por la COVID-19 (BO Principado de Asturias núm. 122, de 25 junio 2021), modificada por Resolución de 5 de julio de 2022 (BO Principado de Asturias núm. 133, de 12 julio 2022); y 2) Resolución de 27 de noviembre de 2023, de la Consejería de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo, por la que se aprueba la convocatoria pública de las ayudas a las familias con niñas y niños de hasta doce años de edad para la conciliación (Extracto publicado en BO Principado de Asturias núm. 231, de 1 diciembre 2023).

[91] La convocatoria realizada en 2023 por Castilla-La Mancha se rige por el Decreto 133/2022, de 27 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral, cofinanciable por el Fondo Social Europeo Plus (FSE +) (DO Castilla-La Mancha núm. 4, de 5 enero 2023).

[92] En Extremadura, la convocatoria de esta ayuda se rige en 2023 por la normativa siguiente: 1) Orden de 6 de julio de 2020 por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la contratación, como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral para responder al impacto del COVID-19 (DO Extremadura núm. 132, de 9 julio 2020), modificada por el Decreto-ley 6/2021 (DO Extremadura núm. 173, de 7 septiembre 2021) y la Orden de 28 de febrero de 2023 (DO Extremadura núm. 46, de 8 marzo 2023); y 2) Resolución de 31 de marzo de 2023, de la Secretaría General, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para la contratación como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral para responder al impacto del COVID-19 correspondiente al año 2023 (DO Extremadura núm. 68, de 11 abril 2023).

[93] Esta subvención se enmarca en Galicia dentro del Programa "Bono Concilia Familia", y en la convocatoria de 2023 se rige por la Orden de 22 de junio de 2023 por la que se establecen las bases para la concesión de las ayudas económicas a las familias para la conciliación en situaciones puntuales y períodos de vacaciones escolares a través del programa Bono Concilia Familia, y se procede a su convocatoria para el año 2023 (código de procedimiento BS412A) (DO Galicia núm. 126, de 4 julio 2023).

[94] En La Rioja, la convocatoria de esta ayuda en 2023 se rige por la normativa siguiente: 1) Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia (BO La Rioja núm. 142, de 23 octubre 2020), modificada por Orden DEA/58/2022 (BO La Rioja núm. 187, de 28 septiembre 2022); 2) Instrucción de 28 de abril de 2021, para la gestión de la Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia; 3) Instrucción de 26 de septiembre de 2021, para la interpretación de la Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia; y 4) Resolución 907/2023, de 21 de febrero, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, por la que se aprueba el gasto para la convocatoria de subvenciones 2023, destinadas a la concesión de ayudas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia, en aplicación de la Orden DEA/60/2020, de 16 de octubre, modificada por la Orden DEA/58/2022, de 26 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de dichas ayudas (extracto) (BO La Rioja núm. 42, de 1 marzo 2023. Texto completo).

*Madrid*[95], *Navarra*[96] y *País Vasco*[97]. Los requisitos de acceso a estas ayudas, su cuantía y los plazos para solicitarlas varían de unas otras; destacan los siguientes aspectos diferenciales en lo que a los requisitos de acceso a la subvención se refiere:

— *Edad del menor a cargo*. Madrid subvenciona la contratación laboral de personas empleadas de hogar para cuidar hijos/as menores de 12 años, ampliable hasta menores de 18 años con discapacidad; Castilla-La Mancha lo hace para el cuidado de hijos/as menores de hasta 14 años, ampliable hasta menores de 18 años con discapacidad; y La Rioja para el cuidado de hijos/as menores de 14 años, ampliable hasta menores de 18 años con diversidad funcional. Navarra subvenciona la contratación para el cuidado de menores de 12 años, Asturias y Galicia para menores de hasta 12 años inclusive, y Extremadura y País Vasco para menores de 14 años.

— *Límite de rentas*. La totalidad de las Comunidades Autónomas exigen no superar un determinado límite de rentas para acceder a la subvención o la cuantía de esta varía en función de la renta. No obstante, el límite de rentas difiere de unas a otras y los conceptos subvencionables no son los mismos en todas.

— *Situación de desempleo de la persona contratada*. Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja y Navarra exigen expresamente que el contrato de trabajo se formalice con una persona

[95] En la Comunidad de Madrid, la convocatoria de esta ayuda en 2023 se rige por la normativa siguiente: 1) Acuerdo de 24 de mayo de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las normas reguladoras y se establece el procedimiento de concesión directa de subvenciones del programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral (BOCM núm. 135, de 8 junio 2023); y 2) Orden de 26 de mayo de 2023, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se declara el importe del crédito presupuestario disponible para financiar la concesión directa, en el año 2023, de subvenciones correspondientes al programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral (BOCM núm. 135, de 8 junio 2023).

[96] En Navarra, la convocatoria de esta ayuda se rige en 2023 por la normativa siguiente: 1) Resolución 494E/2021, de 25 de marzo, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se aprueba la convocatoria y las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras por cuenta ajena a través de la contratación. Identificación BDNS: 552886 (BON núm. 91, de 22 abril 2021), modificada por Resolución 8915E/2022 (BON núm. 145, de 21 julio 2022; Corr. Err. BON núm. 162, de 16 agosto 2022); 2) Resolución 232E/2023, de 14 de febrero, de la directora gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se autoriza el gasto de la convocatoria de la subvención "Subvenciones dirigidas a favorecer la conciliación de la vida laboral y de familiar de las personas trabajadoras por cuenta ajena a través de la conciliación". Identificación BDNS: 674091 (BON núm. 54, de 16 marzo 2023); y 3) Resolución 6256E/2023, de 2 de octubre, de la directora gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se desautoriza el gasto de la partida correspondiente a la concesión de subvenciones aprobada mediante Resolución 494/2021, de 25 de marzo, de la directora gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones dirigidas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras por cuenta ajena a través de la contratación (BON núm. 219, de 23 octubre 2023).
Navarra es la única Comunidad Autónoma que convoca por separado subvenciones destinadas a personas trabajadoras por cuenta ajena y a personas trabajadoras por cuenta propia para conciliar su vida laboral y familiar a través de la contratación de personas empleadas de hogar.

[97] La normativa reguladora de estas ayudas en la convocatoria de 2023 es la siguiente: 1) Decreto 102/2022, de 7 de septiembre, de ayudas a la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años de edad (BO País Vasco núm. 179, de 19 septiembre 2022); 2) Orden de 20 de septiembre de 2022, de la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, por la que se aprueba la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de acceso a la ayuda y las instancias normalizadas de solicitud previstas en el Decreto 102/2022, de 7 de septiembre, de ayudas a la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años de edad (BO País Vasco núm. 186, de 28 septiembre 2022); y 3) Orden de 8 de marzo de 2023, de la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, por la que se da a conocer la dotación presupuestaria de las actuaciones subvencionables previstas en el Decreto 102/2022, de 7 de septiembre, de ayudas a la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años de edad (BO País Vasco núm. 52, de 15 marzo 2023).

desempleada e inscrita como demandante de empleo en una Oficina de Empleo ubicada en la correspondiente Comunidad Autónoma.

— *Duración del contrato de trabajo y de la jornada laboral*. Castilla-La Mancha y la Rioja exigen que el contrato de trabajo se suscriba por tiempo indefinido. Madrid subvenciona la contratación tanto temporal como indefinida y con jornada a tiempo completo o parcial, según las necesidades de cada familia. País Vasco exige que la contratación laboral tenga una duración mínima de 59 días naturales, que pueden ser discontinuos. En sentido similar, la duración del contrato de trabajo en Navarra debe ser, al menos, de 3 meses, y si se suscribe a tiempo parcial, debe ser, al menos, al 50 % de la jornada a tiempo completo. Galicia subvenciona el contrato de trabajo de muy corta duración suscrito para que la persona empleada de hogar atienda necesidades muy puntuales del menor o durante sus vacaciones escolares, lo cual resulta coherente porque la gran apuesta de Galicia es subvencionar la reducción de la jornada por guarda legal. Extremadura no precisa nada sobre la duración del contrato de trabajo suscrito con la persona empleada de hogar. Asturias tampoco precisa nada al respecto, tal vez porque no exige que la contratación sea de una persona empleada de hogar, refiriéndose a la contratación de servicios de cuidado de menores, en general.

— *Situación laboral del titular del hogar familiar que contrata y, en su caso, de su cónyuge o pareja de hecho*. Algunas Comunidades Autónomas exigen que tanto el titular del hogar familiar que contrata y solicita la ayuda como, en su caso, el otro progenitor, cónyuge o pareja de hecho con quien conviva estén trabajando, sin más precisión (Asturias, Castilla-La Mancha, La Rioja, Galicia); otras exigen que ambos realicen una actividad retribuida por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, aunque añaden excepciones (Extremadura, Madrid, País Vasco). Cabe entender que este requisito responde a la idea de que ninguno dispone de tiempo para cuidar en todo momento del menor porque ambos trabajan, de ahí la contratación de una persona para que ayude en el cuidado. En esta misma línea, Madrid exige expresamente tanto al titular de hogar familiar como al otro cónyuge o pareja de hecho que durante el periodo subvencionable no estén disfrutando del descanso por nacimiento o cuidado de menor, de reducción de jornada por guarda legal ni de excedencia por cuidado de hijos, porque de ser así cabe entender que tienen tiempo para cuidar del menor a cargo y no precisan la contratación de una persona empleada de hogar. Nótese que País Vasco es la única Comunidad Autónoma que subvenciona a quien trabaja a tiempo completo y decide contratar una persona empleada de hogar para el cuidado de un menor a cargo como a quien decide no hacerlo y en su lugar reduce su jornada por guarda legal o pasa a situación de excedencia familiar. En Galicia, una persona trabajadora puede recibir al mismo tiempo subvención por reducir su jornada por guarda legal y por contratar en momentos puntuales una persona empleada de hogar para el cuidado del menor. Navarra poco precisa sobre la situación laboral/profesional del cónyuge o pareja de hecho de la persona que solicita la ayuda, limitándose a señalar que ha de trabajar por cuenta ajena.

Andalucía y Murcia han dejado de convocar ayudas destinadas a quienes trabajan por cuenta ajena y contratan una persona empleada de hogar para el cuidado de los hijos o menores a cargo:

— *Andalucía* cuenta con un total de nueve líneas de subvenciones dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral[98]; la línea 3 subvenciona la contratación de personas

[98] Vid., Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA núm. 197, de 9 octubre 2020; Corr. Err. BOJA núm. 6, de 12 enero 2021; Corr. Err. BOJA núm. 71, de 16 abril 2021); y Orden de 29 de mayo de 2023, por la que se modifica la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA núm. 105, de 5 junio 2023).

desempleadas para el cuidado y atención de hijos/as menores de 3 años de edad. Las subvenciones de la línea 3 se convocaron por última vez en 2021[99].

— *Murcia* realizó en 2020, dentro del contexto de la pandemia por COVID-19, dos convocatorias destinadas a subvencionar la contratación laboral de personas empleadas de hogar para cuidar de hijos menores en cargo cuando ambos progenitores (adoptantes) trabajasen. Esta línea de subvención se articuló para un momento muy puntual, como fue la crisis sanitaria de la COVID-19, y no ha proseguido en años posteriores.

Aunque *Cantabria* no convocó en 2023 subvenciones por la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores a cargo, algunos municipios de la Comunidad Autónoma si lo han hecho; es el caso de *Astillero*[100].

Un caso particular es el del Principado de Asturias, donde la subvención por la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores se convoca no solo a nivel autonómico, sino también por algún municipio como, por ejemplo, *Llanera*[101].

### 4.3.2. Las deducciones en la cuota íntegra autonómica del IRPF por ayuda doméstica

La normativa fiscal de algunas Comunidades Autónomas contempla la "deducción por ayuda doméstica" en la cuota íntegra autonómica del IRPF, es decir, las cantidades abonadas en el periodo impositivo por la contratación laboral de una persona empleada de hogar para el cuidado de menores a cargo son deducibles. La tabla siguiente muestra las Comunidades Autónomas con "deducción autonómica por ayuda doméstica" y sin ella en el IRPF correspondiente al ejercicio 2022 (declaración del IRPF realizada en 2023):

| Comunidad Autónoma | Cantidad deducible en cuota IRPF | Límite máximo deducible |
|---|---|---|
| Andalucía[102] | 20 % de las cotizaciones abonadas durante el periodo impositivo por la contratación de una persona empleada de hogar para el cuidado de hijos menores de hasta 14 años | 500 euros anuales |
| Aragón | ---------- | ---------- |
| Asturias | ---------- | ---------- |

[99] Vid., Resolución de 11 de junio de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria para el ejercicio 2021, de las subvenciones reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA núm. 123, de 29 junio 2021).

[100] Bases generales y convocatoria del programa de ayudas municipales para conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores autónomos, para el año 2023 (BO Cantabria núm. 178, de 14 septiembre 2023).

[101] Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Llanera, de 26 de mayo de 2023, sobre Bases reguladoras de la convocatoria reguladora de ayudas a la conciliación, año 2023 (BO Principado de Asturias núm. 110, de 29 junio 2023).

[102] Artículo 19 de la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 263, de 3 noviembre 2021).

| Comunidad Autónoma | Cantidad deducible en cuota IRPF | Límite máximo deducible |
|---|---|---|
| Baleares[103] | 40 % del importe anual satisfecho por los gastos derivados de la contratación laboral de persona empleada de hogar para cuidar de descendiente/ acogido menor de 6 años | 660 euros anuales, o la parte proporcional si todos los descendientes/acogidos dejan de ser menores de 6 años<br>600 euros anuales si fallece uno de los contribuyentes en el periodo impositivo |
| Canarias | ---------- | ---------- |
| Cantabria | ---------- | ---------- |
| Castilla-La Mancha | ---------- | ---------- |
| Castilla y León[104] | 30 % de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo a la persona empleada de hogar contratada para el cuidado de hijos/as menores<br>15 % de las cantidades satisfechas en concepto de cuotas abonadas a la Seguridad Social (cotización) por la persona empleada de hogar en caso de hijo/a menor de 4 años al que sea de aplicación el mínimo por descendiente | 322 euros anuales, tanto en tributación individual como conjunta, por las cantidades abonadas a la persona empleada de hogar<br>300 euros anuales por cotización abonada por la persona empleada de hogar |
| Cataluña | ---------- | ---------- |
| Comunidad Valenciana[105] | 50 % de las cotizaciones satisfechas durante el periodo impositivo por la contratación laboral indefinida de una persona empleada de hogar para el cuidado de menores de 5 años de edad (y también determinados ascendientes) | No hay límite máximo |
| Extremadura[106] | 10 % de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo por la contratación de una persona empleada de hogar para el cuidado de hijos menores de hasta 14 años. | 400 euros anuales por unidad familiar |

[103] Artículo 6 bis del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado (BOE núm. 160, de 2 julio 2014).

[104] Artículos 5 y 10 del Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos (BO Castilla y León núm. 180, de 18 septiembre 2013).

[105] Artículo 4.Uno.i) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos (BOE núm. 83, de 7 abril 1998).

[106] Artículos 6 y 12 bis del Decreto Legislativo 1/2018, de 10 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos cedidos por el Estado (BOE núm. 148, de 19 junio 2018).

| Comunidad Autónoma | Cantidad deducible en cuota IRPF | Límite máximo deducible |
|---|---|---|
| Galicia[107] | 30 % de las cantidades satisfechas por la contratación de una persona empleada de hogar para el cuidado de hijos/as de 0 a 3 años | 400 euros anuales en caso de un hijo/a de hasta 3 años<br>600 euros anuales en caso de dos o más hijos/as |
| La Rioja[108] | 30 % de los cantidades abonadas por contratación de personal para el cuidado de hijos/as de 0 a 3 años, teniendo el contribuyente su residencia habitual en uno de los pequeños municipios de La Rioja | 600 euros anuales por menor |
| Madrid[109] | Regla general: 25 % de las cotizaciones ingresadas por contratación de persona empleada de hogar para el cuidado de menores de 3 años (y también de mayores dependientes y personas con discapacidad)<br>Regla especial para el caso de que los contribuyentes sean titulares de familia numerosa: 40 % de las cotizaciones ingresadas por contratación de persona empleada de hogar para el cuidado de menores de 3 años (y también de mayores dependientes y personas con discapacidad) | Regla general: 400 euros anuales<br>Regla especial en caso de familia numerosa: 600 euros anuales |
| Murcia[110] | 20 % de las cotizaciones satisfechas por la contratación de persona empleada de hogar para el cuidado de hijos/as menores de 12 años por razones de conciliación | 400 euros anuales |
| Navarra[111] | 100 % de las cotizaciones satisfechas por la contratación de persona empleada de hogar para el cuidado de descendientes menores de 16 años (y otros familiares) | Sin límite máximo |
| País Vasco | ---------- | ---------- |

La deducción fiscal por ayuda doméstica es una manifestación más de la apuesta de las Comunidades Autónomas por fomentar la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores a cargo, y que en muchas de ellas se plantea como alternativa a la reducción de

[107] Artículo 5.Cinco del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado (BOE núm. 279, de 19 noviembre 2011).

[108] Artículo 37.3 de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, por la que se consolidan las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de impuestos propios y tributos cedidos (BOE núm. 289, de 28 noviembre 2017).

[109] Artículos 11 bis y 18.2 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado (BOCM núm. 255, de 25 octubre 2010).

[110] Artículo 1.Once del Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos (BOE núm. 144, de 17 junio 2011).

[111] Artículo 62.9.c) del Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BO Navarra núm. 80, de 30 junio 2008).

jornada por guarda legal. Galicia, La Rioja y País Vasco fueran las únicas Comunidades Autónomas que en 2023 apostaron por implementar medidas económicas (subvenciones) y/o fiscales (deducciones en el IRPF) destinadas a fomentar tanto la reducción de jornada por guarda legal como la contratación laboral de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores a cargo, otorgando así a las personas trabajadoras más libertad a la hora de escoger una u otra vía para compaginar la actividad laboral con el cuidado de sus hijos e hijas a cargo, incluso siendo en algún caso (Galicia) compatibles ambas vías.

### 4.3.3. Bonificaciones y reducciones en la cotización por la contratación de personas empleadas de hogar

Las normas de Seguridad Social incentivan la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores a cargo a través de un sistema de bonificaciones y reducciones en la cotización. La cotización en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del RGSS goza de los beneficios siguientes:

— *Cuota empresarial por contingencias comunes*. La contratación de una persona empleada de hogar y de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del RGSS da lugar a un beneficio en la cuota empresarial por contingencias comunes. Este beneficio será una de las dos alternativas siguientes (opciones incompatibles):

  - Reducción del 20 %[112] en la cuota empresarial por contingencias comunes.

  - Bonificación del 45 % o del 30 % en la cuota empresarial por contingencias comunes cuando se cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora en los términos y condiciones que se fijen reglamentariamente[113]. Estas bonificaciones serán aplicables sobre una única persona empleada de hogar contratada. La opción por estas bonificaciones no estará operativa hasta que no entre en vigor el desarrollo reglamentario y, en todo caso, el 1 de abril de 2024 (disposición final séptima.4 Real Decreto-ley 16/2022).

— *Cuota empresarial por desempleo y FOGASA*. La contratación de una persona empleada de hogar y de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del RGSS da lugar a una bonificación del 80 % en la cuota empresarial por desempleo y FOGASA[114].

## 5. CONCLUSIONES

— La sociedad española de finales del primer cuarto del siglo XXI se caracteriza por una serie de rasgos que conviene tener presentes al abordar la regulación jurídica del derecho laboral a la reducción de jornada por guarda legal; a saber: *Primer rasgo.* La sociedad española refleja una transformación importante en la estructura de la familia, así como en los modelos de familia y en las formas de convivencia en los hogares. Con el paso del tiempo, el tamaño de la unidad familiar se ha reducido paulatinamente, pasando del modelo de familia extensa (abuelo/a, padre, madre, hijos/as) a la familia nuclear (padre, madre, hijos/as), la monoparental (padre o madre, hijos/as) y a otro tipo de estructurales familiares. En 2020 había en España 13.751.800

[112] Vid., disposición adicional primera.1.párrafo 1º del Real Decreto-ley 16/2022; artículo 122.Cuatro.4.párrafo 1º de la Ley 31/2022; y artículo 15.6.párrafo 1º de la Orden PCM/74/2023.

[113] Vid., disposición adicional primera.2 del Real Decreto-ley 16/2022; y artículo 122.Cuatro.5 de la Ley 31/2022.

[114] Vid., disposición adicional primera.1.párrafo 2º del Real Decreto-ley 16/2022; artículo 122.Cuatro.4.párrafo 3º de la Ley 31/2022; y artículo 15.6.párrafo 3º de la Orden PCM/74/2023.

familiares nucleares, la mayoría con un/a hijo/a (4.902.900) o sin hijos/as (4.452.900), seguidas de aquellas con dos hijos/as (3.632.100), y en número menor las que cuentan con tres o más hijos/as conviviendo (764.000)[115]. Ese mismo año, el número de hogares monoparentales encabezados por mujeres fue de 1.997.500[116] y los encabezados por hombres de 447.100[117], la mayoría de ellos con un/a único/a hijo/a. Por otra parte, en 2022 se registraron en España 329.251 nacimientos, un 2,4 % menos que en 2021, año en el que la cifra de nacimientos se situó en 337.380, lo cual confirma el descenso progresivo de la natalidad en la última década[118]. Paralelamente, la tasa bruta de natalidad también ha descendido en la última década, situándose en 6,88 nacimientos por mil habitantes en 2022[119]. El número medio de hijos por mujer fue de 1,19 en 2021 y 1,16 en 2022, de modo que en este punto la curva también es descendente. Conviene analizar hasta qué punto estas cifras han de tomarse en cuenta al regular las medidas laborales de conciliación entre la vida familiar y laboral, y muy especialmente en lo que respecta a la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, *ex* artículo 37.6.párrafo 1º del ET; dicho de otro modo: parece oportuno analizar hasta qué punto las medidas laborales de conciliación de la vida familiar y laboral podrían contribuir de algún modo al fomento de la natalidad.

— *Segundo rasgo.* La sociedad española se dirige hacia un cambio de paradigma en la concepción del cuidado de la familia porque, cada vez más, deja de estar residenciado únicamente en los propios familiares que la integran, dando entrada a terceras personas que colaboran en esta importante tarea. Sin embargo, hay un elemento que perdura en este cambio claro de paradigma, y es que quienes cuidan, ya sean miembros de la propia familia o terceras personas contratadas, siguen siendo en su mayoría mujeres. El sector de los cuidados, tanto no remunerados (prestados por familiares) como remunerados (prestados por profesionales) se encuentra altamente feminizado, lo cual exige estar alerta ante posibles situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo.

— Tercer rasgo. La irrupción masiva de la automatización y el rápido desarrollo de la inteligencia artificial están teniendo sus primeros efectos en el mercado laboral del primer cuarto del siglo XXI, lo cual conduce hacia un cambio de paradigma en la concepción de las relaciones laborales. Sin embargo, este cambio claro de paradigma no alcanza con igual intensidad a todos los sectores de actividad. Tal es el caso del sector de los cuidados que, por su naturaleza relacional (persona cuidadora-persona cuidada), "limita el potencial de sustitución de la mano de obra humana por robots y otras tecnologías"[120].

El estudio recogido en las páginas precedentes muestra el impacto económico de la reducción de jornada por guarda legal y la necesidad de revisar las medidas dirigidas a mitigarlo. Actualmente, las políticas autonómicas en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral apenas apuestan por subvencionar la disminución salarial que lleva aparejada la reducción de jornada por guarda legal para el cuidado de (hijo/a) menor de 12 años (artículo 37.6.párrafo 1º ET) ni la suspensión

[115] INE: Encuesta continua de hogares (ECH). Año 2020. Número de núcleos familiares según número de hijos con los que conviven y tipo de núcleo familiar. Link

[116] INE: Encuesta continua de hogares (ECH). Año 2020. Número de núcleos familiares según número de hijos con los que conviven y tipo de núcleo familiar. Link

[117] INE: Encuesta continua de hogares (ECH). Año 2020. Número de núcleos familiares según número de hijos con los que conviven y tipo de núcleo familiar. Link

[118] INE: Movimiento Natural de la Población (MNP) Indicadores Demográficos Básicos (IDB) Año 2022. Datos definitivos. Link

[119] INE: Movimiento natural de la población. Indicadores demográficos básicos. Tasa bruta de natalidad. Año 2022. Link

[120] OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, *ob. cit.,* p. 27.

temporal del salario en la excedencia por cuidado de (hijo/a) menor de 3 años (artículo 46.3 ET); dos derechos laborales de conciliación directamente relacionados con el tiempo de trabajo. La Rioja y País Vasco son las únicas Comunidades Autónomas que en 2023 convocaron ayudas económicas dirigidas tanto a personas trabajadoras que reducen su jornada por guarda legal como a las que se encuentran en excedencia por motivos familiares. Galicia convocó en 2023 ayudas económicas para las personas trabajadoras que reducen su jornada para cuidar de un hijo/a a cargo, y Navarra hizo lo propio para las que pasan a situación de excedencia familiar. Castilla y León convocó ambas líneas de subvención (reducción de jornada y excedencia) en 2022, pero no prosiguió con ellas en 2023. Algunas Comunidades Autónomas, como Cantabria y Castilla-La Mancha, pusieron en marcha estas líneas de subvención (reducción de jornada y excedencia) en 2020-2021 de manera excepcional, dentro del marco de medidas extraordinarias para la recuperación económica con motivo de la crisis motivada por la COVID-19, pero luego no tuvieron continuidad.

Varias Comunidades Autónomas apuestan hoy en día por subvencionar los gastos en que incurre una persona trabajadora por contratar a una persona empleada de hogar para cuidar de (hijos/as) menores a cargo (Asturias, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y País Vasco). Así mismo, numerosas Comunidades Autónomas contemplan la deducción en la cuota íntegra autonómica del IRPF de los gastos vinculados a la contratación laboral de una persona empleada de hogar para cuidar de (hijos/as) menores a cargo (Andalucía, Baleares, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra). En definitiva, las Comunidades Autónomas, con la excepción de Aragón, Canarias, Cantabria y Cataluña, cuentan con alguna línea de subvención y/o deducción fiscal en la cuota autonómica del IRPF referida a la contratación laboral de personas empleadas de hogar para facilitar la conciliación de las personas trabajadoras con (hijos/as) menores a cargo. Nótese que la contratación laboral en el sector doméstico puede dar acceso no solo a una subvención autonómica y/o deducción fiscal en la cuota íntegra autonómica del IRPF, sino también a reducciones o bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social contempladas en la normativa estatal vigente. Se trata de medidas no laborales (subvenciones, deducciones fiscales y bonificaciones/reducciones en la cotización) que posibilitan a las personas que trabajan por cuenta ajena conciliar su actividad laboral con el cuidado de menores a cargo sin que resulten alterados el funcionamiento y la organización de la empresa donde prestan servicios, al tiempo que fomentan el empleo en el sector de los cuidados[121].

En definitiva, la tendencia actual de muchas Comunidades Autónomas no se dirige tanto a fomentar que las personas trabajadoras reduzcan sus horas de trabajo (reducción de jornada) o incluso cesen temporalmente en su actividad laboral (excedencia) para dedicarse durante más tiempo al cuidado directo de (hijos/as) menores a cargo, sino a fomentar el empleo en el sector de los cuidados, de modo que las personas trabajadoras permanezcan en su empleo y puedan así desarrollar plenamente su carrera profesional, contando con la colaboración de profesionales (empleadas de hogar, de guardería, de escuela infantil, etc.) que ayuden en el cuidado de (hijos/as) menores a cargo. En esta misma línea se sitúa el "Plan Corresponsables"[122], aprobado el 9 de marzo de 2021 por el Ministerio de Igualdad, que en 2023 contó con un crédito de 190 millones de euros distribuidos entre la mayoría de las Comunidades Autónomas (salvo Navarra y País Vasco) y las ciudades autónomas de Ceuta y

[121] La OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 27, señala que "el trabajo de cuidados consiste en dos tipos de actividades superpuestas: las actividades de cuidado directo, personal y relacional, como dar de comer a un bebé o cuidar de un cónyuge enfermo, y las actividades de cuidado indirecto, como cocinar y limpiar".

[122] Vid., Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 3 de marzo de 2023, por el que se fijan los criterios de distribución a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y de Melilla, así como la distribución resultante, del crédito destinado en el año 2023 al desarrollo del Plan Corresponsables (BOE núm. 67, de 20 marzo 2023).

Melilla para la puesta en marcha de varios ejes de actuación; a saber: 1) la creación de bolsas públicas de cuidadores profesionales a domicilio o en lugares públicos para familias con hijos/as de hasta 16 años, 2) el fomento del empleo de calidad en las bolsas de cuidado profesional, 3) la certificación de la experiencia profesional en el sector de los cuidados formales e informales y 4) la formación de los hombres en corresponsabilidad y cuidados.

— *Primera conclusión*. El impacto negativo que los derechos a la reducción de jornada por guarda legal y a la excedencia por cuidado de (hijos/as) menores a cargo tienen en el salario lleva a plantearse su eficacia real cuando no van acompañados de medidas económicas compensatorias como, por ejemplo, prestaciones de Seguridad Social, subvenciones públicas a nivel autonómico y local, mejoras económicas previstas en convenio colectivo o deducciones fiscales. Nótese, además, que son las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente reducen su jornada por guarda legal o pasan a situación de excedencia por cuidado de hijos/as, lo cual no solo causa un impacto negativo en su salario, sino que además se convierte en claro factor responsable de las diferencias salariales entre hombres y mujeres (brecha salarial de género). Por ello, parece oportuno replantearse la actual configuración de los derechos laborales de conciliación que inciden directamente sobre el tiempo de trabajo y el salario, apostando no solo por las vías del artículo 37.6 del ET (reducción de jornada y de salario), del artículo 46.3 del ET (excedencia sin salario) y del artículo 46 bis del ET (permiso parental no retribuido), sino también, siempre que sea factible y de manera prioritaria, por las vías del artículo 34.8 del ET (adaptación horaria sin reducción de jornada ni de salario) y de los permisos retribuidos. En esta línea se sitúa el Capítulo IX.2 del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023-2025)[123], que contempla de forma clara y expresa la adopción de fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo, en lugar fórmulas de reducción del tiempo de trabajo o de suspensión de la actividad, en orden a garantizar la conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral. En cualquier caso, todas las vías apuntadas tienen en común que permiten a padres y madres que trabajan asumir el cuidado directo de (hijos/as) menores a cargo, sin tener que delegar esta tarea en un tercero.

— *Segunda conclusión*. Aunque las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral de muchas Comunidades Autónomas tienden actualmente a fomentar que las personas trabajadoras contraten los servicios de terceros (guarderías, escuelas infantiles, personas cuidadoras, personas empleadas de hogar, etc.) para el cuidado de (hijos/as) menores a cargo, resulta también conveniente articular paralelamente mecanismos para garantizar que quienes deseen involucrarse durante el mayor tiempo posible en el cuidado directo de sus hijos/as, sin delegar esa tarea en terceros, puedan hacerlo, procurando que ello repercuta negativamente lo menos posible en su nivel de ingresos y en el desarrollo de su carrera profesional. Así, no basta que el artículo 37.6.párrafo 1º del ET reconozca el derecho a reducir la jornada por guarda legal. Sería muy oportuno que el ejercicio de este derecho fuera acompañado de ayudas económicas destinadas a compensar la disminución salarial que lleva aparejada, así como medidas destinadas a garantizar que no resulte perjudicial en el desarrollo profesional. Además, conviene examinar si el sistema de cotizaciones ficticias que ordenan los artículos 237.3.párrafo 1º y 270.6 de la LGSS es suficiente para evitar que la persona trabajadora que reduce su jornada por guarda legal se vea perjudica en el acceso a futuras prestaciones económicas de la Seguridad Social que pudieran corresponder por el desempeño laboral. En definitiva, todo apunta a que el tratamiento de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar y laboral, incluido el derecho a la reducción de jornada por guarda legal, debe ser integral y holístico, no pudiendo abordarse únicamente desde la vertiente del Derecho del Trabajo.

[123] Vid., 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 núm. 129, de 31 mayo 2023).

— *Tercera conclusión*. Cuando se trata del cuidado de (hijos/as) menores a cargo, la normativa ha de tener presente la necesidad de garantizar en todo momento no solo el derecho laboral de los padres y madres a conciliar su vida laboral con el cuidado del menor a cargo, sino también la protección integral del menor (de la infancia)[124]. En este sentido, cuando padres y madres encomiendan el cuidado del menor a una tercera persona, esta debe carecer de antecedentes penales por delitos sexuales. Así, la persona empleada de hogar que vaya a cuidar del menor, el personal de guarderías y jardines de infancia (escuelas infantiles) y el personal que integra las bolsas públicas de cuidados de menores de hasta 16 años deben acreditar tal extremo mediante la aportación de un certificado negativo expedido por el Registro Central de Delincuentes Sexuales (artículo 57 Ley Orgánica 8/2021). Llama la atención que la normativa autonómica que regula las subvenciones destinadas a compensar los gastos por la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de menores no advierta de alguna manera sobre esta exigencia legal en orden a garantizar la protección del menor y de la infancia. Por otra parte, conviene subrayar que trabajar como persona empleada de hogar en el cuidado de menores comporta una gran responsabilidad, de ahí que no resulte baladí plantear si la normativa ha de exigir algún tipo de preparación que habilite profesionalmente para el cuidado de menores. Así se exige al personal de guarderías y escuelas infantiles y no parece desacertado exigirlo también de algún modo cuando el cuidado del menor tiene lugar en el ámbito doméstico a través de personas empleadas de hogar.

— *Cuarta conclusión*. No cabe duda de que la efectividad de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar y laboral exige un esfuerzo organizativo y económico por parte de las empresas que redunda en beneficio no solo de las personas trabajadoras que los ejercen, sino también de la propia sociedad, porque con ello se contribuye a garantizar la protección de la infancia y de la familia. En este sentido, el compromiso y esfuerzo de las empresas en orden facilitar el ejercicio real y efectivo de los derechos laborales de conciliación se sitúa en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa porque, en última instancia, repercute en beneficio de la sociedad.

— *Quinta conclusión*. Los datos estadísticos muestran que son las mujeres trabajadoras quienes mayoritariamente reducen la jornada por guarda legal, lo cual pone de manifiesto que este derecho no se está ejerciendo actualmente de forma corresponsable por trabajadores y trabajadoras. Ciertamente, las medidas legislativas vigentes facilitan la corresponsabilidad, disponiendo que la titularidad del derecho a la reducción de jornada es individual y neutra, y que su ejercicio es intransferible. Sin embargo, para que la corresponsabilidad sea real y efectiva es preciso además que en la sociedad se consolide un cambio cultural y de mentalidad, que pasa por asumir con naturalidad que hombres y mujeres pueden ocuparse por igual de la crianza de (hijos/as) menores a cargo, aportando unos y otras lo mejor de sí[125]. La legislación ofrece los instrumentos para facilitar la corresponsabilidad, pero es preciso además que esta sea aceptada

[124] En relación con el derecho a la reducción de jornada por guarda legal (artículo 37.6.párrafo 1º ET), la Sala de lo Social del TS reitera que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, " tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible". Por todas, vid., SSTS, Sala Social, de 20 de julio de 2000 (RCUD núm. 3799/1999), 11 de diciembre de 2001 (RCUD núm. 1817/2001. ECLI:ES:TS:2001:9711), 6 de abril de 2004 (RCUD núm. 430/2002. ECLI:ES:TS:2004:2382), 2 de noviembre de 2004 (RCUD núm. 4028/2003. ECLI:ES:TS:2004:6997), 13 de junio de 2008 (RCUD núm. 897/2007. ECLI:ES:TS:2008:4494), 18 de junio de 2008 (RCUD núm. 1625/2007. ECLI:ES:TS:2008:4569), y 25 de abril de 2018 (RCUD núm. 2152/2016. ECLI:ES:TS:2018:2329). En el mismo sentido, vid., Azagra Solano, M.: "El conflicto de la conciliación de la vida familiar y laboral: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor", *ob. cit.*

[125] El 15 de enero de 2024, el Centro de Investigaciones Sociológicas presentó el avance provisional de resultados del estudio *Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres y estereotipos de género. Este estudio muestra que,*

y puesta en práctica por la sociedad. En definitiva, no basta con la corresponsabilidad legal, siendo necesaria también la corresponsabilidad real.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Aguilera Izquierdo, R.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017. Link

Argüelles Blanco, A.R.: "La reducción de jornada por cuidado de menor: impacto en las retribuciones y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 769/2021, de 29 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 465, 2021. Link

Azagra Solano, M.: "El conflicto de la conciliación de la vida familiar y laboral: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2010.

Centro de Investigaciones Sociológicas: avance provisional de resultados del estudio *Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres y estereotipos de género, 15 de enero de 2024.* Link

Costa Reyes, A. y Rodríguez Crespo, Mª J.: "La actuación de las Comunidades Autónomas para la conciliación de la vida familiar y laboral", *Temas Laborales*, núm. 71, 2003. Link

Dubin, K.A.: "¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales", en VV. AA.: *La Ley de Igualdad. Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, García-Perrote Escartín, J.I. y Mercader Uguina, J. (Dirs.), Lex Nova, Madrid, 2007.

Fernández Orrico, F.J.: "El respeto al principio de voluntariedad, como elemento esencial en la conversión de la jornada de trabajo", en VV. AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo*, Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Vol. I, BOE, Madrid, 2022. Link

García Romero, B.: "Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación como consecuencia de la injustificada reducción del tiempo de descanso retribuido por cada 'saliente de guardia' que deriva del ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2020 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00163).

García Romero, B.: "Reducción de jornada por guarda legal y complemento salarial de asistencia y puntualidad", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00396).

López Álvarez, M.J.: "Impacto en la retribución de los permisos y reducciones de jornada por causas familiares", en VV. AA.: *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2010.

Lousada Arochena, J.F.: "Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 70, 2020.

Núñez-Cortés Contreras, P.: "La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial", *Temas Laborales*, núm. 129, 2015. Link

OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Link

Reche Tello, N.: "Discriminación indirecta por razón de sexo y ejercicio de derechos de conciliación: la naturalización del vínculo. Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2020, de 2 de julio", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 9, 2021. Link

Rodríguez Escanciano, S.: "Reducción de jornada por cuidado de hijo y discriminación indirecta por razón de sexo: cálculo del descanso (retribuido como trabajo efectivo) tras la realización de guardias médicas", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1, 2021 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00203).

Sempere Navarro, A.V.: "Reducción de jornada conciliatoria que provoca movilidad funcional impuesta (Caso Hospital Sanitas de La Moraleja", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2021 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00293).

Velasco Portero, Mª T.: "Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada", *Documentación Laboral*, núm. 100, 2014.


*en un día laborable, las mujeres dedican el doble de tiempo que los hombres al cuidado de hijos. Así, "*mientras las mujeres dedican 412,25 minutos (6,7 horas) a sus hijos, ellos ocupan unos 228,88 minutos (3,7 horas) de su tiempo".

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo[1]

# Collective bargaining in the face of the digitisation of working conditions

Marina Fernández Ramírez
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad de Málaga*
https://orcid.org/0000-0001-7553-1234

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. «La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 101-122.

**Resumen**

La negociación colectiva representa hoy el centro neurálgico de las estrategias negociadas de adaptación ante los cambios, actuales y futuros, en la gobernanza del trabajo. En estos términos se manifiesta la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Pensemos, que la utilización de las tecnologías digitales, su incidencia en las formas de trabajo, así como su impacto en las relaciones de carácter colectivo y en el empleo, están todavía por desplegarse en toda su dimensión dada la rapidez con la que se vienen implantando. Un fenómeno tan complejo no permite una enumeración cerrada de sus repercusiones y, mucho menos, de sus soluciones, pero si permite avanzar que la actuación de la autonomía colectiva en esta materia no va a resultar sencilla. Analizar críticamente los obstáculos de la negociación colectiva, en su función de asegurar la optimización de ventajas y oportunidades derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, es precisamente el propósito de este estudio.

**Palabras clave**

Negociación colectiva; centralidad; impacto de tecnologías digitales; optimización de oportunidades

**Abstract**

Collective bargaining today represents the nerve centre of negotiated strategies for adapting to current and future changes in labour governance. These are the terms of Organic Law 3/2018 of 5 December on the Protection of Personal Data and the guarantee of digital rights. We should bear in mind that the use of digital technologies, their incidence on forms of work, as well as their impact on collective relations and employment, have yet to unfold in all their dimensions given the speed with which they are being implemented. Such a complex phenomenon does not allow for a closed list of its repercussions, let alone its solutions, but it does make it possible to advance that the action of collective autonomy in this area will not be easy. The purpose of this study is precisely to critically analyse the obstacles to collective bargaining in its function of ensuring the optimisation of the advantages and opportunities derived from the use of new technologies at work.

**Keywords**

Collective bargaining; centrality; impact of digital technologies; optimisation of opportunities

[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 y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital" (Ref. PID2021-124031NB-C44).

Fecha Recepción: 30/01/2024 - Fecha Revisión: 21/02/2024 - Fecha Aceptación: 02/03/2024
Pags. 101-122

## 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Hoy por hoy, no hay duda en cuanto a que la revolución digital y el uso de modernas tecnologías abren nuevas oportunidades para una mejor y más eficiente organización de los recursos y del mismo proceso productivo, lo cual redunda favorablemente sobre la implicación de la mano de obra y, con ello, sobre la competitividad empresarial. Sin embargo, los beneficios derivados de su uso se ven limitados por factores estructurales, como las desigualdades sociales y serios riesgos para las personas trabajadoras y para la efectividad de los derechos laborales, individuales y colectivos.

Ante tal escenario, la negociación colectiva (en adelante, NC) representa el centro neurálgico de las estrategias negociadas de adaptación y transición ante los cambios actuales y futuros en la gobernanza del trabajo, siendo innegable el papel protagonista que ha de desempeñar en su eventual desarrollo[2]. No podía ser de otra forma, cuando la transformación digital y la introducción de modelos disruptivos en los entornos laborales, están generando distintas formas de entender las relaciones entre la empresa y los trabajadores, así como múltiples implicaciones y novedosísimos efectos[3] tan favorables como adversos.

En las sociedades modernas, industrializadas y abiertas, la NC ha constituido una pieza clave del sistema social. Su vigencia y las prácticas que suscita concretaron modalidades estables de institucionalización de los conflictos laborales, posibilitaron un marco consensuado de gestión de lo social y generaron normas contractuales capaces de articular maduramente intereses sectoriales en pugna[4].

De ahí, que el reconocimiento efectivo de este derecho sea un principio y un derecho fundamental en el trabajo y junto con la libertad sindical y las condiciones de trabajo seguras y saludables, sea una de las cinco categorías comprendidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo[5]. Como se ha señalado, la NC, es "*un derecho fundamental y una herramienta poderosa para conseguir el éxito económico y la equidad social, sobre todo en tiempos de transformación profunda*"[6], por cuanto que "*contribuye a la adaptabilidad, la agilidad y la resiliencia de las empresas, los mercados laborales y las economías*" [7].

El derecho a la NC constituye, pues, un valor fundamental de la OIT estrechamente vinculado al derecho a la libertad sindical y de asociación. Pero, además, representa no sólo una herramienta importante de la gobernanza del mercado laboral[8], sino que, en la medida en que sirve de base al concepto más amplio de diálogo social, sigue contribuyendo al fortalecimiento de la democracia en todo el mundo[9].

---

[2] Rocha Sánchez, F.: "El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización", *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 40, Núm. 2, 2022, pp. 367-385.

[3] *Cfr*. Baylos Grau, A. P.: "Los derechos digitales y la negociación colectiva", *Diario La Ley*, Nº 9331, 2019; VV.AA.: *Derecho y nuevas tecnologías*, Fernández Villazón, L. A. (Coord.), Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2020.

[4] Tomada, C. A. y Rigat-Pflaum, M.: *Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1998, p. 7.

[5] Adoptada en la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110ª reunión (2022), p. 9. (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---veinstrument/ wcms_716596.pdf).

[6] *Cfr. Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión mundial sobre el futuro del trabajo*, OIT, 2019, p. 44.

[7] *Cfr*. OIT: *Negociación colectiva: guía de políticas*, Lima, Organización Internacional del Trabajo, 2016, pp. 4 y ss.

[8] En el mismo sentido lo expresa Monereo Pérez, J. L.: "Modelo constitucional del Derecho a la negociación colectiva", en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N. y Tomás Jiménez, N. (Coords.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 99.

[9] Álvarez Cuesta, H.: "El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa", Lan harremanak*: Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019, (Ejemplar dedicado a: Digitalización, conciliación y trabajo como mercancía/ Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai gisa), p. 16.

Precisamente, en el contexto del Programa de Trabajo Decente[10] y en un entorno de relaciones laborales que evolucionan con rapidez, la NC se erige como instrumento esencial para asegurar los derechos y la representación en el trabajo, promover el empleo, mejorar las condiciones de trabajo y ampliar la protección social a todos los trabajadores[11]. Y si el eje central del mandato de la OIT en la Declaración del Centenario, gira en torno a cómo podría la comunidad internacional alcanzar los compromisos expresados en los objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, el diálogo social se presenta como una herramienta básica para la planificación de políticas, la gestión de los cambios asociados y el conflicto social que estos puedan conllevar.

Pues bien, este proceso de planificación y gestión de los cambios está estrechamente vinculado a la implementación y cumplimiento de la Agenda 2030. Además de un instrumento de avance y de consenso, el diálogo social es esencial para abrir procesos de planificación tan profundos como los que demanda el cumplimiento de la Agenda 2030, en particular en el diseño de la actividad productiva y económica de los próximos años. De hecho, los cambios estructurales que deben acompañar a la mayoría de los ODS deben estar sustentados, en primer lugar, en el diálogo social. Su necesidad se pone de relieve en una buena parte de ellos. En este sentido, las instituciones europeas vienen insistiendo en que la gestión actual de las condiciones de trabajo debe canalizarse a través de la negociación colectiva para controlar su desarrollo[12].

La NC emerge como un instrumento privilegiado que, en el marco del trabajo decente[13], permite a organizaciones sindicales y empresariales tomar bajo su responsabilidad la resolución de problemas que atañen de forma directa a su ámbito exclusivo de actuación, es decir, a las relaciones laborales, tanto en el nivel de empresas como en el nivel sectorial. Debe, pues, desempeñar un papel fundamental en el proceso de transición digital y también ecológica, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización (2020)[14].

Y ello es así, porque la digitalización de la economía es un proceso social en construcción, que puede y debe de ser gobernado con la participación activa de las Administraciones Públicas y los interlocutores sociales, con el objeto de impulsar una transición justa e inclusiva que favorezca la creación de trabajo decente en todos los ámbitos y contribuya a mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social.

Por consiguiente, la NC no solo sigue ocupando un lugar central en la gobernanza de las relaciones laborales[15], sino que representa, además, el centro neurálgico de estrategias negociadas de adaptación y de transición ante los cambios en la futura gobernanza del trabajo. La sociedad actual, no puede ser ya separada de los sistemas técnicos que la sostienen de modo que, ni siquiera algunos

[10] *Vid*. OIT: 1999; 2001; 2003; 2004ª.

[11] Gil y Gil, J. L.: "Trabajo decente y reforma del derecho a la negociación colectiva en España", VV.AA.: *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Mella Méndez, L. (Dir.), Suiza, Peter Lang USA, 2017, pp. 405-439.

[12] *Cfr*. "A New Start for social Dialogue", Comisión Europea, UEAP-ME, Bussinesseurope, CEEP y ETUC, de 27 de junio de 2016; file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE-02-16-755-EN-N%20(1); Baylos Grau, A.: "Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pp. 11-38.

[13] *Vid*. VV.AA.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, A. L. (Dirs.), Granada, Comares, 2018.

[14] *Vid*. https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5665.

[15] Del Rey Guanter, S.: "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 135, 2018 (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), p. 278.

de los sistemas sociales naturales, pueden comprenderse correctamente sin atender a la dimensión técnica de lo social[16].

La irrupción de un nuevo modelo de organización, la incorporación de sistemas automatizados con los que lograr una producción más eficiente, la reducción de los trabajos manuales a la par que el aumento de los trabajos de dirección y gestión, la flexibilización del horario e incluso del lugar de trabajo como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC's), una mayor interacción directa con el cliente y la transparencia en los procesos[17], etc., se presentan ahora como claros efectos del fenómeno sociotécnico y como extraordinarios desafíos para las relaciones laborales.

En realidad, todos los empleos requieren ya algún tipo de interacción sociotécnica, y eso implica nuevas habilidades, expectativas y condiciones laborales, además de la incorporación de elementos de decisión algorítmica difíciles de auditar. A los retos formativos se les suma, pues, la necesidad de adecuar marcos legales y convenios con lo cual, la verdadera prueba que actualmente debe encarar la NC viene determinada por la disrupción sistémica y global que representan o pueden representar las nuevas tecnologías[18].

Dicho en términos expeditivos, el mayor riesgo que ha de afrontar aquélla de desplazarse, ahora sí de forma general y a medio plazo, a una relativa marginalidad reguladora, viene determinado por las alteraciones radicales que las nuevas tecnologías representan respecto a la organización del trabajo, en especial, y a la economía y a la empresa, en general[19].

Pensemos que las nuevas tecnologías van a afectar no sólo a la relación de la NC con las otras fuentes regulatorias como la norma estatal, el contrato de trabajo o las facultades empresariales unilaterales de ordenación. También los propios elementos definitorios del sistema de NC pueden y deben verse afectados y alterados si la NC quiere seguir desempeñando un rol ordenador central y no verse sometida a una marginalidad reguladora[20].

A mayor abundamiento, la actuación sindical en los procesos de implementación de las tecnologías digitales, en la actividad económica[21], sus efectos en las formas de trabajo, así como el impacto que puedan tener sobre las relaciones de carácter colectivo y en el empleo, están todavía por desplegarse en toda su dimensión dada la rapidez con la que se vienen implantando[22].

---

[16] Hevia Martínez, G.: "La sociedad como artefacto. Sistemas sociotécnicos, sociotecnologías y sociotécnicas", *CTS: Revista iberoamericana de ciencia, tecnología y sociedad*, Vol. 14, núm. 40, 2019, pp. 272 y 273.

[17] Fernández Collados, M. B.: "La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 44, 2020, pp. 57 y 58. (DOI: https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22053).

[18] Almendros González, M. A.: "Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 83, 2021.

[19] Del Rey Guanter, S.: "Negociación colectiva, Flexiseguridad…", *op. cit.,* p. 279.

[20] Del Rey Guanter, S.: "Nuevas tecnologías y negociación colectiva", (https://www.mites. gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/XXX_JOrnada_Ponencia_S.delRey.pdf.), 2017, p. 3.

[21] Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 7ª ed., Albacete, Bomarzo, 2019, pp. 24 y ss.; Goerlich Peset, J.: "Economía digital y acción sindical", en VV.AA.: *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Todolí Signes, A. y Hernández-Bejarano, M. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 591-612.

[22] *Cfr*. Galdon Clavell, G., Delclòs, C., Zamorano, M. y Molina, A.: *Los sindicatos ante los retos tecnológicos. Dinámicas y buenas prácticas*, Fundación Éticas, Cotec, Comisiones Obreras y el Instituto de Sindicatos Europeos (ETUI), 2019; Sanguineti Raymond, W.: *Nuevas tecnologías, derechos humanos y negociación colectiva*, Caballero Sega, K. A., Pírez Ledesma, A. y Soares Mesquita, L. I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 51 y ss.

A la situación descrita, que se viene gestando desde hace décadas, se suma la detección de inquietantes grietas en nuestra disciplina[23]; en esencia, un adelgazamiento de los derechos laborales[24] provocado por la subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y, de éste, a las políticas (macro) económicas[25]. Ello justifica que, aunque la tecnología y sus efectos disruptivos en el ámbito laboral pudieran empezar a descollar como un debate manido o poco novedoso desde la perspectiva de su tratamiento doctrinal, siga teniendo plena vigencia.

En fin, podría decirse que un fenómeno tan complejo, no permite una enumeración cerrada de sus repercusiones y, mucho menos, de sus soluciones[26]. Ahora bien, lo que si permite avanzar es que la intervención de la autonomía colectiva en esta materia no va a resultar sencilla. Precisamente, el objetivo del presente trabajo es analizar las implicaciones del proceso de transición digital en las relaciones laborales y su particular incidencia en la NC, sobre todo tras la aprobación del nuevo marco regulatorio europeo y español. Se abordan, específica y críticamente, determinadas fisuras que las nuevas tecnologías han hecho emerger en la NC y que nos abocan a plantearnos una centralidad de ésta, más teórica que real.

## 2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA ANTE EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL TRABAJO

Los efectos de la digitalización sobre las condiciones de empleo y trabajo se han calificado como de "disruptivos" ante su capacidad de alterar el funcionamiento del tejido empresarial y la organización del trabajo y la producción, de tal manera, que sus efectos en la prestación de servicios se han convertido en cuestiones extraordinariamente relevantes sobre las que centrar la atención legislativa, sindical y de la NC. De hecho, hacía tiempo que se venía demandando un marco regulatorio más preciso sobre la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías en el contrato de trabajo.

Es cierto que la envergadura de los problemas detectados y por descubrir pudiera propiciar que se tildara de tímida la nueva legislación aprobada. Sin embargo, y como suele suceder en materia laboral, la combinación perfecta deriva de establecer una base en la ley y una implementación en la NC[27]. Cada empresa, cada sector, cada puesto, cada tarea requieren una intervención distinta.

La norma puede establecer unos parámetros básicos de garantías tanto para el trabajador, cuyos derechos fundamentales pueden ser vulnerados en el entorno laboral, como para el empleador, que requiere de una mayor libertad y flexibilidad para organizar su actividad productiva frente a una competencia agresiva y un entorno económico volátil[28]. La clave se halla, pues, en la NC.

---

[23] Rifkin, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Booket, 1995, pp. 23 y ss.

[24] Rodríguez Rodríguez, E.: "El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 151, 2020, pp.139-155.

[25] Casas Baamonde, M. E.: "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 275-309. (DOI: https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2014.v32.n2.46766).

[26] Álvarez Cuesta, H.: "El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa", Lan harremanak*: Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019, p. 16.

[27] Monereo Pérez, J. L.: "Modelo constitucional del Derecho a la negociación colectiva", en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N. y Tomás Jiménez, N. (Coords.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 77-131.

[28] Sobre la importancia de la negociación colectiva en esta materia consúltese: Baz Rodríguez, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019, p. 40.

Si bien, la NC laboral ha jugado un papel decisivo en la implementación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC`s) en el seno de la empresa[29], la aprobación de la nueva normativa comunitaria, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[30], y española, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD), posibilita que ésta desempeñe un papel más incisivo en la regulación de todas las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos digitales de los trabajadores. Este ámbito supone, pues, un nuevo reto para el espacio negociado a la hora de dar respuestas satisfactorias a la compleja problemática que supone el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en un entorno digitalizado y que, como se verá, no queda limitado únicamente al ámbito de los derechos digitales[31].

La primera irrupción real de la tecnología en la normativa del derecho laboral es la que aporta la protección de datos, poniendo de relieve la necesidad de dialogar sobre los criterios de utilización de los dispositivos digitales. A continuación, hay que detenerse en la progresiva reducción de las formas de trabajo que unen físicamente a los trabajadores, dado que la tecnología del siglo XXI favorece la desaparición de la distancia y del lugar de trabajo como un espacio físico y de concentración de fuerza de trabajo.

Simultáneamente, el uso cada vez más extendido de algoritmos o de sistemas de inteligencia artificial (IA) entraña el riesgo de pérdida de control humano sobre la toma de decisiones en materia de gestión de los recursos diversos de las empresas, además de no estar exento de riesgos de reproducción de sesgos (entre otros, de género) que pueden dar lugar a profundas discriminaciones o acentuar las existentes. Cabe imaginar que, además, el impacto de este fenómeno sobre las formas de organización sindical es profundo y socaba las bases del sindicalismo moderno, de modo que exige redimensionar tanto prácticas como estrategias futuras.

Aunque el artículo 20 bis Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) no reforma el artículo 4.2 de la misma norma estatutaria y, por tanto, no incorpora expresamente al catálogo de derechos garantizados en la relación de trabajo el enunciado en este precepto –*los derechos de los trabajadores a la intimidad en el entorno digital y el derecho a la desconexión*–, es evidente que el bloque normativo sobre el que van a girar a partir de ahora estos derechos es el comprendido entre los artículos 87 y 90 LOPDPGDD, que regulan el control de las comunicaciones electrónicas del trabajador, la vigilancia por medio de cámaras y la grabación de sonidos, así como el derecho a la desconexión digital del que, desde fechas recientes, se viene hablando frecuentemente.

Pero, la regulación de los derechos digitales no sólo va a contenerse en el ET, o en la propia LOPDPGDD, pues el artículo 91 de ésta, dispone 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*", dando entrada, como no podía ser de otra forma, a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos. La LOPDPGDD propone que el contenido de la NC se concentre en definir "garantías adicionales" a las que la propia Ley ha previsto en la definición del tratamiento de datos y los derechos digitales en las relaciones de trabajo, recordando, implícitamente, que no es posible la disponibilidad colectiva de estos derechos fundamentales individuales.

[29] Valle Muñoz, F. A.: "La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.149, 2019, pp. 13-49.

[30] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

[31] Sierra Hernaiz, E.: "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 152, 2020, p. 136.

La actuación de la NC está condicionada por la orientación que da el legislador a la regulación de estos derechos digitales en la LOPDPGDD. Se ha centrado en considerar los sistemas tecnológicos como instrumentos de vigilancia y control al servicio del poder de dirección del empresario y, por consiguiente, los ha encajado en la amplísima definición que de esta facultad desarrolla el artículo 20.3 ET.

Así, en el ámbito de la NC respecto a los derechos digitales de los trabajadores, se han de tener en cuenta los siguientes tres aspectos: control de las comunicaciones electrónicas del trabajador; vigilancia a distancia por cámaras, grabación de sonidos y dispositivos GPS; y derecho de desconexión digital[32]. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana, así como los intereses legítimos y derechos fundamentales de los interesados, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento de los datos personales, la transferencia de éstos dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. La dicción del artículo 88 del RGPD es clara y, por lo tanto, el convenio colectivo tiene un papel fundamental allí donde la ley no haya realizado una regulación específica.

Por su parte, y como se ha expresado, en la nueva LOPDGDD, la NC se reconoce como vía apta para establecer garantías adicionales de los derechos y libertades digitales en el trabajo. La Ley ha optado por reconocer el carácter heterónomo del Derecho del Trabajo, permitiendo que trabajadores y empresarios doten de contenido material a los nuevos derechos laborales. Esta opción encuentra su acomodo en el considerando 155 RGPD, y permite dotar de cierta flexibilidad al proceso de configuración de los derechos laborales digitales. Su materialización, por tanto, se produce en un espacio negociado, lo cual es positivo, ya que no solo se trata de un derecho constitucional reconocido en su artículo 37, sino que es una herramienta absolutamente necesaria para garantizar la paz social y la flexibilidad que exige el Derecho del Trabajo.

Asimismo, introduce la remisión a la NC de estos derechos expresamente en los artículos 87 a 91 LOPDPGDD, aunque su redacción deja, como decíamos *supra*, determinados aspectos a la negociación del empresario y de los representantes de los trabajadores en algunos derechos:

— Elaboración de los criterios de uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador en el artículo 87.

— Elaboración de los criterios de uso de los dispositivos digitales con uso con fines privados puestos a disposición por el empleador.

— NC o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores del derecho a la desconexión digital en el artículo 88.

— Elaboración de una política interna del derecho a la desconexión digital.

— Medidas de uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo en el artículo 89.

— Medidas en la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral por el empleador, en el artículo 90.

[32] Baylos Grau, A.: "El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España", *Labour and Law Issues*, vol. 5, núm. 1, 2019, p. 6.

— Y negociación de garantías adicionales en los convenios colectivos: por último, el artículo 91, establece 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*", lo que deja abierta a la NC la posibilidad de establecer y concretar medidas adicionales que, para determinados sectores empresariales o según la idiosincrasia de determinadas empresas, seguramente, serán necesarias.

*Extramuros* de la LOPDGDD, el apartado 9 del artículo 34 ET[33], también establece competencias de la NC en materia de registro diario de jornada.

En definitiva, la LOPDPGDD no ha hecho sino introducir en su texto lo que venía siendo práctica jurisprudencial. Gracias a ello, las empresas y los trabajadores tienen mayor seguridad jurídica y conocen el contenido de sus obligaciones en relación con los derechos digitales en el trabajo.

Como vemos, la Ley transfiere el gran peso de la autorregulación de varios de los nuevos derechos digitales al empresario, pero también a la participación y a la negociación con los representantes de los trabajadores. Su materialización, por tanto, se produce en un espacio negociado, lo cual es positivo, ya que no solo se trata de un derecho constitucional reconocido *ex* artículo 37 CE, sino que es una herramienta absolutamente necesaria para garantizar la paz social y la flexibilidad que exige el Derecho del Trabajo.

En el futuro se comprobará si el control sobre la intimidad de los trabajadores en los ámbitos digitales más arriba referidos, es más limitativo para los empleadores, pues, hasta el momento, la jurisprudencia viene siendo muy permisiva con éstos en relación a la utilización de los medios digitales como herramienta de control de sus empleados.

En garantía del derecho a la intimidad de los trabajadores, es clara la necesaria concreción de estos derechos vía convenio colectivo y, simultáneamente, un endurecimiento de la jurisprudencia frente a las facultades de control empresarial respecto a la utilización de cámaras de videovigilancia, grabación de sonidos, controles de geolocalización, fatiga informática y la desconexión digital, de modo que estén regulados más explícita y ampliamente, y el derecho a la intimidad de los trabajadores más precisado y protegido de modo que suponga un mayor beneficio para éstos.

Con este escenario de fondo, se suscitan, no obstante, una serie de interrogantes que nos abocan a plantearnos una centralidad teórica más que real de la NC en este ámbito. Es más, podría decirse que la intervención de la autonomía colectiva no parece que vaya a resultar muy sencilla por una serie de razones que a continuación exponemos.

## 3. OBSTÁCULOS QUE FRENAN LA CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESTE ÁMBITO

### 3.1. Complejidad de delimitar las materias objeto de negociación en relación a dichas tecnologías

Ciertamente, en el largo plazo, se ha producido un claro incremento de los contenidos abarcados por la NC, y con ello, también, del papel que desempeña en la ordenación de las relaciones laborales. Un ejemplo reciente es la novedad operada por la Ley Orgánica 7/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que ha supuesto atribuir a la NC el protagonismo en la fijación de

[33] Introducido por El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

medidas para asegurar este derecho fundamental en las empresas, sustituyendo incluso a los planes de igualdad. Es más, cuando aparece un nuevo problema laboral, se tiende a mirar a la negociación para que lo resuelva.

Se trata de una función que puede calificarse como prelegislativa, y que hay que entenderla en el contexto de los procesos de transformación de las relaciones laborales y del mercado de trabajo, que requieren soluciones a medida que se van produciendo, sin que la legislación laboral esté en condiciones de producir respuestas al ritmo requerido[34].

Ahora bien, en un marco más general, la disrupción sistémica y global que representan las nuevas tecnologías, que amenaza con desregular completamente el mercado de trabajo tal como lo conocemos hoy en día, supone un plus de complejidad que retrae seriamente a las partes negociadoras. Las transformaciones tecnológicas, la protección de datos, su regulación en la empresa o compatibilizar la protección de los restantes derechos digitales con la prestación de servicios, serán sólo algunas de las múltiples vertientes que tendrán que abordarse en un convenio.

Otras, igualmente centrales, como adaptar la jornada laboral a la realidad de la globalización, del teletrabajo y de la industria de los servicios digitales, sin olvidar la regulación del derecho a la desconexión digital fuera del horario laboral y teniendo en cuenta la necesidad de conciliar la vida laboral, personal y familiar; actualizar los parámetros de la salud laboral a las nuevas transformaciones tecnológicas; o regular e integrar en el perímetro de protección del convenio a las nuevas categorías que surgen con la digitalización y que no se encuentran reconocidas[35], requerirán la misma prioridad de atención.

Por otro lado, la regulación de la LOPDGDD no contempla la intervención de la NC en todos los casos. De hecho, tan sólo el artículo 91 se refiere a la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan "garantías adicionales" en el tratamiento de los datos de los trabajadores y en la salvaguarda de sus derechos digitales con lo que, el alcance de la NC en estos términos, es bastante limitado.

Para el resto de los derechos y obligaciones (intimidad, videovigilancia, grabación o geolocalización) se reserva una mención diferente, aludiendo a la información de los trabajadores (sobre instalación de dispositivos de vigilancia –con video, grabación de voz o geolocalización– y el tratamiento de los datos obtenidos) o a la participación de los representantes de los trabajadores (audiencia previa, elaboración de criterios de utilización) mas, en ningún caso, a la negociación por parte de los mismos. Tan sólo el derecho a la desconexión digital se sujetará "*a lo establecido en la negociación colectiva*" o, en su defecto, a los acuerdos de empresa firmados entre el empresario y los representantes de los trabajadores, *ex* artículo 88.2 LOPDGDD.

Que informar o participar no conlleva el mismo nivel de actuación que negociar, es algo claro. Será esto último lo que, exclusivamente, permita a los representantes de los trabajadores intervenir en la conformación colectiva de estos derechos. Y, en este punto, podría cuestionarse si el hecho de que el artículo 91 LOPDGDD contemple la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan "garantías adicionales" sobre estos derechos y libertades extiende sus efectos, como parece, a todos

[34] Rodríguez Piñero Royo, M.: "El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo", *XX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, Madrid, 26 de octubre de 2017*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2018, p. 4.

[35] Como es el caso, por ejemplo, de los denominados "toreros" que trabajan con máquinas ("el toro") a cinco alturas con palas muy largas en la logística ligada al sector de comercio. No se pueden ofertar cursos de formación a los trabajadores porque no están regulados y, sin embargo, exigen una mayor cualificación que la del mozo de almacén.

los derechos digitales laborales recogidos en la norma analizada, independientemente de la regulación contenida en cada uno de ellos.

Entretanto, esta nueva legislación obliga a prestar mayor atención a los protocolos de actuación existentes y a repensar su implantación, con mayor o menor ambición según la dimensión de la empresa, en donde aún no estén presentes.

El marco para el desarrollo del diálogo social se complica aún más considerando que las iniciativas más recientes planteadas a nivel comunitario en materia de nuevos derechos relacionados con la digitalización se han centrado fundamentalmente en la dimensión individual de los mismos –por ejemplo, en relación con la protección de datos− pero han prestado mucha menos atención, en cambio, a los derechos laborales colectivos[36]. Una laguna que se observa claramente, por ejemplo, en la iniciativa de regulación sobre la IA propuesta por la Comisión Europea en 2021, y que se justifica desde una lógica discursiva en la que se ignora o a lo sumo sitúa en un papel marginal la organización colectiva de los intereses derivados del trabajo asalariado[37].

### 3.2. Complejidad de delimitar el perímetro competencial empresa-negociación colectiva en cuanto a la implantación de nuevas tecnologías

La tradicional ausencia de una normativa específica que regulase la facultad de control empresarial, unida a un único referente normativo en esta materia como era el artículo 20 ET, ha venido generando la creación de una elaborada y necesaria doctrina jurisprudencial. Hablamos de una regulación (art. 20 ET) carente de la suficiente autonomía institucional como para responder a pautas y principios inspiradores propios, con una redacción caracterizada tradicionalmente por su enorme pobreza, escasa precisión, y manifiesta deficiencia técnica, incluso poco comprensible en algunos de sus elementos[38].

Más allá de la deseable reformulación de este déficit normativo, las soluciones que aporta la LOPDGDD en este sentido sólo han sido útiles en parte. Y decimos esto, porque en ella, claramente, se transfiere gran peso de la autorregulación de varios de los nuevos derechos digitales al empresario, integrándolo dentro del poder de dirección de los artículos 33 y 38 CE y 20 ET. En el diseño de la ley, es el empleador quien determina el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores, que ostentan exclusivamente un derecho a ser informados a título individual, sin que la decisión empresarial pueda ser condicionada por el interés colectivo de los trabajadores a través de los mecanismos de representación en la empresa o la mediación sindical.

Esta regulación, por tanto, debilita de forma muy clara las posibilidades reales de preservación de los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto trabajadores, sometiendo su vigencia y efectividad al "plan interno" empresarial o al diseño del control y dirección de la empresa[39]. En el mismo sentido, el consentimiento del trabajador, como derecho fundamental de éste y como pieza basilar en el tratamiento de sus datos por parte de la empresa, pasa a un segundo plano siendo lícito el tratamiento de los datos en el marco de la relación laboral (*ex* art. 6.1 RGPD) según criterio

[36] Rocha Sánchez, F.: "El (emergente) papel del diálogo social…", *op. cit*., p. 380.

[37] Baylos Grau, A.: "Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época", *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2019, pp. 17-38.

[38] Cruz Villalón, J.: "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), pp. 13-44.

[39] Baylos Grau, A.: "El papel de la negociación colectiva…", *op. cit*., p. 13.

empresarial[40], mientras que, por su parte, la LOPDGDD no se extiende apenas sobre la regla del consentimiento ni sobre sus posibles excepciones.

Precisamente, uno de los aspectos del impacto de la tecnología que más se ha abordado hasta ahora en el ámbito sindical es el del impacto de las tecnologías de seguimiento y control (tracking) en los trabajadores. Los sindicatos han luchado para que en este contexto de extinción de la distancia y flexibilidad de las relaciones laborales las tecnologías no amplíen la jornada laboral y la conviertan en algo portable, y se ha avanzado en la regulación tanto de la privacidad de los empleados y sus comunicaciones como de los límites a la atención a los dispositivos de trabajo fuera del horario laboral.

La próxima fase en el desarrollo e implementación de nuevas tecnologías amplia los retos al incorporar en el día a día laboral, datos personales sensibles (biometría), intensificar el tracking durante la jornada laboral (seguimiento por GPS de posición y movimiento, exoesqueletos, etc.) e incorporar la automatización de decisiones mediante algoritmos.

Muchos sectores incorporan ya elementos de decisión algorítmica en sus procesos de contratación, despido y restructuración. Estos sistemas, que prometen mejorar la eficiencia y la flexibilidad, intensifican también el control de las trabajadoras y trabajadores, que a menudo no saben cuándo ni cómo están siendo controlados y evaluados, ni por qué se les contrata o se les despide.

Además, estos nuevos procesos alteran las formas de negociación colectiva tradicionales y desequilibran la relación entre empleados y empleadores, ya que la supuesta neutralidad de la tecnología permite una mayor opacidad en la toma de decisiones y su justificación en términos técnicos.

### 3.3. Intervención con alcance limitado de la negociación colectiva en materia de derechos digitales

La regulación de la LOPDGDD no contempla la intervención de la NC en todos los casos. De hecho, tan sólo el artículo 91 se refiere a la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan "garantías adicionales" en el tratamiento de los datos de los trabajadores y en la salvaguarda de sus derechos digitales con lo que, el alcance de la NC del artículo 91, es bastante limitado.

Para el resto de los derechos y obligaciones (intimidad, videovigilancia, grabación o geolocalización) se reserva una mención diferente, aludiendo a la información de los trabajadores (sobre instalación de dispositivos de vigilancia –con video, grabación de voz o geolocalización– y el tratamiento de los datos obtenidos) o a la participación de los representantes de los trabajadores (audiencia previa, elaboración de criterios de utilización) mas, en ningún caso, a la negociación por parte de los mismos.

Tan sólo el derecho a la desconexión digital se sujetará "*a lo establecido en la negociación colectiva*" o, en su defecto, a los acuerdos de empresa firmados entre el empresario y los representantes de los trabajadores, *ex* artículo 88.2 LOPDGDD.

En este sentido, cabe apelar al Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización por su carácter ambicioso desde una doble perspectiva:

[40] Molina Navarrete, C.: "Acción sindical y protección de datos. Nuevos relatos de una relación espinosa", *CEF Trabajo y Seguridad Social*, núm. 423, 2018, p. 125.

— La primera, por la amplitud de materias que en teoría se deberían llevar a la NC, más allá de las estrictamente digitalizadas, pues los interlocutores sociales son conscientes de la onda expansiva que produce en todo el ámbito laboral cualquier transformación digital de los procesos de producción de bienes y servicios.

— La segunda, por configurar un modelo de negociación colectiva, dinámico, circular, y permanente, en el que destaca la participación de los representantes de los trabajadores en toma de decisiones sobre digitalización, implantación, valoración de impactos, y propuestas de revisión[41].

### 3.4. Descentralización de la negociación colectiva

Abundando en lo anterior, hay que considerar además la tendencia que desde hace décadas existe, con más o menos desarrollo según los países, a la descentralización de la NC, esto es, a la creciente importancia del nivel más descentralizado (empresa, centro de trabajo)[42], con unidades de negociación más fragmentadas y en las que el potencial negociador del empresario es muy superior. Sirva como prueba el hecho de que, en muchos casos, las empresas están implementando, al margen de la representación sindical, los nuevos procesos de cambio determinados por el desarrollo de la industria 4.0 con efectos directos en el empleo, las condiciones de trabajo y su organización como ocurre, por ejemplo, en el sector de servicios[43].

Este desequilibrio negociador no solo se manifiesta aquí, sino también en las nuevas formas descentralizadas de trabajo que han aparecido con la tecnología, tales como las plataformas virtuales, la economía colaborativa, etc[44]. Por lo tanto, la NC, tal y como se vertebra actualmente, es complicada de aplicar en los nuevos modelos de empresa. Conocer las unidades de negociación es muy complejo en un mercado virtual donde es difícil computar cuánta gente está realmente activa. Además, pueden trabajar a la vez para diferentes plataformas virtuales, lo que supone una superposición de sectores y, por tanto, de convenios de aplicación[45].

Desde que la reforma laboral reconociera a los convenios de empresa prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, se produjo un importante incremento de la NC en el ámbito de la empresa.

De acuerdo con las principales series estadísticas del Ministerio de Empleo y la Seguridad Social, tras esta reforma, el número de convenios de empresa y grupos de empresa que se negociaron en España experimentó un auge de hasta el 80% en determinados momentos. Aquel incremento también ocasionó un mayor control del contenido de los convenios, de su alcance e implicaciones laborales. Así, los sistemas de revisión de los convenios por parte de la autoridad laboral se han ido

[41] Sepúlveda Gómez, M.: "El acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 158, 202, p. 242.

[42] Del Rey Guanter, S.: "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. Extra 135, (2018). (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), pp. 275-294; en el mismo sentido, Cruz Villalón, J.: "Las facultades de control...", *op. cit*., p. 22.

[43] *Cfr*. "Criterios y orientaciones de negociación colectiva en CCOO Industria", 2019, p. 5.

[44] *Vid*. Gil Plana, J.: "Nuevas tecnologías y relaciones colectivas de trabajo las plataformas digitales", VV.AA.: *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel* (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Monreal Bringsvaerd, E. J., Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 851-886.

[45] Román Vaca, E.: "Las nuevas tecnologías en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal", en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Marín Alonso, I. y Igartua Miró, M. T. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 319-331.

perfeccionando. Enfrentarse a impugnaciones del convenio por parte de un tercero o de la autoridad laboral se ha vuelto una constante en aquellos casos en los que se vulnera la legalidad por parte de los negociadores.

Fruto de la actividad revisora de los convenios de empresa, la doctrina judicial afianzó el principio de correspondencia como el principal elemento clave, y requisito de necesario cumplimiento, para la validez de este tipo de normas. Suele suceder que las empresas que negocian un convenio propio tienen comités de empresa o delegados de personal, pero puede existir algún centro que carezca de representantes. Bien sea por lo pequeño de su tamaño, porque es de reciente creación o porque es un centro adquirido en alguna operación societaria, y sin cultura de sindicalización.

Este caso típico provoca, en términos de NC, que el convenio de empresa se haya negociado con la representación legal de los trabajadores de la mayoría de centros, pero no de todos, al haber centros sin representación. La solución dada a este conflicto, en aplicación del principio de correspondencia, es la nulidad del convenio que ha sido negociado e impuesto a centros sin representantes que, por tanto, no pudieron participar en la negociación.

Ante este problema, de graves repercusiones laborales, los negociadores adoptaron la cautela de proceder a negociar exclusivamente con los centros que cuentan con representación. Y fruto de esta nueva práctica, en empresas que solo contaban con representantes en uno de sus centros, surgió el concepto de "convenio de centro de trabajo".

De acuerdo con la doctrina más autorizada, el elemento que vertebra la prioridad aplicativa viene determinado por el concepto de "empresa", ya que es el convenio considerado como más próximo y, por tanto, el privilegiado frente al sectorial. Y si la ley establece la prioridad aplicativa para el convenio de empresa, la NC no puede ser desmembrada en unidades inferiores, que no están contempladas en el ET. El motivo es que centro de trabajo y empresas son elementos conceptualmente distintos, salvo que, en algún caso concreto, puedan coincidir cuando la empresa no disponga más que de una localización.

Por lo tanto, y en aplicación de esta doctrina, se ha venido declarando que estos nuevos convenios de centro de trabajo, no tienen prioridad aplicativa respecto del sectorial aplicable, no pudiendo establecer condiciones laborales inferiores o distintas a las generales, al no tener naturaleza de convenio de empresa. La aplicación conjunta del principio de correspondencia, y el rechazo a los convenios de centro de trabajo, generan un bloqueo importante en la NC. Aparentemente, sin una solución que facilita o permita retomar el inicial interés por esta figura convencional.

Quienes se han atrevido a buscar una nueva vuelta de tuerca a la situación han optado por negociar sorteando los efectos negativos del principio de correspondencia, y evitando caer en la negociación centro a centro para evitar perder la prioridad aplicativa. Y así, ha surgido un tercer tipo de convenio, el negociado para una zona concreta del territorio, en el que existe representación de los trabajadores, excluyendo a otra zona, donde no se cuenta con comités o delegados. Se trata del "convenio de zona".

El caso es muy habitual, empresa que cuenta con varios centros de trabajo en distintas provincias o comunidades autónomas, y que negocia respetando el principio de correspondencia. Para ello negocia exclusivamente en aquellos centros que cuentan con representación. Y el resultado de esa negociación es un convenio que afecta a varios centros de trabajo, y que excluye de su aplicación a los centros sin representación. Aparentemente, es un producto de negociación colectiva perfecto.

Y sin embargo, en un nuevo revés a este tipo de figuras, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 20 de diciembre de 2017, al entrar a analizar el convenio de una empresa del sector de la seguridad privada, ha concluido que un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extiende a una zona geográfica concreta donde se concentran los centros con representación, y que excluye a otra zona donde se encuentran los centros de trabajo sin representación, no puede considerarse un convenio de empresa al no afectar a todo el ámbito empresarial y, por tanto, tampoco tendrá prioridad aplicativa frente a los convenios sectoriales.

Ante esta situación, resulta obligado actuar con prudencia. Es necesario llevar a cabo una buena planificación previa de la negociación, dedicando especial cuidado al diseño de las unidades de negociación.

En fin, 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, en la ordenación de la concurrencia de convenios colectivos, modifica el artículo 84.2 ET para eliminar la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, pero sólo en materia salarial respecto de lo establecido en el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior.

Si bien la reforma implica, efectivamente, un claro cambio de tendencia respecto de las emprendidas en los años de 2011 y 2012, se mantiene la preferencia aplicativa del convenio de empresa y se la sitúa como instrumento estructural para consolidar la unidad negocial empresarial con vocación de permanencia y no como instrumento de flexibilidad ante coyunturas de crisis empresarial[46].

### 3.5. Debilitamiento de la actividad sindical

Si antes nos hemos referido a las nuevas tecnologías como amenaza con la que desregular completamente el mercado de trabajo y que ello implica un plus de complejidad que retrae seriamente a las partes negociadoras, es necesario señalar que, también, supone una razón de peso para modernizar la acción sindical[47]. Y decimos esto porque, el sindicalismo, en cuya acción ha venido descansando en gran medida el Derecho del Trabajo, encuentra hoy, en la era tecnológica, nuevas y gruesas dificultades para su funcionamiento[48]. Llueve sobre mojado si atendemos a que, desde la reforma de 2012, la participación sindical se ha visto seriamente debilitada[49].

Reforzarla es un primer reto irrenunciable –no el único– si pretendemos una transición justa a la digitalización[50] que favorezca, además, un cambio inclusivo en términos de empleo y condiciones de trabajo, y contribuya a prevenir y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social[51].

Históricamente, las organizaciones de trabajadores reclamaron el reconocimiento de la libertad sindical mucho antes de que se creara la OIT. La libertad sindical, parte integrante de los derechos humanos fundamentales y piedra angular de las disposiciones que tienen como objetivo asegurar la

[46] Sáez Lara, C.: "Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161, 2022, pp. 335-359.

[47] Martín Vales, P.: "El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 45, 2021. (https://doi.org/10.1387/lan□harremanak.22811), p. 170.

[48] Goerlich Peset, J. M., "Revolución tecnológica y futuro del empleo…", *op. cit*., pp. 1-5.

[49] *Ibídem*, p. 307.

[50] Así se pone de manifiesto en el informe de la OIT "Trabajar para un futuro más prometedor": una primavera de esperanza para los trabajadores, en el que se reconoce que los sindicatos tienen un papel clave que desempeñar y que son colaboradores esenciales para la creación de un nuevo contrato social.

[51] Sobre los retos que plantean los derechos digitales para la acción sindical, véase Rodríguez Fernández, M. L.: "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018, pp. 31 y ss.

defensa de los intereses de los trabajadores, reviste una importancia muy especial para la OIT a causa de la estructura tripartita de esta Organización.

La libertad sindical también tiene un interés innegable para las organizaciones de empleadores que, ahora, hacen uso de los recursos establecidos con mayor frecuencia para asegurar el respeto de la misma. Y si bien las Naciones Unidas no se ocupan de cuestiones laborales en cuanto tales, no obstante, han adoptado normas y principios que también se refieren a cuestiones laborales, en particular a los derechos sindicales, esencialmente, en el marco de los instrumentos relativos a los derechos humanos[52].

Durante mucho tiempo, al menos hasta finales del siglo pasado, en la mayoría de los países occidentales, los sindicatos representaron la principal respuesta a los problemas de participación e inclusión de los trabajadores. Tanto que decir "participación de los trabajadores" significaba hablar inequívocamente de "sindicatos".

Sin embargo, la realidad actual es muy diferente, por un lado, como resultado de las transformaciones que han desafiado el poder estructural, organizativo e institucional del sindicato (tercerización de la economía, diversificación de la mano de obra y mayor inestabilidad laboral, ascenso de gobiernos neoliberales, etc.), y, por otro, debido a la aparición de nuevas y directas formas de participación de los trabajadores[53]. Se hace referencia, a modo de ejemplo, a:

— La gestión individual de las relaciones laborales que ha caracterizado tradicionalmente a las profesiones más cualificadas y requeridas por el mercado, algo que la desaparición de la clase media, con consiguiente polarización de la mano de obra, podría contribuir a aumentar;

— Las prácticas de participación directa de los trabajadores, inspiradas en la "*filosofía lean*" de organización y gestión del trabajo[54], que se han consolidado, por iniciativa empresarial, en los sectores industriales desde las últimas décadas del siglo pasado;

— La aparición de organizaciones no gubernamentales, organismos del tercer sector y formas más o menos organizadas de asociaciones de base, especialmente en contextos donde hay una alta presencia de mano de obra extranjera y no estándar (agricultura, *gig economy*, asistencia y cuidado de personas, contratas, etc.).

Ciertamente, la organización de la acción sindical a través de plataformas sindicales cada vez cobra una mayor relevancia en la sociedad 4.0 actual, en la que el uso de las TIC's se ha hecho un importante hueco en las relaciones laborales, tanto por la organización de la prestación de servicios, como la contratación de las personas trabajadoras, entre otras cuestiones, dando un vuelco a la concepción clásica de las relaciones laborales[55].

[52] Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, y el Pacto y Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, han consagrado derechos y libertades que son indispensables para el libre ejercicio de los derechos sindicales.

[53] Martín Vales, P.: "El debilitamiento de la fuerza sindical…", *op. cit*., pp. 167 y ss.

[54] Jones, D. T., Womack, J. P.: *Lean Thinking: Cómo utilizar el pensamiento Lean para eliminar los despilfarros y crear valor en la empresa*, Barcelona, Gestión 2000, 2012.

[55] Martín Vales, P.: "El debilitamiento de la fuerza sindical…", *op. cit*., p. 171; Díaz Rodríguez, J. M.: "La innovación tecnológica en la acción sindical ante las nuevas realidades empresariales", en VV.AA.: *La Construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 331-351.

No obstante, los sindicatos se han debilitado mucho como fuerza política y este decaimiento supone una fuente de desigualdad creciente. De hecho, la situación que vive la NC entre sindicatos y empleadores ha ocasionado que el sistema de resolución de conflictos laborales tenga que manejar más conflictos motivados por el incumplimiento de los derechos individuales.

De modo que otro desafío pendiente para el sistema es conseguir un grado suficiente de flexibilidad para albergar este cambio, pero, al mismo tiempo, seguir prestando servicios de conciliación/mediación y arbitraje de gran calidad para los conflictos colectivos[56]. Potenciar las garantías de las partes negociadoras en el contexto tecnológico exige, también, la necesaria readaptación normativa de la que venimos hablando, que tendrá que extenderse necesariamente a modificar el rígido sistema de relaciones colectivas de trabajo con el que contamos[57], encarando retos de representación y reorganización de sus estructuras orgánicas, y familiarizándose con nuevos mecanismos de acción colectiva más dinámicos y flexibles[58].

Y, de la misma manera que el trabajo clásico convive con otras formas de prestación laboral por cuenta ajena más modernas –con menor dependencia horaria o salarial, a distancia, para diferentes empresas o en distintos países a la vez a través del nuevo capitalismo de plataforma–, la NC –y, principalmente, los sindicatos y las asociaciones empresariales en cuanto protagonistas de la misma– deberá encontrar el justo equilibrio entre los retos del futuro digital y la esencia de la protección laboral.

### 3.6. Extinción de la distancia en el trabajo y su incidencia en la negociación colectiva

El primer cambio real con el que nos enfrentamos fruto de la innovación tecnológica es la progresiva reducción de las formas de trabajo que unen físicamente a los trabajadores. La tecnología del siglo XXI favorece la desaparición de la distancia y del lugar de la prestación de servicios, como un espacio físico y de concentración de fuerza de trabajo. Hoy, la evolución de nuestras capacidades técnicas lleva a un escenario contrario: las tecnologías actuales, tanto de producción como de comunicación y transporte, hacen posible el trabajo en redes descentralizadas en las que el factor distancia es irrelevante.

Es lo que algunos han denominado "taylorismo digital"[59], donde las diferentes partes del proceso de producción no sólo se estandarizan y mecanizan, sino que son a menudo externalizadas hacia lugares más o menos lejanos a través de medios técnicos y tecnológicos; de este modo, esos mismos medios de externalización, realizan un rol de control de los procesos y tiempos de trabajo.

La desaparición de la realidad física del centro de trabajo, que es la tónica imperante en la actualidad en las empresas dispersas, plantea distintos problemas jurídicos en las relaciones colectivas, derivados esencialmente de la falta de actualización del marco jurídico regulador del concepto "centro de trabajo". El impacto de este elemento sobre las formas de organización sindical es profundo y socaba las bases del sindicalismo moderno, con lo que exige repensar tanto prácticas como estrategias.

[56] *Cfr*. OIT: "Sistemas de resolución de conflictos laborales: Directrices para mejorar el desempeño", Centro Internacional de Formación, Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 217.

[57] Casas Baamonde, M. E.: "Reforma de la negociación colectiva en España…", *op. cit*., pp. 303 y 304.

[58] Serrano García, J. M., Borelli, S.: "El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital", *Revista de Derecho Social*, nº. 80, 2017, pp. 233-261.

[59] Wilby, P.: "Taylorismo digital: la educación no impedirá que Occidente se empobrezca", en *Sinpermiso*, 2011. (https://www.sinpermiso.info/textos/taylorismo-digital-la-educacin-no-impedir-que-occidente-se-empobrezca); Cancela Rodríguez, E.: "No hay alternativa al socialismo: los límites de la lucha de clases en el capitalismo digital" *Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, Vol. 17, núm. 2, 2020 (Ejemplar dedicado a: Capitalismo digital), pp. 103-112.

De modo que es evidente la problemática que el *crowdsourcing* o la "uberización" de la economía irradia a las condiciones de empleo, en la medida en que escapan a las vías tradicionales de tutela tanto individual como colectiva por parte de los actores sociales[60]. Muchos servicios innovadores basados en la tecnología basan su contribución en la eliminación de los intermediarios y la colaboración entre iguales. A través de plataformas y *apps*, estos nuevos servicios aumentan su eficiencia y reducen costes facilitando el intercambio entre iguales y la movilización como activos de recursos que hasta ahora no cumplían esa función[61].

Estos modelos de negocio basados en la creación de plataformas (espacios de relación que no aportan activos propios, sino que movilizan los ajenos) entraron ya hace tiempo también a la movilización de activos en forma de fuerza de trabajo. Así, actualmente decenas de plataformas[62] ofrecen la posibilidad de contratar horas de trabajadores de cualquier lugar del mundo, trabajadores que deben competir con otros para conseguir contratos y cuyo marco de relaciones laborales o jurisdicción no están claros[63]. Otras plataformas, buscando modelos de negocio en los que el territorio y la proximidad aportan valor, han aplicado la misma lógica para la distribución local de mercancías, movilizando en este caso la fuerza física de repartidores[64].

Respecto a las empresas en red, la reforma del 2011 incorporó la posibilidad de negociar convenios de eficacia general en grupos de empresas y "*que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación*".

Se abría, de este modo, la puerta para que se pudiesen negociar convenios adaptados a la diversidad morfológica que subyace en las empresas redes y para que la negociación pudiese actuar evitando los fenómenos de precarización de las condiciones de trabajo que se pudiesen derivar de aquellas estructuras. Y aunque resulta difícil efectuar un seguimiento de este tipo de negociación, por las dificultades que presenta su identificación y carecerse de datos estadísticos, la lectura de los convenios registrados evidencia una negociación en el seno de grupo de empresas plenamente consolidada mientras que la desarrollada en el seno de empresas en red es aún muy anecdótica[65].

### 3.7. Novedad que aún supone la implementación tecnológica en España para buena parte del tejido empresarial

Tampoco podemos olvidar la novedad que aún supone la implementación tecnológica en España para buena parte de las empresas[66]. Aunque en los últimos años este crecimiento se ha

[60] Molina, O. y Pastor, A.: "La Digitalización, Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo", en VV.AA.: *La revolución digital en España. Impacto y Retos sobre el Mercado de Trabajo y el Bienestar. Bellaterra*, Miguélez Lobo, F. (Coord.), Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2018, p. 335. (Disponible en: https://ddd.uab.cat/record/190328).

[61] Es el caso de Uber y Airbnb, por mencionar sólo un par de ejemplos.

[62] Tales como UpWork, Freelancer, Fiverr, Dribbble, Freelancer, Guru. etc.

[63] Amazon ha sido la encargada de llevar este modelo al extremo al unir el modelo de plataforma con el taylorismo digital en la creación de *Mechanical Turk* (MTurk), un *market place* para las tareas rutinarias que requieren de 'inteligencia humana' que permite a las empresas acceder a fuerza de trabajo barata y deslocalizada que se gana la vida dándole al teclado –*clickworkers*–.

[64] Gil Plana, J.: "Nuevas tecnologías y relaciones colectivas…", *op, cit*., pp. 851-886.

[65] Molina, O. y Pastor, A.: "La Digitalización, Relaciones Laborales…", *op. cit*., p. 329.

[66] Según la encuesta "Cómo acelerar el cumplimiento de GDPR", (enero 2018, IDC. www.idcspain.com), el 65% de las empresas españolas, no puede garantizar el cumplimiento con del RGPD a día de hoy. Estos datos están ligeramente por debajo de la situación europea, donde el 18% de las organizaciones ya cumple con la legislación. A la cabeza se encuentran Alemania (26%), Reino Unido (24%) e Italia (20%).

acelerado notablemente[67], no obstante, la transformación digital en la pymes se ha convertido en un necesario viaje hacia la supervivencia; de momento, son solo las grandes empresas las que tienen capacidad de invertir[68] y, por tanto, son los "trabajadores asalariados tradicionales" de este segmento empresarial, los principales afectados por la problemática que plantea la dinámica negociadora[69].

Asimismo, la celeridad inmanente al propio fenómeno tecnológico, no sólo implica una clara imprevisibilidad respecto a su impacto en el mercado de trabajo o en las relaciones laborales, sino que se proyecta sobre la reducción del ciclo de vida de la capacitación adquirida e impone la necesidad de su constante actualización[70].

De este modo, la efectividad de los derechos laborales se pone en riesgo, no solo porque las transformaciones organizativas y productivas que impulsa exigen a las personas trabajadoras cierta capacidad de adaptación y reciclaje profesional –que no siempre se garantiza por parte de las empresas y de las políticas públicas–, sino que la falta de adaptación a los cambios introducidos, puede conllevar una importante pérdida de cualificación profesional así como la pérdida misma del empleo y la expulsión del mercado laboral[71].

En el contexto de sus funciones, es una obviedad decir que la NC es más efectiva cuando la llevan a cabo negociadores competentes y entendidos en el tema. Una formación expresa permite que estén familiarizados con los puntos de la agenda, poseer facultades negociadoras y comprender el marco en el que se está desarrollando la negociación. En este sentido, son las autoridades públicas las que pueden y deben apoyar los esfuerzos de los interlocutores sociales para ofrecer oportunidades de formación a sus negociadores[72].

En fin, cabe entender que, a la complejidad derivada de todo lo expuesto, responde el que la transformación tecnológica no sea materia prioritaria en el ámbito de la negociación. Más bien lo contrario. De hecho, son muy pocos los convenios sectoriales o de empresa en los que se abordan aspectos relacionados con ella[73]. Da la impresión que la tecnología tiene mayor relevancia destructora de las dinámicas colectivas que la que puede tener al servicio de ellas; sobre todo cuando se comprueba que la eventual crisis del ordenamiento laboral, afecta a las finalidades que este sistema protector ha perseguido históricamente[74].

[67] "Según la última encuesta sobre "el Coeficiente Digital de las Empresas", elaborada por PwC, un 82% de las empresas en nuestro país afirma que ya ha acometido procesos de digitalización para subir sus ventas.

[68] Las grandes empresas han estado más rápidas en adaptarse a la normativa que las pequeñas. El 72% por encima de 50 empleados, asegura haber adaptado sus prácticas para cumplir con el RGPD, por un 62% de las pymes y un 58% de las empresas por debajo de los 9 empleados y los autónomos.

[69] Tal y como pone de relieve la encuesta "Cómo acelerar el cumplimiento de GDPR", (enero 2018, IDC. www.idcspain.com), el 65% de las empresas españolas, no puede garantizar el cumplimiento con del RGPD a día de hoy. Estos datos están ligeramente por debajo de la situación europea, donde el 18% de las organizaciones ya cumple con la legislación. A la cabeza del continente se encuentran Alemania (26%), Reino Unido (24%) e Italia (20%). Las empresas españolas tienen, por tanto, que aumentar sus esfuerzos si no quieren quedarse atrás.

[70] Treu, T.: *Nuova professionalità e futuro modello del sistema di relazioni industriali, en "Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore* (a cura di Luisa Galantino), Padova 1987, pp. 19-20.

[71] *Cfr*. Fernández Ramírez, M.: "Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo", *Revista de derecho social*, núm. 95, 2021, pp. 115 y ss.

[72] Así lo contempla la Recomendación sobre la negociación colectiva, núm.163, 1981.

[73] Según datos de CCOO: "Guía de la Negociación Colectiva y Digitalización", Informes Fundación 1 de mayo, núm. 146, 2020, p. 7.

[74] Goerlich Peset, J. M.: "Revolución tecnológica y futuro del empleo…", *op. cit*., pp. 1-5.

## 4. CONCLUSIONES CRÍTICAS FINALES

La digitalización de la economía es un proceso social en construcción, que puede y debe de ser gobernado con la participación activa de las Administraciones Públicas y los interlocutores sociales, con el objeto de impulsar una transición digital justa e inclusiva que favorezca la creación de trabajo decente en todos los ámbitos y contribuya a prever y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social.

Reconociendo que la combinación perfecta y más versátil en este proceso de adaptación tecnológico deriva de una previa base legal y una implementación en la negociación colectiva, dado que cada empresa, cada sector, cada puesto, cada tarea requieren una intervención distinta, este binomio control/protección paccionada, por razones esencialmente adaptativas, tiene escasas posibilidades de resultar efectivo en este momento.

El cuadro no es precisamente alentador. De un lado, por la progresiva reducción de las formas de trabajo que unen físicamente a los trabajadores. La tecnología del siglo XXI favorece la desaparición de la distancia y del lugar de la prestación de servicios, como un espacio físico y de concentración de fuerza de trabajo. De otro, dada la dinámica colectiva española: descentralizada, francamente debilitada y con una vertebración actual muy rígida y complicada de aplicar en los nuevos modelos de empresa.

Asimismo, las organizaciones sindicales encuentran nuevas y serias dificultades para su funcionamiento casi por las mismas razones. El sindicalismo, en cuya acción ha venido descansando en gran medida el Derecho del Trabajo, encuentra hoy, en la era tecnológica, nuevas y gruesas dificultades para su funcionamiento. Establecer un diálogo social más amplio, así como proteger los derechos digitales en el trabajo, encarando retos de representación y reorganización de sus estructuras orgánicas y familiarizándose con nuevos mecanismos de acción colectiva más dinámicos y flexibles, son algunos de los retos a los que se han de enfrentar los sindicatos en la actualidad, en la que se abre paso la innovación tecnológica y la digitalización.

Termina de dibujar este desequilibrio negociador el gran peso de la autorregulación de varios de los nuevos derechos digitales que la Ley ha transferido al empresario, reforzando ese *statu quo* del que hablábamos *supra*, y siendo él, en esencia, quien determina el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores. Hay que reequilibrar esa posición de privilegio que ostenta el empresario, repartiendo las competencias para determinar el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores.

A la zaga de este proceso corrector, complementariamente, y al objeto de aquilatar su condición de "sujeto de obligaciones" y no sólo de derechos, no estaría de más una reforma de la versión estatutaria del poder de control empresarial (art. 20 ET), carente de la suficiente autonomía institucional como para responder a pautas y principios inspiradores propios, con una redacción caracterizada tradicionalmente por su enorme pobreza, escasa precisión, y manifiesta deficiencia técnica, incluso poco comprensible en algunos de sus elementos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Almendros González, m. A.: "Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 83, 2021.

Álvarez Cuesta, H.: "El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019.

Barbagelata, H. H.: *Formación y legislación del trabajo*, Montevideo, OIT-Cinterfor: Polform, 1996.

Baylos Grau, A. P.: "Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo", *Revista de derecho social*, núm. 1, 1998.

Baylos Grau, A.: "El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España", *Labour and Law Issues*, vol. 5, núm. 1, 2019.

Baylos Grau, A.: "Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época", *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2019.

Baylos Grau, A.: "Los derechos digitales y la negociación colectiva", *Diario La Ley*, núm. 9331, 2019.

Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 7ª ed., Albacete, Bomarzo, 2019.

Baz Rodríguez, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019.

Cancela Rodríguez, E.: "No hay alternativa al socialismo: los límites de la lucha de clases en el capitalismo digital", *Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, Vol. 17, núm. 2, 2020.

Casas Baamonde, M. E.: "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014.

Cruz Villalón, J.: "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019.

Del Rey Guanter, S.: "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 135, 2018.

Del Rey Guanter: S.: "Nuevas tecnologías y negociación colectiva", 2017, (https://www.mites. gob.es/ ficheros/ ministerio/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/XXX_JOrnada_Ponencia_S.delRey.pdf.)

Díaz Rodríguez, J. M.: "La innovación tecnológica en la acción sindical ante las nuevas realidades empresariales", en VV.AA.: *La Construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.

Ermida Uriarte, O., Rosenbaum Rímolo, J.: *Formación profesional en la negociación colectiva*, Organización Internacional del Trabajo (Cinterfor/OIT), 1998.

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

Fernández Ramírez, M.: "Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo", *Revista de derecho social*, núm. 95, 2021.

Gil Plana, J.: "Nuevas tecnologías y relaciones colectivas de trabajo las plataformas digitales", VV.AA.: *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel* (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Monreal Bringsvaerd, E. J., Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Gil y Gil, J. L.: "Trabajo decente y reforma del derecho a la negociación colectiva en España", VV.AA.: *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. III, Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Mella Méndez, L. (Dir.), Suiza, Peter Lang USA, 2017.

Goerlich Peset, J. M.: "Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Treball, Economía i Societat*, núm. 92, 2019.

Goerlich Peset, J.: "Economía digital y acción sindical", en VV.AA.: *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Todolí Signes, A. y Hernández-Bejarano, M. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Hevia Martínez, G.: "La sociedad como artefacto. Sistemas sociotécnicos, sociotecnologías y sociotécnicas", *CTS: Revista iberoamericana de ciencia, tecnología y sociedad*, Vol. 14, núm. 40, 2019.

Jones, D. T. y Womack, J. P.: *Lean Thinking: Cómo utilizar el pensamiento Lean para eliminar los despilfarros y crear valor en la empresa*, Barcelona, Gestión 2000, 2012.

Martín Vales, P.: "El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 45, 2021.

Molina Navarrete, C.: "Acción sindical y protección de datos. Nuevos relatos de una relación espinosa", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 423, 2018.

Molina, O. y Pastor, A.: "La Digitalización, Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo", en VV.AA.: *La revolución digital en España. Impacto y Retos sobre el Mercado de Trabajo y el Bienestar. Bellaterra*, Miguélez Lobo, F. (Coord.), Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2018.

Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, A. L.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L.: "El empleador plural en las empresas multiservicios", VV.AA.: *Impacto de las redes empresariales*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (Dirs.), Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L.: "Modelo constitucional del Derecho a la negociación colectiva", en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N. y Tomás Jiménez, N. (Coords.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Rifkin, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Booket, 1995.

Rocha Sánchez, F.: "El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización", *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 40, Núm. 2, 2022.

Rodríguez Fernández, M. L.: "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018.

Rodríguez Piñero Royo, M.: "El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo", *XX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, Madrid, 26 de octubre de 2017*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2018.

Rodríguez Rodríguez, E.: "El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 151, 2020.

Román Vaca, E.: "Las nuevas tecnologías en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal", en VV.AA.: *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Marín Alonso, I. y Igartua Miró, M. T. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

Sáez Lara, C.: "Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161, 2022.

Sanguineti Raymond, W.: *Nuevas tecnologías, derechos humanos y negociación colectiva*, Caballero Sega, K. A., Pírez Ledesma, A. y Soares Mesquita, L. I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Sepúlveda Gómez, M.: "El acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 158, 2021.

Serrano García, J. M. y Borelli, S.: "El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital", *Revista de Derecho Social*, núm. 80, 2017.

Sierra Hernaiz, E.: "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.152, 2020.

Tomada, C. A. y Rigat-Pflaum, M.: *Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1998.

Treu, T.: *Nuova professionalità e futuro modello del sistema di relazioni industriali, en "Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, a cura di Galantino, L., Padova, 1987.

Valle Muñoz, F. A.: "La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.149, 2019.

Valle Muñoz, F. A.: "Las representaciones colectivas de trabajadores en las plataformas digitales", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.157, 2021.

VV.AA.: *Derecho y nuevas tecnologías*, Fernández Villazón, L. A. (Coord.), Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2020.

Wilby, P.: "Taylorismo digital: la educación no impedirá que Occidente se empobrezca", en *Sinpermiso*, 2011.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# ¿Es posible aplicar los principios de la bioética en las relaciones laborales?

# Is it possible to apply the principles of bioethics in labor relationships?

Isabel Marín Moral *Profesora contratada doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Francisco de Vitoria*
https://orcid.org/0000-0002-1515-5326

Cita Sugerida: MARÍN MORAL, I. «¿Es posible aplicar los principios de la bioética en las relaciones laborales?». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 123-146.

**Resumen**

La bioética tradicionalmente se ha aplicado a la medicina e investigación sanitaria. Sin embargo, existe una corriente doctrinal que considera que su campo de actuación debe incluir otras disciplinas. Una de ellas debe ser la que afecta a las relaciones laborales, en la medida que la actividad del trabajo repercute no solo en vida de la persona trabajadora a nivel individual, sino también en su familia, en la sociedad en la que está integrada y en el mundo, incluyendo el medio ambiente.

El objetivo de este estudio es analizar si es posible incorporar la bioética a las relaciones laborales, incidiendo en cómo pueden servir los principios de la bioética que se enunciaron para el ámbito médico-sanitario para avanzar en unas relaciones labores más justas, tanto desde la normativa, como también en la toma de decisiones en el ámbito empresarial.

Actualmente, los cambios tecnológicos, de organización empresarial y de gestión económica que afrontan las empresas pueden poner en riesgo a la persona que necesita el trabajo para su desarrollo personal, así como a la sociedad y medio ambiente en el que vive. Por ello, los principios de la bioética en las relaciones laborales están llamados a ser un instrumento válido para avanzar, tendiendo al bien común y a la justicia social.

**Palabras clave**

Principios de la bioética; Trabajo; Justicia social; Bien común

**Abstract**

Bioethics has traditionally been applied to medicine and health research. However, there is a doctrinal current that considers that its field of action should include other disciplines. One of them must be the one that affects labor relations, because work activity has an impact not only on the life of the worker at an individual level, but also on their family, on the society in which they are integrated, and on the world, including the environment.

The objective of this study is to analyze whether it is possible to incorporate bioethics into labor relations, focusing on how the principles of bioethics that were enunciated for the medical-health field can serve to advance fairer labor relations, both from the normative, as well as in decision making in the business field.

Currently, the technological, business organization and economic management changes that companies face can put at risk the person who needs work for their personal development, as well as the society and environment in which they live. For this reason, the principles of bioethics in labor relations are called to be a valid instrument to move forward, tending to the common good and social justice.

**Keywords**

Principles of bioethics; Job; Social justice; Common good

## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO

Tradicionalmente, la bioética se ha estudiado y aplicado en la medicina y la investigación sanitaria. No obstante, su aplicación en otros campos, incluyendo las relaciones laborales, se hace cada vez más necesaria porque el trabajo no solo impacta en la vida del trabajador a nivel individual, sino también afecta a su familia, la sociedad y el medio ambiente.

Fecha Recepción: 11/01/2024 - Fecha Revisión: 08/02/2024- Fecha Aceptación: 14/02/2024
Págs. 123-146

Al analizar las relaciones laborales desde la bioética las decisiones que se adoptan no solo han de fundamentarse en lo moralmente correcto y justo, sino que también en cómo cada medida o normativa laboral afecta a la vida en su totalidad, integrando el diálogo con la ciencia y la tecnología, pero también el medio ambiente. Con este enfoque, se busca de manera consciente proteger, amparar y preservar la vida en su sentido más amplio, vida en la que el trabajo es necesario para que la persona pueda subsistir de forma digna y para que la sociedad evolucione de manera justa.

Por ello, en este trabajo se va a analizar por qué es posible hablar de la bioética en las relaciones laborales y cómo se deben entender los principios de la bioética que, en cierta forma, se han venido integrando de forma silenciosa a través, entre otras materias, de la diligencia debida que se exige a las empresas.

Entender las relaciones laborales desde la perspectiva de la bioética es un reto para que las empresas sean más conscientes sobre qué es justo para la persona, la sociedad y el medio ambiente y puedan incluirlo en sus protocolos e instrumentos de gobierno y toma de decisiones.

## 2. CONCEPTO Y ORIGEN DE LA BIOÉTICA

La bioética etimológicamente (bios y ethos) significa "ética de la vida", configurándose como una rama específica de la ética que incluye las conductas del hombre que afectan a la vida, y referencia no solo a la vida humana sino también animal y medioambiental. La bioética como tal se puede considerar un concepto amplio, sin límites claros y muy moldeable según el momento histórico y, a pesar de que se hable por primera vez de este nombre en 1971[1] en referencia a la investigación médica, desde 1945 ha habido diferentes códigos de conducta o códigos éticos en los que se buscaba dar un sentido a la actividad humana cuando quedaba afectada la vida.

El primero es el Código de Nuremberg de 1947[2] en el que su eje es el precepto hipocrático "lo primero, no hacer daño" (*primum, non nocere*), criterio que se mantiene hasta nuestros días. Más adelante se adoptaron otros instrumentos que permitían confirmar la necesidad de que la bioética fuera tenida en cuenta para que el desarrollo se hiciera siempre bajo una premisa indiscutible: el respeto de la persona. Se pueden destacar la Declaración de Helsinki de 1964 o las Pautas publicadas por el Departamento de Sanidad y Educación de Estados Unidos en 1971, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos de la OMS en 2002 o, la más reciente, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005)[3].

[1] Potter, V. R.: *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs, New Jersey. Prentice-Hall, 1971, 2. Sin embargo, hay autores que consideran que el primer autor en hablar de bioética es Fritz Jahr en 1927, tal y como señala Garzón, F. A.: "Fritz Jahr: ¿el padre de la bioética?", *Revista Latinoamericana de Bioética*, Vol. 9., núm. 2, pp. 6-7, 2009 Recuperado 12 septiembre, 2023 en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-47022009000200001&lng=en&tlng=es.

[2] Tuvo lugar el llamado "Juicio de los Médicos" del 9 de diciembre de 1946 al 20 de agosto de 1947, en el que 20 médicos fueron acusados de crímenes contra la humanidad por los experimentos realizados en personas y practicar la eutanasia. Hay quien considera que este hecho marcó el amanecer de la bioética. Se puede consultar el contenido del juicio en https://elholocausto.net/parte04/0406.htm. Recuperado 4 agosto, 2023.

[3] La UNESCO en la Declaración Universal de la Bioética y Derechos Humanos reconoce que la libertad de la ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes beneficios a la especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida y mejorando la calidad de vida, y destacando que esos adelantos deben procurar siempre promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad y de la especie humana en su conjunto, en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y en el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y añade que "la salud no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica sino también de factores psicosociales y culturales". https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa.
No hace referencia al trabajo, pero es indiscutible el impacto que tiene este tiene en la salud de la persona, y cómo la vulneración de derechos humanos en el ámbito laboral repercute de forma incuestionable en la vida del trabajador.

Sin embargo, uno de los documentos más importantes en materia de bioética es el *Informe Belmont,*[4] que se adoptó en la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento en 1978 en el Congreso de Estados Unidos, y donde se enuncian los tres grandes principios de la bioética: principio de respeto a las personas y a su autonomía, el principio de beneficencia y el principio de justicia.

Tradicionalmente estos principios han estado alineados con la disciplina sanitaria puesto que se buscaba definir qué era lo éticamente deseable en la investigación médica realizada con personas, así como en ciencias de la conducta. Su definición se hizo en un momento en el que había inimaginables avances en la materia, por ejemplo, investigación con embriones y la fecundación in vitro, lo que obligaba a cuestionar qué limites había de poner en esa actuación donde el hombre quería jugar un papel de creador de la vida. Pero, también, se estaba ante un momento de gran investigación científica en otros ámbitos y de desarrollo técnico y social. Por ello, era necesario establecer unos principios que ayudaran a los científicos, a "los críticos y a los ciudadanos interesados en comprender los temas éticos inherentes a la investigación con sujetos humanos"[5].

Más adelante, Beuchamp y Childres[6] ampliaron estos principios de la bioética, tanto en su definición como en su ámbito de ampliación. Por un lado, sostuvieron la necesidad de ampliar la aplicación de los principios a otras áreas. De esta manera se alcanzaba a todas las ciencias que afectan y moldean la vida (en sentido amplio) y que intervienen en el desarrollo y actividad de la persona, como individuo y parte de la sociedad y, con cuyos actos alcanza, no solo a otras personas, sino también al medio ambiente[7], a los animales, y la interacción entre todos ellos. Por otro, ampliaron los principios, pasando de los tres existentes desde el Informe Belmont (principio de autonomía, de beneficencia y de justicia), a los siguientes cuatro: principio de no maleficencia, de beneficencia, de autonomía y de justicia.

## 3. ÉTICA VERSUS BIOÉTICA

La bioética es una rama de la ética, aquella que estudia las conductas del hombre sobre la vida, y referencia no solo a la vida humana sino también animal y medioambiental. Fernández[8] sostiene que la ética, de donde pende la bioética, "no es un concepto equívoco; resulta simplemente que no es unívoco", por lo que, a fin ilustrativo se puede traer a colación la definición de la Real Academia de la Lengua según la cual es la "parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre". Por su parte, moral se define como aquello "perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia", pero también se añade

Además, los grandes avances que se busca imponer en las empresas y que a veces suponen una injerencia en el propio cuerpo de la persona, como puede ser la implantación de chips para gestionar la productividad, determinan cada vez más que la bioética está llamada a ser protagonista en las relaciones laborales. Todo ello sin perjuicio del impacto de las acciones laborales y empresariales en el medio ambiente.

[4] Casado, M., Casado González, M., Bergel, S. D.: "Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento. Informe Belmont de 30 de septiembre de 1978. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos", *Las leyes de la bioética* , Barcelona. Gedisa, 2004, pp. 85-111.

[5] *Comisión nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento (1979). El Informe Belmont. Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación*. Recuperado 12 septiembre 2023 en https://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf

[6] Beauchamp, T. L., Childress, J. F.: *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford. Oxford University Press, 1994.

[7] Potter decía que la bioética incluye "no solo la ética médica, sino también la ética ambiental y agrícola. De hecho, la palabra habla por sí misma". Pero su desarrollo posterior incluye otras ciencias como las laborales y sociales. *Ob. cit.* Potter, V. R., p. 5.

[8] Fernández Fernández, J. L.: "El papel de la ética en la estrategia empresarial", *Alta Dirección*, año nº 29, nº 172, 1993, pp. 87-96.

otra acepción que es la "ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia".

Nadie duda que la ética debe ser la inspiradora de las relaciones laborales, de modo que se aspira a que las actuaciones que realizan los sujetos que participan en ellas sean moralmente válidas. Así, por ejemplo, es ético que el trabajador desarrolle su trabajo según tiene pactado, sin generar ningún mal en la empresa; o que el empresario (como persona) respete al trabajador, sin abusos o discriminaciones, en su condición de persona que es.

La ética, como vemos se centra en la bondad o malicia de las acciones del hombre. Sin embargo, la bioética va más allá, incorporando su afectación o relación con la vida (tanto personal, animal como el medio ambiente) como elemento diferenciador. De ahí que sea una rama de la ética.

Pero ¿se puede hablar de bioética en las relaciones laborales? ¿O se trata simplemente de ética? ¿Afectan las relaciones laborales a la vida (en sus diferentes dimensiones) o tan solo afecta a los comportamientos sobre la persona en su calidad de tal?

Arendt[9] expuso la necesidad de conjugar la ética con la técnica, reflexionando sobre cómo ésta puede afectar a las tres actividades propias del hombre, siendo una de ellas el trabajo y, por otro lado, Alarcos[10] en las primeras décadas del SXXI añadió que la ética global no podrá disociarse del drama de la injusticia mundial y para conseguir justicia social es preciso trabajar en un mercado laboral que persiga el bienestar material y el desarrollo espiritual en libertad y dignidad[11].

Por su parte, Gracia[12] analizó y describió la evolución histórica de lo que hoy se conoce como bioética y consideró que debe extenderse a toda ciencia, no solo a la biomédica.

La bioética se considera que forma "parte de la teología moral que estudia los criterios éticos para juzgar el bien y el mal de la vida humana"[13] debiéndose recalcar que no es una ciencia técnica, sino moral. La bioética es así una disciplina que guía "en el complejo laberinto formado por la sociedad contemporánea, producto de la fusión entre la revolución científica y la industrial. Laberinto en el que queda inmersa la persona, su vida, su dignidad y su supervivencia en el planeta"[14].

Su alcance a otras disciplinas[15], como son las relaciones laborales, es actualmente incuestionable al albur del desarrollo de la ciencia, la tecnología o la inteligencia artificial, sobre todo si se entiende el trabajo como forma de realización personal y de transformación del mundo, lo que alcanza todos los ámbitos de la vida.

---

[9] Sobre este tema, véase: Arendt, H.: The Human Condition, Chicago, University of Chicago Press, 1958, pp.12-26. Consideró que "todas las actividades serias, independientemente de sus frutos, se denominan trabajo y toda actividad que no es necesaria ni para la vida del individuo ni para el proceso de vida de la sociedad se incluye en el juego (traducción propia)."

[10] Alarcos Martínez, F. J.: *Bioética global, justicia y teología moral*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005, p. 20.

[11] Audio que incluye la cita en 108 Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra. Recuperado 25 agosto 2023 en https://soundcloud.com/international-labour-organization/ilc-2019-open-es. El resumen puede consultarse en https://news.un.org/es/story/2019/06/1457511. Recuperado 25 agosto 2023.

[12] Gracia, D.: *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid, 1989.

[13] Blázquez Fernández, N.: *Bioética: La nueva ciencia de la vida*, 96, Biblioteca de autores cristianos, 2020,

[14] En referencia a la Dra. Anna Quintanas: López Vélez, L.E y Zuleta Sala, G.: "El principio de beneficencia como articulador entre la teología moral, la bioética y las prácticas biomédicas", *Franciscanum Revista de las Ciencias del Espírit, V*ol. 62, núm.174, 2020. Epub Feb 23, 2021. https://doi.org/10.21500/01201468.4884

[15] Cardona Ramírez, C.M.: "El desarrollo de la bioética en Latinoamérica y el aporte desde el Franciscanismo", *El Ágora USB*, Medellin-Colombia V. 10, núm. I, 2010, pp. 247-248.

Por ello, se pueden hacer preguntas de reflexión como, ¿si forma parte de la bioética la investigación de enfermedades con personas, por qué no lo es la investigación del impacto de la tecnología en los trabajos y su afectación a la vida de las personas? ¿Utilizar a las personas para entrenar inteligencia artificial en el trabajo, es ético o enlaza directamente con la bioética? ¿Plantear la sustitución de las personas en trabajo por inteligencia artificial, tiene que ver con la bioética? ¿Establecer políticas de empresa de cuidado del medio ambiente es ético o se refiere a la bioética? ¿Deben las normas tener en cuenta a la persona y defender su vida en trabajo? Como estas preguntas se pueden hacer otras muchas para concluir que la vida es algo que está en el núcleo esencial de las relaciones laborales y que, como consecuencia, se debe cuidar, siendo además uno de los ámbitos de desarrollo de la persona.

## 4. POR QUÉ HABLAR DE BIOÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES

La normativa y los principios del derecho del trabajo quedan cada vez más en el ámbito de la política, de intereses de grupos de presión y, por ello, dado el incuestionable impacto que tiene el trabajo en la persona y en el mundo es necesario su análisis desde la bioética. Siguiendo a Snead[16]. es preciso tener en cuenta "los bienes, las prácticas y las virtudes adecuadas para regir una política del ser humano" y en esa política está indudablemente el trabajo.

Desde la perspectiva de esta autora y siguiendo la corriente que considera la aplicabilidad de la bioética a ciencias diferentes de la médica, se considera que las relaciones laborales afectan no solo a la vida de la persona individual, sino que trasciende a esta y por ello debe inspirar la evolución del nuevo paradigma que se afronta en las relaciones laborales. El fundamento último de por qué debe incluirse la bioética en el análisis y desarrollo de las relaciones laborales es el siguiente:

— El fin personal del trabajo como necesario para la vida. Uno de los fundamentos del trabajo, que es lo que se gestiona y regula a través de las relaciones laborales, es disponer un salario a fin de poder cubrir las necesidades personales del trabajador (alimentos, casa, ocio) o las de su familia. El trabajo afecta así a la vida de la persona. Una falta de ingresos puede suponer pobreza, pero también puede llegar a terminar con la vida.

  Además, el trabajo también afecta a la salud mental y, en ocasiones, un trabajo que no es digno, la imposibilidad de pagar las facturas con el salario recibido o una insatisfacción en aquello que se hace en el trabajo puede determinar la pérdida voluntaria de la vida.

  Para evitar esto los Estados, que velan por la vida de las personas, disponen de diferentes sistemas de previsión social, más o menos avanzados (prestaciones de desempleo, subsidios, etc.), siendo una de las vías de protección de la vida de la persona. Como consecuencia de ello, la normativa que regula las relaciones laborales deberá tener en cuenta la dimensión vital del trabajo, cómo afecta a la vida y si permite poder vivir. Por ello, tanto la persona, empresas (ambas partes de la relación laboral), pero también los estados están llamados, velando por la dignidad del trabajo[17], a acometer acciones de defensa de la vida. Un país que no defiende la vida no contemplaría acciones de protección social por razones laborales.

  La protección de la vida no solo debe verse desde la vía de la investigación médica antes de la concepción, sino también debe ampliarse a otras ciencias, como es, indudablemente, la laboral,

[16] Snead, O. C.: *What It Means to Be Human: The Case for the Body in Public Bioethics*. Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press, 2020, p.13.

[17] Se trata de uno de los derechos que reconoce la Carta Social Europea: "26. Todos los trabajadores tienen derecho a la dignidad en el trabajo", https://rm.coe.int/168047e013

donde se debe hacer un análisis de cómo afecta la normativa y las diferentes tomas de decisiones en la empresa en el mantenimiento y generación de más vida[18].

— El fin social del trabajo o frente a terceros. A través del trabajo se transforma el mundo. Esa transformación puede ser de muchas formas ya que es diferente dar un asesoramiento a trabajar en una maderera. El trabajo que se desarrolla en el marco de las relaciones laborales permite cambiar vidas y mejorarlas, pero también empeorarlas. Por ello, el impacto del trabajo en la vida de terceros debe ser analizado desde una perspectiva de bioética.

— Dependiendo del tipo de trabajo, el lugar de trabajo o las materias primas utilizadas puede afectar también a la vida animal y medio ambiente. Es incuestionable que, por ejemplo, a través del trabajo que desarrolla la personas puedan contaminarse ríos, hacer que peces mueran o devastar especies. Por lo tanto, ese trabajo que se hace para conseguir un salario a nivel personal puede afectar a la vida de otros, de los animales o del medio ambiente.

— La indudable e imparable aplicación de tecnología a las relaciones laborales, donde puede quedar afectada la vida de la persona trabajadora y su integridad personal. Materias como la implantación de nuevos sistemas de control en el cuerpo humano (por ejemplo, chips que se implantan en la mano[19]), o la utilización de inteligencia artificial precisan un estudio desde la bioética, ya que son medidas que afectan a la vida.

— El incuestionable avance en el desarrollo de la diligencia debida[20] de las empresas que incluye una obligación de actuar para prevenir no solo la vulneración de derechos fundamentales que afectan a la persona trabajadora por el desempeño realizado, sino también cualquier actuación empresarial que pueda alcanzar al medio ambiente.

Las relaciones laborales regulan y organizan el desempeño del trabajo. La forma de acometer esta misión puede realizarse desde diferentes perspectivas, como puede ser la meramente económica (con qué se gana más por la empresa), la utilitarista (qué es lo más útil y viene mejor a la empresa), o sólo desde la ética a través de la cual se busca el conocimiento de la naturaleza y sentido de la moral, de la virtud, de la justicia, todos ellos conceptos que entroncan con la filosofía (y sobre los que existen corrientes de pensamiento).

Otra opción, que es la más acorde con el mundo actual, es plantear las relaciones laborales desde la bioética, donde las decisiones no sólo se basen en lo que es moralmente bueno y justo, sino que también ponga el foco cómo impacta toda decisión o normativa laboral en la vida incluyendo su diálogo con la ciencia y tecnología y, por tanto se busque de forma consciente proteger, amparar y cuidar la vida en sentido amplio, lo que incluye además de las persona sujetas de la relación laboral, otras personas, el mundo animal y el medio ambiente.

[18] Una de las razones que se esgrimen para no tener hijos es precisamente la inestabilidad laboral o la falta de salarios suficientes. La vida por tanto queda afectada directamente por las consecuencias derivadas de las relaciones laborales. https://www.sigmados.com/encuesta-sigma-dos-yo-dona-casi-el-71-de-los-espanoles-no-se-plantea-tener-mas-hijos-por-las-condiciones-economicas-o-laborales/

[19] Se puede constatar cómo funciona en https://youtu.be/VleiVpmMkEE?si=H_Ngjz0geoNiHBjn

[20] En este sentido *el informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa 11.2.2021* - (2020/2129(INL), incide en que "las empresas deben respetar los derechos humanos, incluidos los derechos internacionales vinculantes y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, el medio ambiente y la buena gobernanza, y no deben causar ningún efecto adverso en este sentido, ni contribuir a que se produzca; que la diligencia debida ha de basarse en el principio de «no ocasionar daños". https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_ES.html

Por eso, se ha de dar un paso más allá e incorporar a las decisiones que afectan a las relaciones laborales, (tanto aquellas que se adopten tanto en el ámbito empresarial como en la normativa), los principios que inspiran la bioética.

## 5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA

### 5.1. La bioética personalista y la bioética principialista

Los principios no son normas *stricto sensu* y por ello no son exigibles por parte de un juez, sino que sirven para la interpretación y aplicación de las normas[21]. Tampoco los principios se aplican de forma literal, sino que son enunciados amplios que deben aterrizarse en cada caso en concreto. Por ello, se puede decir que los principios "no siempre pueden ser aplicados de tal manera que resuelvan sin lugar a duda un problema ético particular"[22]. Los principios son pautas que deben servir para analizar cada problema ético que se pueda plantear cuando afecta al ser humano, a la persona.

Estas pautas deben ser conocidas y aplicadas por personas[23], de ahí la importancia de que los análisis que se realicen se hagan desde la persona, ya que, al igual que la ciencia médica, la laboral es fundamentalmente antropológica. También el análisis debe contemplar la justicia y el bien común. Sin embargo, la forma de pensar de la sociedad y su evolución es determinante para establecer qué es lo que prima al aplicar los principios, lo que ha llevado a cuestionar cómo deben interpretarse, si son verdaderos o falsos, o simplemente "el resultado del acuerdo o de la elección de una comunidad"[24].

Los principios son diferentes según se analice la llamada bioética personalista[25] que parte del personalismo ontológico y "bebe de la fuente del pensamiento clásico-patrístico, encuentra en Santo Tomás de Aquino su cenit y se enriquece con modernos aportes" como Karol Wojtyla; o se analice la bioética principialista. Ambas tienen materias en las que confluyen, pero otras en las que no son afines.

También es interesante el concepto de bioética latina, que está "llamada a orientarse desde una dimensión plural, de las diversas concepciones planteadas en bioética, y desde una reiterada defensa de los derechos humanos, como universalismo mayor de nuestro tiempo". Se trata de una bioética que tiende a una ética social y política, donde es necesario "encontrar una metodología de análisis de los problemas ético-sociales y de la ética política"[26]. Este concepto estudia y entiende la bioética desde diferentes ámbitos, no solo desde el ámbito de la salud y el jurídico, considerándose que debe estar

[21] Actualmente se habla de "principialismo" y plantea muchas críticas y posibles alternativas. Sobre este particular, véase: García Llerena, V. M.: *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas*, Granada, Editorial Comares, 2012. También analiza el alcance de los principios y su valor: Suárez-Rodríguez, J.: "El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática", *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas,* vol.16, nº 30, 2016, pp.51-62. Por otro lado, Berti García, B.: "Los principios de la Bioética", *Prudentia Iuris*, 79, 2015, pp.269-280, analiza los principios de la bioética teniendo en cuenta el impacto de las nuevas tecnologías y la importancia de proteger la persona y su dignidad.

[22] *Ob. cit*. Comisión nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento.

[23] Incluso si se incorporan algoritmos o inteligencia artificial la decisión debería tomarse en base a los principios de la bioética.

[24] *Ob. cit*. Berti García, B., 270. Esta autora habla de dos corrientes, la objetivista o personalista que se fundamenta en la aplicación del clásico principio según el cual el fin no justifica los medios, y la relativista o subjetivista que considera que los principios éticos no son verdaderos os falsos sino simplemente el resultado del acuerdo o elección de una comunidad.

[25] Los principios de la bioética personalista son: principio de defensa de la vida física; principio de totalidad; principio de libertad y responsabilidad; y principio de sostenibilidad y subsidiaridad. Sobre este tema ver: García, J. J.: "Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas", *Cuadernos de Bioética,* XXIV, 2013, pp.68 y ss.

[26] *Ob. cit.* Cardona Ramírez, 246.

presente de forma multidisciplinar en campos diversos como la política, la economía, la educación, el medio ambiente, las ingenierías, el desarrollo urbano, las artes,… todo ello con un fin último de búsqueda de la equidad, justicia, erradicación de la pobreza, preservación del medio ambiente y la paz.

En este trabajo se van a analizar los principios desde la bioética principialista, pero teniendo en cuenta la importancia de la antropología subyacente ya que no es posible hablar de bioética en el trabajo sin poner en el centro a la persona y valorar su impacto en la sociedad y en el mundo.

Aristóteles dijo que "el hombre es por naturaleza un animal social"[27], precisa de los demás para poder desarrollarse como persona y por ello está y necesita de la comunidad[28] y Alonso Olea manifestó que precisamente es "el trabajo el que da al hombre un sitio en la comunidad humana" [29] y es "el centro y fundamento del vínculo social… en virtud de la cual se relaciona con su entorno – la Naturaleza, a la que se enfrenta para crear algo humano- y con lo demás, con y para los cuales desempeña esa tarea"[30]. Por ello, siendo el hombre social y parte del mundo, la repercusión de sus actos afecta a este, siendo hoy de especial interés su impacto en el desarrollo tecnológico y las ciencias.

### 5.2. Los principios de la bioética principialista

Siguiendo a Lopez Vélez[31] existen dos corrientes en la bioética principialista, una de enfoque y corte norteamericano en la que el orden de los principios es: autonomía, beneficencia, justicia y no-maleficencia, y otra de corte europeo, en la que los principios se orientan en el siguiente orden: justicia, beneficencia, no maleficencia y autonomía. A pesar de que ambas tienen iguales principios, el orden tiende a indicar qué es lo más importante, si bien actualmente ambas se entremezclan y conforman las bases del Estado de Derecho.

En el caso americano prima la autonomía y por tanto se sitúa a la persona por encima de la colectividad en coherencia con una forma de pensamiento humanista liberal, mientras que en la concepción europea es la justicia la que sirve de eje sobre el que deben girar los principios de la bioética y está basada en el bien común, de modo que la justicia beneficia a todos[32], respondiendo así a un pensamiento humanista en el que se busca la igualdad, sin que por ello la persona deje de relevante. Esta diferencia se puede ver bien en las políticas que se adoptan en EE. UU. y las que se adoptan en países como España.

Si bien, desde un punto de vista filosófico se ha cuestionado que los llamados principios de la bioética puedan ser denominados tales, que son meramente formales, con clara inspiración kantiana y difícilmente aplicables por ser muy generales[33], en el ámbito laboral deben considerarse como herramientas suficientes y necesarias para que cada país, en función de su situación económica, social

[27] Aristóteles: *Política*, Biblioteca Básica Gredos, 1988, Madrid, p.50.

[28] La Doctrina Social de la Iglesia enseña que: "las relaciones en el mundo del trabajo se han de caracterizar por la colaboración: el odio y la lucha por eliminar al otro, constituyen métodos absolutamente inaceptables, porque en todo sistema social son indispensables al proceso de producción tanto el trabajo como el capital", en *Ob. Cit.: Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia,* p. 306.

[29] Alonso Olea, M.: *Introducción al derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 5ª ed., 1994, Madrid, p.46.

[30] Meda, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Ed. Gedisa, Col. Hombre y Sociedad (trad. Marc Vallés), 1998, Barcelona, 17.

[31] *Ob. Cit.,* 7.

[32] López Vélez indica que esta jerarquización no es homogénea en todos los países europeos. Ídem.

[33] Alarcos Martínez, F. J. sostiene que "Los principios son muy generales y, por sí solos, insuficientes para guiarnos en las múltiples decisiones morales que es preciso tomar cada día en la práctica médica e investigativa. Por esto deben ser especificados para poder brindar orientaciones concretas para la vida moral. Pero especificados o no, los principios entran en conflicto a la hora de tomar decisiones en situaciones complejas. Por eso además

y laboral, pueda realizar avances hacia unas relaciones laborales que tengan impacto positivo, no solo en la persona trabajadora sino también en la sociedad y en el medio ambiente, por lo tanto en todo lo afecta a la vida.

Se trata de principios que han de inspirar las políticas y conductas laborales en todos los ámbitos y que, en gran medida, constan en las declaraciones internacionales de derechos, tanto de la OIT como en la Carta Social Europea. No se trata de soluciones o acciones, radicando ahí la grandeza de aquellos en cuanto que pueden ser adaptados según los cambios que experimenta la sociedad y permiten la necesaria adaptación de las políticas laborales a las nuevas tecnologías, inteligencia artificial o cuestiones como el teletrabajo o la mercantilización del contrato de trabajo.

En el ámbito del trabajo, de las relaciones laborales, los principios de la bioética deben ser comprendidos e interpretados con un fin último que es la justicia a la que aspira el derecho, como decía Ulpiano "dar a cada uno lo suyo", pero también deben interpretarse con base en el bien común y la defensa de la persona, una interpretación que propugne una mejora social, con menos pobreza, sobre todo cuando afecta a personas en situación de desamparo, enfermas o son más débiles, como los niños[34]. Sostenía Somavía[35] que "en algún lugar a lo largo del camino, la economía globalizada perdió su brújula moral", de ahí la necesidad de que cada acción en el ámbito laboral deba ser vista desde los principios de la bioética que tienen su base en la persona.

En cualquier caso, los cambios de modelos o la implementación de nuevas políticas laborales o su mejora basada en la justicia o en el bien común no es algo nuevo. La OIT, desde sus orígenes, ha adoptado convenios y recomendaciones que responden a los principios de la bioética y que formalmente tienen el objetivo de promover los principios y derechos fundamentales en el trabajo incluidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, que tienen su base en la paz universal y la justicia social, habiendo permitido que los países fueran adoptándolos a su ritmo, a diferentes velocidades, pero siempre avanzando. Más recientemente deben destacarse, entre otros, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998[36]

## 6. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA LABORAL

### 6.1. Introducción

Los cuatro principios bioéticos se enunciaron en su origen para ser aplicados en los conflictos que se planteaban en el ámbito sanitario[37], sin embargo, los autores que los definieron ya adelantaban la necesidad de ampliarse a otras ciencias que afectan a la persona, debiendo ser adaptados a la temática, pero manteniendo el espíritu de su significado.

---

de especificarlos, es necesario ponderarlos para determinar qué principio prevalece, de hecho, en cada situación concreta". *Ob. cit*. Alarcos Martínez, F. J. p.192.

[34] Por ello la Carta Social Europea insiste en que ·Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos". Carta Social Europea, parte I, 7, https://rm.coe.int/168047e013

[35] Somavía, J: *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Santiago de Chile. Organización Internacional del Trabajo, 2014, p.6. Recuperado 17 julio 2022 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf.

[36] Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm

[37] Sobre los principios en el ámbito sanitario véase Siurana Aparisi, J.C.: "Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural", *Veritas*, nº 22, 2010, pp.121-157. Recuperado en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006

Los principios de la bioética sirven de base para las relaciones laborales[38] y poder evaluar si las decisiones que se adoptan son en sí mismas buenas y justas para el hombre y su entorno, ya se trate de normativa o de actuaciones empresariales o políticas internas en los centros de trabajo.

Las normas o instrucciones que dicta el legislativo o el ejecutivo debieran ser adoptadas desde la bioética laboral, lo que comporta un análisis que ha de ir más allá del cortoplacismo político y nos adentra en lo que es dable exigir de nuestros dirigentes. Por ello, justificar acciones particulares en las normas como forma de evitar un juicio de ética que, además, defiende la vida (personas y medio ambiente), no es suficiente.

Lo que se apruebe debe ser en sí mismo justo y bueno o ser el instrumento para alcanzar lo moralmente deseable en el ámbito de acción que se despliega desde las relaciones laborales[39]. Por su parte, las empresas, en cada acción particular en que aplican las normas vigentes y cuando definen sus políticas de gobernanza[40] o las políticas internas deben fijarse con criterios basados en la bioética, entendida de forma amplia, especialmente cuando afectan al trabajador o su entorno, deben ser proactivas desde y con los principios de la bioética.

Existe una bioética laboral básica que busca que las relaciones laborales respeten la vida humana, permitiendo a la persona desarrollarse de forma integral[41], teniendo en cuenta el medio ambiente en el que impacta el trabajo desarrollado y buscando una mejoría del entorno donde las personas trabajadoras viven y desarrollan sus actividades, como es su familia o su círculo social[42]. El trabajo ha de ser considerado como instrumento[43] necesario que afecta a la persona y a su familia o entorno y, por tanto, trasciende al propio centro de trabajo, es la clave de toda cuestión social[44]. Se trata de contemplar el trabajo como un bien que permite a la persona desarrollarse en sociedad, teniendo calidad de vida, viviendo en un ambiente de salud, disfrutando de descansos y pudiendo conciliar con su vida personal y familiar.

---

[38] Gómez, G. I.: *Bioética del Trabajo*, Palmira, Colombia, Gómez Marín, G. I. (Ed.), 2013. Recuperado 1 julio 2023 en https://bioeticadeltrabajo.org/publicaciones/

[39] En este sentido la moral, la ética y la norma están llamadas a conjugarse juntas en el Derecho del Trabajo porque este "es el producto de una serie ininterrumpida de reformas sociales" y que "es un ordenamiento en perpetua reforma" en *Ob. Cit.* Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, pág. 25., pero añade también la necesidad de la moral, en cuanto que "el Derecho del Trabajo nace, como con una indudable motivación moral ya que su propósito es la dignificación de las condiciones de vida y de trabajo y no la ordenación productiva. Por eso el trabajo debe ser digno" en *Ob. Cit.* Montoya Melgar, A.: *Derecho y Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, Civitas, 2016, pág. 65.

[40] Moreno Vida, M. N.: "La gobernanza de las relaciones laborales", https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2019/04/07-Moreno-Vida-Mar%C3%ADa-Nieves.pdf . Recuperado el 22 de septiembre de 2023.

[41] "El trabajo humano es una clave, quizá la clave esencial, de toda la cuestión social, si tratamos de verla verdaderamente desde el punto de vista del bien del hombre" y, añade, que ha de hacerse "la vida humana más humana y la clave, que es el trabajo humano, adquiere una importancia fundamental y decisiva".

Juan Pablo II: *Carta Encíclica Laborem Exercens*, 1981, p. 9. Recuperado 21 septiembre 2022 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html .

[42] "Un trabajo que no cuida, que destruye la creación, que pone en peligro la supervivencia de las generaciones futuras, no es respetuoso con la dignidad de las personas trabajadoras y no puede considerarse decente. Por el contrario, un trabajo que cuida contribuye a la restauración de la plena dignidad humana, contribuirá a asegurar un futuro sostenible a las generaciones futuras". Francisco I: *Videomensaje del Santo Padre con motivo de la 109 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra 17 de junio de 2021, 2021. Recuperado 20 agosto 2022 en https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/pont-messages/2021/documents/20210617-videomessaggio-oil.html

[43] Dice Montoya Melgar que "es esencia a todo trabajo su finalidad utilitaria" y añade que "el trabajo humano – nos dirá Henri Bergson en L´evolution créatrice- consiste en crear utilidad." Afirma también que el Derecho del Trabajo (ciencia que regula las relaciones laborales) solo importa el trabajo entendido como acción social, según la clásica expresión de Max Weber". En Montoya Melgar, A.: *Derecho y Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Ob. cit, p.19.

[44] *Ob. cit.* Juan Pablo II. *Carta Encíclica Laborem Exercens*, p. 3.

El trabajo debe ser visto desde la persona[45], trabajo que no es una obligación o un castigo, sino una vía para conseguir lo que toda persona busca en esta vida, que es vivir y desarrollarse como persona integral en la sociedad. Se pasa así de la persona que solo vive para trabajar a la persona que trabaja para vivir. El cambio sociológico en este aspecto está siendo relevante y tiene su base en la bioética laboral.

Por otro lado, en la medida en que el trabajo es, además de humano, social, una concepción de la bioética obliga a que la actividad laboral esté impregnada de comunicación entre empresa y las personas trabajadoras, así como entre la administración y las empresas, de modo que una actitud ética favorece la confianza, la lealtad y la responsabilidad, frente a la imposición o mandato empresarial o administrativo.

El trabajo desde la bioética debe considerarse como algo bueno. Con él la persona consigue no solo desarrollarse de forma integral, sino que también con él se contribuye a una mejora en la familia, en el círculo de convivencia del trabajador, en la sociedad y medio ambiente, en definitiva, el trabajo está orientado al bien común[46]. De ahí que el trabajo debe permitir a la persona una vida digna[47].

### 6.2. Principio de justicia

En el ámbito médico el principio de justicia se traduce en el derecho de todos los sujetos implicados a tener el mismo respeto, reivindicar su derecho a la vida, a la salud y a la equidad en la distribución de recursos sanitarios, o la distribución equitativa de recursos.

En términos semejantes se debe entender la justicia como principio de la bioética laboral, donde las personas trabajadoras deben ser respetados y no discriminados, deben poder trabajar sin perjuicio para su vida o su salud, la carga de trabajo ha de ser acorde con las condiciones personales y han de recibir el salario suficiente, pero también la justicia alcanza al impacto que tiene la empresa y las relaciones laborales en la sociedad y el medio ambiente.

El análisis del principio de justicia en el ámbito laboral afecta también a terceros que no son parte de la relación laboral, como por ejemplo los habitantes del pueblo donde está instalada una fábrica que contamina un acuífero. Por ello, el principio de justicia debe hacer referencia no solo a la igualdad, equidad y no discriminación con los personas trabajadoras, como al impacto que pueden tener las relaciones laborales o el desarrollo del trabajo frente a terceros.

Lo justo en el trabajo está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona. Desde el inicio de la industrialización se instó a que se respetara a los obreros y se sostenía que la finalidad de la producción debía estar al servicio del hombre[48]. Más adelante, se propugnó la necesidad de buscar la justicia social en y con el trabajo[49], y, recientemente es el bien común el que ha de ser inspirador

[45] Sobre cómo se considera el trabajo desde la persona es interesante la Doctrina Social de la Iglesia que analiza Marín Moral, I.: *La Doctrina Social de la Iglesia a la luz del Derecho del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2022.

[46] Sobre el concepto de bien común, véase: De Cendra, J., que lo analiza desde Aristóteles, Santo Tomás y la Doctrina Social de la Iglesia. Recuperado 25 agosto 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=nqvZE4-u4MA.

[47] Esta vida digna debe ser en el plano material, social, cultural y espiritual, teniendo presentes el puesto de trabajo y la productividad de cada uno, así como las condiciones de la empresa y el bien común Pablo VI, *Constitución Pastoral Gaudium et Spes,* 1965, p. 64. Recuperado 12 enero 2023 en https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html

[48] León XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros,* 1891, p. 15. Recuperado 25 noviembre 2022 en https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. *Ob. cit.* Pablo VI., p. 64.

[49] Pero, el necesario análisis antropológico del trabajo se hace patente con JUAN PABLO II que, coherentemente con el personalismo ontológico moderno que defendió, considera que "hay que seguir preguntándose sobre el sujeto

del trabajo, de modo que "las normas jurídicas deben ser orientadas hacia la expansión del empleo, el trabajo decente y los derechos y deberes de la persona humana. Todos ellos son medios necesarios para su bienestar, para el desarrollo humano integral y para el bien común"[50].

El principio de justicia se ha considerado de carácter público y legislado, sin embargo, más allá del positivismo, lo justo en derecho del trabajo, en las relaciones laborales, debe analizarse desde una perspectiva antropológica y de sentido[51]. La persona está llamada al trabajo, se desarrolla con el trabajo y necesita el trabajo. Trabajar decía Carnelutti[52] es más que "una pura cesión de energía humana". Trabajar es "uno de los componentes esenciales para la realización de la vocación del hombre" y el trabajo ""es una clave, quizá la clave esencial, de toda la cuestión social"[53] y debe superarse el "economicismo materialista"[54].

Si se busca la justicia en las relaciones laborales debe hacerse desde la persona como un todo, como parte de la sociedad en que vive y del mundo. De ahí que el principio de justicia de la bioética deba ponerse en primer lugar, ya que a través de él se aspira al bien común y la llamada "justicia social".

Al aterrizar el concepto de justicia a la normativa laboral pero no siempre se alcanza su objetivo. Dice Montoya Melgar[55] refiriéndose a qué es lo justo en el Derecho del trabajo, y después de preguntarse qué es un salario justo o que indemnización habría que pagar al trabajador para que sea justa, que "las grandes ideas se mueven torpemente en el terreno de la práctica". Hablar de justicia en Derecho o en las relaciones laborales es pensar en mejorar, es, en palabras de Jaime Guasp[56] "la tendencia de una sociedad hacia su mejoramiento".

Si por el mero de hecho de tener normativa se pudiera confirmar que existe justicia, no cabría avanzar en el reconocimiento, tutela y garantía de los derechos de las personas trabajadoras, ya que el derecho del trabajo es permanentemente mejora de las condiciones laborales desde la justicia[57].

---

del trabajo y las condiciones en las que vive. Para realizar la justicia social en las diversas partes del mundo, en los distintos países, y en las relaciones entre ellos, son siempre necesarios nuevos movimientos de solidaridad de los hombres del trabajo y de solidaridad con los hombres del trabajo". Y *Ob. cit*. Juan Pablo II. *Carta Encíclica Laborem Excercens,* p. 8.

[50] *Ob. cit*. Francisco I. *Videomensaje* ...

[51] Decía Hervada, que el Derecho exige que la persona sea un ser en relación porque cualquier consideración del hombre desde la perspectiva de lo justo hace referencia a sus relaciones con los demás y con la sociedad. Hervada, J.; *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981, p.30.

[52] Carnelutti, F.: Studi delle energie come oggeto di rapport giuridici. *Studi de Diritto Civile*, Roma, Atheneum, 1916, p.221.

[53] Juan Pablo II, *Mensaje Del Santo Padre Juan Pablo II A Una Conferencia Internacional en el XX Aniversario de la "Laborem Exercens"*, 2001, p. 3. Recuperado 10 febrero 2023 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2001/september/documents/hf_jp-ii_spe_20010914_incontro-lavoro.html#:~:text=3.,a%20%22dominar%20la%20tierra%22.

[54] Dice Juan Pablo II: "A pesar de todo, el peligro de considerar el trabajo como una «mercancía sui generis», o como una anónima «fuerza» necesaria para la producción (se habla incluso de «fuerza-trabajo»), existe siempre, especialmente cuando toda la visual de la problemática económica esté caracterizada por las premisas del economismo materialista". *Ob. cit.:* Juan Pablo II. *Carta Encíclica Laborem Excercens,* p. 7.

[55] *Ob. cit.* Montoya Melgar, A. *Derecho y Trabajo*, p.39.

[56] Guasp, J.: *Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p.305.

[57] Montoya Melgar concluye que "la esencia del Derecho del Trabajo se nos muestra como un factor de cambio social, como un instrumento de progresos incesante en la elevación de las condiciones de vida y trabajo de la humanidad". Y añade que esa es la razón por la que es difícil que el legislador derogue leyes sociales, haciendo referencia a Camerlynck, G. H., Camerlynck, G. H., Lyon-Caen, G.: *Droit du travail*, París, Dalloz, 1972, pp.18 y 19. *Ob. cit*. Montoya Melgar, A. *Derecho y Trabajo*, p.43.

Si lo justo fuera solo lo que está en la norma llegaríamos al absurdo de que lo justo es cambiante. Tal y como sostiene Silberman Abella[58] "con demasiada frecuencia, la ley y la justicia están en una relación disfuncional", por ello, afirma, "necesitamos el estado de justicia, no solo el estado de derecho". La justicia, por tanto, no es el conjunto de normativa, de ahí que sea preciso actuar para que ésta se acerque a la justicia, y esa necesaria labor debe estar informada e inspirada en la dignidad de la persona, la justicia social y el bien común, de ahí la necesidad de la bioética.

Además, la visión antropológica de la justicia en el ámbito laboral debe verse con amplia perspectiva temporal, no solo es importante cómo afectan en el hoy y ahora la relación laboral a la persona, sino en cómo va a repercutir aquello que se hace en el futuro, el impacto en la sociedad y en el medio ambiente. Esto lleva a que deban existir políticas en consonancia desde un punto de vista social y medioambiental pero también desde la propia persona, donde debe hacerse una ponderación con derechos como el de libertad de empresa o mercado[59].

Plasmar qué incluye el principio de justicia en el ámbito de la bioética laboral es por tanto complejo, ya que existe el riesgo de confundir lo que está en la norma con lo que es justo. Por ello, a continuación, a modo ilustrativo, se va a exponer qué es lo que, a juicio de esta autora, debe considerarse justo y debe inspirar la normativa y cualquier acción en el ámbito de las relaciones laborales.

### 6.2.1. Una breve aproximación práctica

Lo justo se conjuga necesariamente con la igualdad y la equidad, que ha de afectar e inspirar los diferentes momentos de la relación laboral de la persona, por tanto, desde la selección y contratación, al cumplimiento del contrato, desarrollo de la relación laboral y su finalización, que puede ser por decisión propia, voluntad empresarial, incapacitación o jubilación.

Las relaciones laborales deben nacer con procesos de selección justos en los que se trate con igualdad y equidad a todos los candidatos, así como se les respete sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo (raza, nacionalidad, edad, sexo[60] …). En este sentido la elección ha de ser lo más objetiva posible y ha de evitarse entrar en la llamada "cultura del descarte" [61], donde las personas son bienes de consumo, que pueden ser utilizados, sometidos a desigualdad y vaciados de derechos.

Durante la relación laboral debe respetarse a la persona en su dignidad porque es lo justo. Esto implica que debe erradicarse cualquier discriminación en la asignación de trabajos o en el desarrollo profesional, pero, también, la empresa ha de ser activa y velar por que esa discriminación provenga

[58] Silberman Abella, R.: "In this mean-spirited moral free-for-all, we need to put justice back in charge", 14 agosto 2023, *Washington Post*. Recuperado 18 agosto 2023 en https://www.washingtonpost.com/opinions/2023/08/14/justice-rule-of-law-ruth-bader-ginsburg-rosalie-abella/. Este artículo que recoge parte del discurso que dio Rosalie Silberman al recoger el premio 2023 Ruth Bader Ginsburg Medal of Honor de la World Jurist Association.

[59] "El derecho de algunos a la libertad de empresa o de mercado no puede estar por encima de los derechos de los pueblos, ni de la dignidad de los pobres, ni tampoco del respeto al medio ambiente, puesto que quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos". Francisco, *Carta Encíclica Fratelli Tutti,* 2020, pp. 121 y 122. Recuperado 12 enero 2023 en https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

[60] *Ob. cit.* Juan Pablo II. *Carta Encíclica Laborem Exercens,* p.19.

[61] El papa Francisco, al hilo de la discriminación en la contratación sostiene que "este descarte se expresa de múltiples maneras, con la obsesión por reducir los costos laborales" y que (en referencia a la discapacidad) muchas personas "sienten que existen sin pertenecer y sin participar", por ello es preciso la "formación de conciencias capaces de reconocer a cada individuo como una persona única e irrepetible". *Ob. cit*. Francisco: *Carta Encíclica Fratelli Tutti,* p. 18.

de otros empleados dentro de la empresa y, por ello, ha de actuar de forma activa para evitar el acoso en el centro de trabajo.

Otra manifestación del principio de justicia alcanza a los salarios, que han de ser acordes al mercado laboral y el nivel de vida existente, deben tener consideración las habilidades y experiencia ostentadas por el trabajador y reconocer el desempeño realizado. El salario justo debe permitir al trabajador vivir de forma digna[62] y, por ello, debe recibirlo en tiempo y forma. La Carta Social Europea ahondando en este derecho dice que "todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoro"[63]. La transparencia salarial es también una manifestación de la justicia dado que permite constatar la inexistencia de desigualdades o falta de equidad.

Para que haya justicia es preciso que exista seguridad en el trabajo, se vele por la salud ocupacional con el apoyo emocional y psicológico las personas trabajadoras que precisen por razón de su desempeño y se propicie un clima laboral adecuado.

Se ha de considerar que existe justicia en el trabajo cuando se garantizan los descansos laborales y los llamados "horarios humanos"[64], que permiten al hombre desarrollarse plenamente como persona y como ser social, pudiéndose dedicar a su desarrollo personal, a su familia y a la comunidad a la que pertenece.

Además, el propio trabajo desempeñado debe ser en sí justo, lo que supone que no ha de consistir en actividades ilegales o ilegítimas, ni trabajos en los que se utilicen proveedores que vulneran los derechos fundamentales. El trabajo debe ser digno, lo que permite al hombre evolucionar, crecer y crear un mundo mejor para su generación y generaciones futuras. El trabajo digno es una prioridad, no solo desde la persona y la justicia sino también por razones económicas[65]. Por ello el trabajo y la economía deben conjugarse con la persona, y deben aspirar al bien común y la justicia social.

El trabajo será justo cuando los esfuerzos realizados por el trabajador sean acordes al fin que se persigue, debiendo existir esa ponderación. No es justo exigir aquello que es imposible que el trabajador pueda hacer o que atente contra su integridad física o mental. Esto obliga no solo a la empresa, que deberá esforzarse en la equidad, sino también al trabajador que deberá ser responsable y cumplir con las obligaciones que dimanan del contrato de trabajo. No existe justicia si el empresario paga un salario por un trabajo no realizado.

Para alcanzar la justicia en el trabajo es preciso, más allá del cumplimiento de la normativa, que la empresa oriente su actividad hacia el respeto de la dignidad humana que todo trabajador merece, pero también de su entorno en el que repercute, favoreciendo la reducción de la pobreza, la sostenibilidad medioambiental y el bien común; y, finalmente el propio trabajador tiene la obligación

[62] El Tratado de Versalles adoptado en 1919, en su art. 427 puso el foco en el trabajo que permitía asegurar la paz y coadyuva a la justicia y humanidad y siendo conscientes de "la necesidad del bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales" y dando por sentado que "el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio". Por ello, se acordó "3º El pago a los obreros de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, según el criterio de la época y el del país de que se trate. Recuperado el 29 julio 2022 en https://www.cervantesvirtual.com/obra/tratado-de-versalles/

[63] Carta Social Europea, Objetivo 4 de la Parte I, https://rm.coe.int/168047e013

[64] Así los llama Juan Pablo II: *Carta Encíclica Centesimus Annus,* 199, p. *15*. Recuperado 15 noviembre 2022 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html

[65] Benedicto XVI (2009). *Carta Encíclica Caritas In Veritate,* p. *32*. Recuperado 14 abril 2023 en https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html.

de trabajar y respetar el trabajo como algo que le permite no solo vivir sino también participar en la creación de un mundo mejor, ya que toda evolución precisa de la persona como palanca de acción.

### 6.3. Principio de no maleficencia

El principio de no maleficencia se basa en el principio hipocrático de *Primum non nocere*, no hacer daño. En el ámbito laboral supone que la empresa no puede utilizar su posición y conocimientos para hacer daño a las personas trabajadoras, ya sea intencionadamente o por negligencia, y obliga a aquella a tomar medidas para evitar que se produzcan esos perjuicios, que pueden ser físicos, psicológicos o sociales.

La manifestación actual del principio de no maleficencia es la diligencia debida que se exige a las empresas y que impone el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea debiéndose proteger los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidas en Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Tal y como establece la OCDE "El objetivo de la debida diligencia es, ante todo, evitar causar o contribuir a impactos negativos sobre las personas, el medio ambiente y la sociedad, e intentar evitar los impactos negativos directamente vinculados a las actividades, productos o servicios de las relaciones comerciales. Cuando no se puede evitar la participación en impactos negativos, la debida diligencia debe permitir a las empresas mitigarlos, prevenir su recurrencia y, cuando corresponda, repararlos"[66].

La aplicación del principio de no maleficencia en el ámbito laboral comporta un respeto de la dignidad de la persona del trabajador y, entre otros, supone la promoción de un ambiente solidario[67], seguro y saludable en la empresa. Se trata de que la empresa actúe con diligencia debida, debiendo contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos, en coherencia con Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de la ONU[68].

En lo que respecta al ambiente seguro, Muñoz Poblete[69] plantea los diferentes dilemas bioéticos que existen siendo uno de los más relevantes "la protección de la vida y salud de las personas trabajadoras versus la generación de bienes y riqueza, que debiera conducir al desarrollo y bienestar de un país". Y pone el foco en el riesgo olvidar o dejar en un segundo plano "los riesgos de exposición crónica, muchas veces, silenciosos e invisibles, que manifiestan sus consecuencias a largo plazo" o en lo que implica la introducción de innovaciones tecnológicas y organizativas a los procesos de trabajo como sinónimo de ganancia y atracción de inversiones con el fin de mantener competencia en el mercado a costa de la persona. Precisamente por el impacto en las personas trabajadoras y por cómo afecta a la salud y respeto de la dignidad de la persona es por lo que la bioética es de plena aplicación.

La relación del principio de no maleficencia con la seguridad en el trabajo se manifiesta en la responsabilidad de la empresa de no poner a las personas trabajadoras en riesgo por el desempeño de sus funciones laborales, lo que alcanza al lugar de trabajo que ha de ser seguro y digno, así como a todos los elementos que puede necesitar el trabajador para desempeñar su trabajo con seguridad.

---

[66] OCDE. *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. Pág. 19. https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf

[67] Juan Pablo II (1987). *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis,* p. *39*. Recuperado 28 enero 2023 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html

[68] ONU, Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

[69] En Muñoz Poblete, C. y Vanegas López, J.: "Enfoque desde la Bioética de la relación Trabajador  Riesgo Laboral: Un tema pendiente por ser abordado". *Trabajo y sociedad*, nº 20, 451. Recuperado 12 septiembre 2023, en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1514-68712013000100027&lng=es&tlng=es .

Esto obliga a la empresa a proteger a las personas trabajadoras en el desarrollo de sus funciones y facilitar un entorno de trabajo seguro y digno, lo que, en muchos casos, supondrá el cumplimiento de normativa de seguridad laboral siempre que esta sea justa y suficiente. No basta el cumplimiento normativo sino su evaluación desde la bioética.

Se puede hacer daño por omisión, por esto es preciso que el empleador conozca los riesgos que asume el trabajador cuando realiza su desempeño, riesgos que pueden ser físicos, químicos, biológicos, ergonómicos o psicosociales. La empresa podría hacer daño al trabajador si le obliga a desarrollar sus actividades de manera insegura a sabiendas de que existe un riesgo para su salud, para su integridad física o psíquica. En consecuencia, la empresa para no hacer daño debe conocer qué es lo que puede producir ese daño y ello implica un análisis del puesto de trabajo y de sus riesgos.

De igual forma, el trabajador debe conocer los riesgos que asume para adoptar las medidas que considere para su integridad física o mental. Por ello, la empresa para no hacer daño debe dar formación en salud laboral y en planes de emergencias, que debe ser permanente, clara y accesible, y debe promover la cultura de seguridad laboral con el fin de que los daños al trabajador no existan o se minimicen. La ocultación de la información sobre riesgos o la falta de formación para evitar que el trabajador sufra daños iría contra el principio de no maleficencia.

Existen dos riesgos específicos de gran actualidad que exigen un tratamiento diferenciado: el acoso y el estrés laboral.

El acoso y discriminación o la omisión de la empresa en la gestión de este riesgo supone un daño psicológico al trabajador que no se ve. Es una forma de hacer daño y por lo tanto ir contra el principio de no maleficencia. Las empresas deben establecer políticas y protocolos claros en centro de trabajo, lo que supone un estudio y reflexión sobre lo que permite preservar la dignidad de la persona. Esto implica que ha de concretarse en cada caso en concreto qué se considera acoso y discriminación, y debe incluir no sólo los comportamientos físicos, sino también los verbales o visuales que puedan crear intimidación al trabajador, sean ofensivos o creen un clima de trabajo hostil.

Para "no hacer daño", ya sea de forma activa o por omisión, la empresa debe sensibilizar y formar a sus personas trabajadoras, enseñándoles qué conductas son contrarias a la dignidad de la persona y encajan en el acoso y discriminación, sea esta por razón de género, pero también por orientación religiosa, sexual, origen, etnia o cualquier otra razón.

Por otro lado, debe establecer cauces para que se pueda proteger al trabajador, como pueden ser canales de denuncias seguros y confidenciales, debiendo la empresa ser diligente, investigar de forma objetiva y, en caso de constatar la concurrencia de una conducta ilícita o inapropiada, tomar cuantas medidas estén a su alcance para evitar que el trabajador afectado siga sufriendo. Estas medidas pueden ser traslados, suspensiones e incluso despidos de aquel que cause el daño que la empresa combate.

La implantación y promoción de una cultura ética y de respeto de la dignidad de la persona en la empresa en la medida que afecta a la vida de la persona trabajadora y su entorno, encaja en el marco del principio de no maleficencia y por ello es parte de la bioética laboral.

Otra forma de velar por la salud del trabajador es proteger el cuidado de su salud mental, que es fundamental para su bienestar, para su vida diaria, para el desarrollo de su trabajo de forma efectiva y satisfactoria, pero también puede afectar a su entorno social. Para ello la empresa debe concienciar y sensibilizar a loa personas trabajadoras sobre la salud mental en el centro de trabajo, cómo identificar problemas o dónde o cómo pueden buscar apoyo o ayuda. Debe promover un ambiente de trabajo

saludable y positivo, verificando las cargas de trabajo, gestionando bien los tiempos de trabajo, adoptando medidas contra el estrés laboral creando una cultura de relaciones entre los empleados, favoreciendo con su actividad el bienestar del empleado.

Si es importante para no hacer daño velar por la salud del trabajador, también lo es respetar los derechos laborales de la persona trabajadora, persiguiendo un tratamiento igual, digno y basado en la justicia. Por eso, la empresa "hace daño" cuando no paga los salarios justos, no facilita condiciones de trabajo dignas, no respeta la jornada de trabajo diaria, los descansos semanales o las vacaciones, o permite la explotación o abuso laboral. También la empresa "hace daño" cuando impide con su acción u omisión que la persona trabajadora pueda acceder a la sanidad, tener una prestación en caso de accidente o jubilación, o conciliar su vida laboral con la personal y familiar.

Se "hace daño" si no se respeta la igualdad de oportunidades de las personas trabajadoras, y no se respeta a la persona, su dignidad, su libertad religiosa e ideológica, su condición física u orientación sexual, entre otras. El respeto de la persona como ser único y social, así como necesaria para alcanzar el fin del bien común, debe extenderse desde el proceso de contratación, al desarrollo de la actividad laboral y la finalización de la relación contractual.

Y, la empresa "hace daño" cuando impide que las personas trabajadoras tengan sus representantes o cuando limita su acción sindical o la participación en sindicatos, que en ocasiones alcanza o la negociación colectiva.

Por último, la empresa también "hace daño" cuando se dan otras situaciones ya enunciadas en el apartado de la justicia, como es la utilización de terceras empresas que tienen personas trabajadoras en situación de esclavitud o de abuso laboral[70], cuando se fabrican o gestionan productos ilegales o que exigen unos requisitos de autorización y especial seguimiento (como drogas o armas) o cuando se fabrica sin atender al cuidado del medio ambiente haciendo, por ejemplo, vertidos a ríos o contaminando el aire.

### 6.4. Principio de beneficencia

El principio de beneficencia en bioética laboral es el contrapunto al principio de no maleficencia[71]. Si con este último se buscaba no hacer daño, con el de beneficencia se persigue una actitud proactiva de la empresa en favor del trabajador promoviendo su bienestar, su salud y seguridad, así como su impacto positivo en el mundo que rodea a la empresa, tanto personal como medioambiental.

No es preciso que se haya producido un daño para actuar, sino que la empresa debe adelantarse y adoptar políticas y medidas que hagan que el trabajador se desarrolle personal y profesionalmente de forma más digna, que el trabajo no le afecte negativamente y que sepa que se garantizan sus derechos. Por ello, el principio de beneficencia parte siempre del respeto de los derechos humanos, del trabajo digno y una búsqueda del bien común. En este sentido debe destacarse que ONU en el documento "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos", se insta a que las empresas respeten los derechos humanos que significa "que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación" y ello abarca "como mínimo, los derechos enunciados en la

[70] Esto además vulneraría la Carta Social Europea.

[71] Hay autores que consideran que el principio de beneficencia debe ceder ante el de autonomía y, por tanto, lo relevante es el derecho individual de libertad, entre ellos: Engelhardt, H. T.: *Los fundamentos de la bioética,* Barcelona, Editorial Paidós, 1995, p.154.

Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo".[72].

La gestión del principio de beneficencia por la empresa la obliga a trabajar la equidad y la justicia, lo que supone no solo la no discriminación sino también la trasparencia. Ello permite al trabajador ser consciente de que las decisiones empresariales están adoptadas de acuerdo con criterios de igualdad de oportunidades y de trato justo. En este punto deben adoptarse políticas específicas no solo de actuación sino también de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras (o sus representantes). De esta forma el trabajador podrá tener información necesaria para saber cómo promover profesionalmente o cuándo podrá hacerlo, o qué hacer para tener un mejor salario. Una información detallada da al trabajador herramientas para mejorar y desarrollarse como persona.

Por el contrario, una actitud empresarial errática en sistemas de promoción o de retribuciones contribuye a crear diferencias y malestar entre las personas trabajadoras y, en último término, puede afectar a su salud mental, además de generar falta de compromiso con la empresa lo que comporta un trabajo peor hecho y un mayor riesgo de accidentes.

Incluido en el principio de beneficencia está una actitud proactiva de la empresa tendente a promover la salud, seguridad, bienestar, igualdad de las personas trabajadoras cumpliendo los derechos humanos y laborales, pero también mejorando el clima laboral. La empresa, más allá de lo establecido en la norma, puede actuar para mejorar la situación del trabajador y esto se puede hacer desde comprando máquinas o equipos de seguridad mejores hasta contratando un seguro de salud para los empleados.

El principio de beneficencia busca hacer el bien, tanto a empleados como al entorno. La empresa está en el mundo con el que interacciona y donde también impacta. Por ello la acción empresarial debe influir positivamente en la sociedad, tender al bien común y debe favorecer la sostenibilidad. De ahí que la protección del medio ambiente, el apoyo cultural o la reducción de pobreza comienzan a incorporarse en las políticas empresariales de la mano de este principio de beneficencia.

Una manifestación de ello es la llamada responsabilidad social corporativa o empresarial, que el Libro Verde de la Unión Europea[73] define como la "integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores". Más recientemente, existe una propuesta de Directiva[74] de diligencia debida en la que se promoverá "el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, crearía una igualdad de condiciones para las empresas dentro de la Unión[75]".

En la responsabilidad social no solo han de tenerse en cuenta normativas y soft law (libros blancos y códigos éticos), sino también es de gran relevancia el diálogo social y una conciencia empresarial clara de querer ser responsable. Como dice la Comisión Europea hay una nueva definición

[72] https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

[73] Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 2001, Recuperado 12 julio 2023 en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf .

[74] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/

[75] Consejo de la Unión Europea, *Expediente interinstitucional: 2022/0051(COD*, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6533-2022-INIT/es/pdf

de la responsabilidad social corporativa: "la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad"[76].

En el marco de la responsabilidad social corporativa la empresa orienta su producción y venta hacia prácticas sostenibles con el medio ambiente, reduciendo emisiones o utilizando recursos naturales de forma responsable, introduciendo el reciclaje, así como la innovación y el desarrollo sostenible con impacto positivo tanto en la sociedad como el medio ambiente. Pero también la responsabilidad social corporativa o empresarial se orienta a introducir criterios de contratación de proveedores que acrediten cumplimiento de derechos humanos y buenas prácticas laborales, donde la persona tenga un trabajo digno y, además, sean empresas comprometidas con el cuidado del medio ambiente y con una gobernanza responsable, lo que lleva a la implantación de mecanismos de detección y evitación de prácticas corruptas, de fraudes, de blanqueo o cualquier otra acción que no se ajuste a la ley o que dañe de forma directa o indirecta a la sociedad.

El principio de beneficencia, por tanto, tiene un enfoque proactivo con las personas trabajadoras, pero también social, lo que implica un compromiso de la empresa con la comunidad en la que está situada, favoreciendo programas de apoyo social, invirtiendo en necesidades de la zona o cualquier otra acción que pueda beneficiar a la comunidad o a grupos vulnerables o con necesidades especiales.

### 6.5. El principio de autonomía

El principio de autonomía en el ámbito de la bioética tiene su base en el derecho de toda persona a tomar decisiones libremente de acuerdo con sus ideas, moral o religión.

En el ámbito laboral esa libertad de la persona se manifiesta en la toma de decisiones en su trabajo y sobre su vida laboral. Para ello es preciso que esas decisiones, libres y conscientes, se adopten de manera informada, lo que obliga a las partes a un esfuerzo en la comunicación. Solo si el trabajador entiende lo que la empresa le plantea o le pide, puede tomar una decisión. Esto conduce a la necesaria comunicación como deber inherente a la relación laboral previa a la toma de decisiones por la empresa que puedan perjudicar al trabajador o que cambien algún aspecto relacionado con su actividad. Esta comunicación puede ser también un diálogo y una negociación que la administración debe permitir y favorecer.

Por otro lado, el principio de autonomía en las relaciones laborales obliga al respeto de decisiones de las personas trabajadoras basadas en su ideología, moral o religión, lo que supone que no puede haber discriminación, pero que también plantea el impacto que dichas decisiones pueden tener en otros derechos (un ejemplo es el uso de una determinada vestimenta por motivos religiosos que puede afectar a la seguridad laboral, o la decisión del trabajador de no trabajar determinados días laborables por ser festivos en su religión, entre otros casos).

Al igual que en el ámbito médico, en el laboral existen, cada vez más, las decisiones relacionadas con el desarrollo de las relaciones laborales en las que hay un impacto religioso. Esto obliga a que sea necesario ponderar los derechos de la persona trabajadora, con los derechos de las demás personas trabajadoras y los de la empresa y terceros que pudieran verse afectados. Una forma de resolver estas cuestiones puede ser la existencia de transparencia en las políticas laborales, siendo una cuestión que merece un tratamiento específico.

[76] Sobre el concepto de RSC y el papel de los poderes públicos, sindicatos y la propia empresa, véase: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:ES:PDF

### 6.5.1. Una breve aproximación práctica al principio de autonomía

La persona trabajadora debe ser partícipe de la toma de decisiones que le afectan por razón del trabajo, comenzando con la elección libre de su trabajo[77]. Por eso la empresa debe dar información completa y comprensible y el trabajador es libre de decidir si quiere o no un contrato, si acepta o no unos cambios de condiciones. En definitiva, se trata de velar por la dignidad del trabajador y su libertad, contribuyéndose así a que no se pueda imponer la esclavitud, jornadas indefinidas de trabajo o condiciones infrahumanas, o utilizarle personalmente o sus datos para fines diferentes al contrato de trabajo. La posibilidad del trabajador de decidir, libremente y a partir de la información recibida es una forma de reconocerle dignidad.

Esta libertad de elección se manifiesta en contratación y en las vicisitudes que tienen lugar en la dinámica laboral. Cuando el trabajador decide entrar a trabajar lo hace en base a una oferta de trabajo, en base a las condiciones laborales[78] del trabajo que se presentan y que debe alcanzar al tiempo de trabajo, salarios, derechos de conciliación, responsabilidades y cualquiera otra materia que pueda ser determinante para su dignidad. Dada la actual normativa, es acorde con la bioética laboral que se tomen medidas para ir avanzando hacia una mayor transparencia en la comunicación del contenido de la relación laboral para que la decisión del trabajador sea libre e informada.

Respetar la autonomía del trabajador en los cambios de condiciones laborales que le afectan forma parte de la bioética laboral al igual que permitirle que participe activamente, por sí o a través de sus representantes, junto con la empresa en la toma de decisiones que afectan a sus condiciones laborales, como puede ser la planificación del trabajo, la definición de objetivos o la negociación de políticas y prácticas laborales, pero también cuando pueda afectarle a su vida personal y familiar.

Dentro de la bioética laboral en el desarrollo de la actividad laboral libremente elegida está también el derecho de la persona trabajadora a expresar sus opiniones, alternativas, preocupaciones y sugerencias en relación con la información que se le ha facilitado o con los cambios propuestos, lo que no debe implicar que el trabajador tenga la última palabra o decisión ya que la comunicación no implica *per se* la delegación de competencias de decisión empresarial en las personas trabajadoras.

En el marco de la transparencia y de la comunicación, que empodera al trabajador y lo dignifica, es esperable que todo cambio lleve consigo un seguimiento y una información sobre los logros conseguidos o el impacto generado, pero también sobre si es preciso seguir realizando cambios o modificando el enfoque dado. Por ello, la comunicación ha de ser constante.

Otra manifestación de la autonomía laboral es el derecho del trabajador a trabajar con seguridad laboral, que es uno de los derechos de la Carta Social Europea[79], por ello debe darle cumplida información sobre riesgos laborales, sobre todo cuando del cumplimiento del contrato pueden derivarse riesgos para su salud o seguridad. Sería deseable, desde una perspectiva bioética, que esta información pudiera tenerla el trabajador antes de que opte por trabajar en la empresa, ya que, en cierta forma, su salud puede verse afectada,

[77] La Carta Social Europea Parte I, 1 dice: toda persona tiene derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido" e insta a las partes para que en sus políticas se hagan efectivos los derechos, entre ellos, el citado. Además, añade en el 9, que "toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses". https://rm.coe.int/168047e013

[78] Estas condiciones laborales, de acuerdo con la Carta Social Europea, deben ser equitativas. Principio 2, Parte I, de la Carta Social Europea, https://rm.coe.int/168047e013

[79] Carta Social Europea, Parte I, 3: Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo", https://rm.coe.int/168047e013

Otra manifestación del principio de autonomía es el derecho del trabajador a decidir sobre sus datos y tomar decisión sobre los tratamientos que va a permitir a la empresa cuando estos exceden del cumplimiento normativo y el contrato laboral[80], como pudiera ser en el caso de datos médicos que pudieran recogerse en la empresa o de pruebas médicas que quieran realizarse. Si la empresa no dispone de legitimidad para el tratamiento de estos debe informar y solicitar el consentimiento expreso, siendo libre el trabajador de decidir qué quiere que se hagan con sus datos.

La posibilidad de tratamientos de datos sin control del trabajador en un momento en el que la tecnología está en constante desarrollo y donde el *big data* escapa de su control, la utilización de dichos datos sin que libremente se hayan otorgado, le pueden generar graves perjuicios, discriminaciones, pero también atentar contra su propia dignidad. De ahí que las empresas deben ser proactivas en la gestión y tratamiento de datos en el marco legal, pero, más allá, deben valorar si con esos tratamientos puede afectarse no solo al trabajador sino a lo que le rodea, de ahí que debemos hablar de bioética y, en el ámbito de la empresa, de bioética laboral.

En la misma línea la empresa debe informar y pedir consentimiento al trabajador cuando se le quiere utilizar en investigaciones o estudios laborales, o de salud en la empresa. El consentimiento en este caso supone informar a la persona trabajadora sobre los objetivos del estudio, los procedimientos que se van a seguir, el impacto que puede tener en su persona, los posibles beneficios y riesgos, y el derecho a retirarse en cualquier momento sin consecuencias negativas para su empleo.

Finalmente, en toda política empresarial de información, contratación y modificaciones de contrato es también importante introducir la negociación colectiva, a través de la cual se manifiesta también el principio de autonomía. La posibilidad de que los sindicatos puedan estar en la empresa y puedan negociar de forma conjunta para las personas trabajadoras condiciones de mejora en su trabajo[81], refuerza el derecho individual de cada trabajador a defender sus intereses y derechos laborales, y permite que la toma de acuerdos se haga buscando el interés general y bien común.

## 7. CONCLUSIONES

Los cambios a los que está sometido el mercado laboral, donde las fronteras comienzan a desaparecer y la tecnología se implanta con una visión meramente económica, obliga a revisar las relaciones laborales y el trabajo desde la bioética, ya que afectan a la vida de las personas (no solo a las trabajadoras), a la sociedad y al medio ambiente. Hoy el futuro del mundo se escribe desde el trabajo a través de tecnología y por ello es necesario que existan unos criterios de ética de la vida para que la persona sea respetada, la sociedad avance justamente y el medio ambiente se preserve. Por esta razón debe entenderse la bioética en sentido amplio, multidisciplinar, incluyendo disciplinas más allá de la sanitaria.

Para ello, una de las formas de dar luz a los avances y posibles conflictos es tener como referencia los principios de la bioética (principialista), sin perjuicio de su interpretación desde la persona, por la antropología subyacente en las relaciones laborales. Estos principios deben aplicarse, pero sobre todo conocerse dado que tradicionalmente han quedado asociados al ámbito sanitario.

[80] Sobre la legitimidad del uso de datos personales en el ámbito de la empresa véase: Luján Alcaraz, J.: "Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo", *Aranzadi social*, nº 5, 2003, pp.133-146 y González Biedma, E: "Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138, 2017, pp.223-247.

[81] En este sentido al Carta Social Europea, Parte I, 22, Ob. Cit, sostiene que "Los trabajadores tienen derecho a tomar parte en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa".

En el ámbito laboral la aplicación de los principios de la bioética debe tender a conseguir como objetivo la dignidad de la persona, la justicia social y el bien común. Por ello, la persona y el respeto de su dignidad debe ser la inspiradora y canalizadora de cualquier norma, decisión o medida que se tome en las relaciones laborales, tanto por la empresa, la sociedad o el poder legislativo o político.

A pesar de que se ha realizado un análisis desde la bioética principialista no puede obviarse el alcance de la antropología en las relaciones laborales y, por tanto, aquella debe convivir y entenderse con el personalismo ontológico moderno.

Las formas dignas de trabajo, sus consecuencias sociales, su contenido y su afectación al medio ambiente se valoran de forma diferente por la sociedad según países y cultura. Por ello, los principios de la bioética, que deben ser aterrizados en cuestiones concretas como las que se han expuesto, han de ser una vía para avanzar hacia unas relaciones laborales más humanas y comprometidas con la sociedad y el planeta.

## 8. BIBLIOGRAFÍA


Alarcos Martínez, F. J.: *Bioética global, justicia y teología moral*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005.

Alonso Olea, M.: *Introducción al derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 5ª ed., 1994, p. 46.

Arendt, H.: *The Human Condition, Chicago*, University of Chicago Press, 1958.

Beauchamp, T. L. y Childress, J. F.: *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Aristóteles: *Política*, Madrid, Biblioteca Básica Gredos, 1988, p. 50.

Benedicto XVI: *Carta Encíclica Caritas In Veritate,* 2009. Recuperado 14 abril 2023 en https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html

Berti García, B.: "Los principios de la Bioética", *Prudentia Iuris*, nº 79, 2015.

Blázquez Fernández, N.: "Bioética: La nueva ciencia de la vida", *Biblioteca de autores cristianos*, 2000.

Camerlynck, G. H., Camerlynck, G. H. y Lyon-Caen, G.: *Droit du travail*, París, Dalloz, 1972.

Cardona Ramírez, C.M.: "El desarrollo de la bioética en Latinoamérica y el aporte desde el Franciscanismo", *El Ágora USB*, Medellin-Colombia Vol. 10, núm. I, 2010.

Carnelutti, F.: Studi delle energie come oggeto di rapport giuridici*, Studi di Diritto Civile,* Roma, Atheneum, 1916.

Casado, M., Casado González, M., Bergel, S. D.: "Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento. Informe Belmont de 30 de septiembre de 1978. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos", *Las leyes de la bioética*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Comisión de las Comunidades Europeas: *Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. 2001. Recuperado 12 julio 2023 en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf .

Comisión nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento: "El Informe Belmont. Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación". 1979. Recuperado 12 septiembre 2023 en https://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf

De Cendra, J.: *Concepto de bien común*. Recuperado 25 agosto 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=nqvZE4-u4MA.

Meda, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Ed. Gedisa, Col. Hombre y Sociedad (trad. Marc Vallés), 1998.

Engelhardt, H. T.: *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Editorial Paidós, 1995.

Francisco: *Carta Encíclica Fratelli Tutti.* 2020, Recuperado 12 enero 2023 en https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

Francisco I: *Videomensaje del Santo Padre con motivo de la 109 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra 17 de junio de 2021, 2021 https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/pont-messages/2021/documents/20210617-videomessaggio-oil.html

Francisco: *Documento sobre la fraternidad humana por la paz mundial y la convivencia común*, 2019. Recuperado 15 junio 2023 en https://www.vatican.va/content/francesco/es/travels/2019/outside/documents/papa-francesco_20190204_documento-fratellanza-umana.html

García, J. J.: "Bioética personalista y bioética principialista. Perspectivas", *Cuadernos de Bioética* XXIV, 2013, págs. 68 y ss. Recuperado el 6/08/2023 en http://aebioetica.org/revistas/2013/24/80/67.pdf

García Llerena, V. M.: *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas,* Granada, Editorial Comares, 2012.

Garzón, F. A.: "Fritz Jahr: ¿El padre de la bioética?" *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 9, núm. 2, 2009.

Gómez, G. I.: *Bioética del Trabajo*, Palmira, Colombia, Gómez Marín, G. I. (Ed.), 2013. Recuperado 1 julio 2023 https://bioeticadeltrabajo.org/publicaciones/

González Biedma, E.: "Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138, 2017.

Gracia, D.: *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

Guasp, J.: *Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.

Hervada, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981.

Juan Pablo II: *Carta Encíclica Laborem Exercens*, 1981. Recuperado 21 septiembre 2022 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html .

Juan Pablo II: *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis.* 1987. Recuperado 28 enero 2023 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html

Juan Pablo II: *Carta Encíclica Centesimus Annus,* 1991. Recuperado 15 noviembre 2022 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html

Juan Pablo II: *Mensaje Del Santo Padre Juan Pablo II A Una Conferencia Internacional en el XX Aniversario de la "Laborem Exercens"*, 2001. Recuperado 10 febrero 2023 en https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2001/september/documents/hf_jp-ii_spe_20010914_incontro-lavoro.html#:~:text=3.,a%20%22dominar%20la%20tierra%22.

León XIII: *Carta Encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros,* 1891. Recuperado 25 noviembre 2022 en https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

López Vélez, L.E. y Zuleta Salas, G.L.: "El principio de beneficencia como articulador entre la teología moral, la bioética y las prácticas biomédicas", *Franciscanum. Revista de las Ciencias del Espíritu*, Vol. 62*,* nº174, 2020.

Luján Alcaraz, J.: Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo. *Aranzadi social*, núm. 5, 2003.

Marín Moral, I.: *La Doctrina Social de la Iglesia a la luz del Derecho del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2022.

Montoya Melgar, A.: *Derecho y Trabajo*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi-Civitas, 2016.

Muñoz Poblete, C y Vanegas López, J.: Enfoque desde la Bioética de la relación Trabajador - Riesgo Laboral: Un tema pendiente por ser abordado. *Trabajo y sociedad*, nº 20, 2013.

Pablo VI: *Constitución Pastoral Gaudium et Spes*, 1965. Recuperado 12 enero 2023 en https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html.

Potter, V. R.: *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs, New Jersey. Prentice-Hall, 1971.

Silberman Abella, R.: "In this mean-spirited moral free-for-all, we need to put justice back in charge", 2023, *Washington Post*. Recuperado 18 agosto 2023 en https://www.washingtonpost.com/opinions/2023/08/14/justice-rule-of-law-ruth-bader-ginsburg-rosalie-abella/

Siurana Aparisi, J. C.: "Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural", *Veritas*, núm. 22, 2010.

Snead, O. C.: *What It Means to Be Human: The Case for the Body in Public Bioethics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2020.

Somavía, J.: *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2014.

Suárez-Rodríguez, J.: "El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática", *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas,* vol.16, nº 30, 2016.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral

# The role of the public employment service after Law 3/2023 of February 28: from the matching of employment offers and demands to the provision of a comprehensive labour intermediation service

Esther Guerrero Vizuete *Profesora Lectora Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universitat Rovira i Virgili*
https://orcid.org/0000-0001-9710-4823

Cita Sugerida: GUERRERO VIZUETE, E. «El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 147-162.

**Resumen**

La Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo contiene un cambio importante en la configuración de la intermediación laboral con el objetivo declarado de impulsar un tránsito más rápido y eficiente del desempleo al empleo, al tiempo que estructura un conjunto de servicios destinados a favorecer la empleabilidad de las personas demandantes de empleo. Se pretende de este modo corregir las deficiencias que tradicionalmente se han venido advirtiendo en la actuación de nuestro servicio público de empleo y que le han llevado a ocupar la última posición en los indicadores de eficiencia establecidos por la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo (PES Network). El presente trabajo analiza el concepto de intermediación laboral que introduce el nuevo texto normativo y el papel protagonista que atribuye a los servicios públicos de empleo para favorecer una adecuada orientación, acompañamiento y colocación de quienes demandan su incorporación en el mercado de trabajo.

**Palabras clave**

Intermediación laboral; Servicio público de empleo; Empleabilidad

**Abstract**

Law 3/2023 of 28 February on Employment contains an important change in the configuration of labour intermediation with the declared aim of promoting a faster and more efficient transition from unemployment to employment, while at the same time structuring a set of services designed to promote the employability of job seekers. The aim is to correct the deficiencies that have traditionally been noted in the performance of our public employment service and which have led it to occupy the last position in the efficiency indicators established by the European Public Employment Services Network (PES Network). This paper analyses the concept of labour intermediation introduced by the new regulatory text and the leading role attributed to the public employment services to favour adequate guidance, accompaniment and placement of those seeking incorporation into the labour market.

**Keywords**

Job intermediation; Public employment service; Employability

## 1. INTRODUCCIÓN

El trámite parlamentario que ha precedido a la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo, nos ha dejado opiniones encontradas sobre su previsible alcance y efectividad. Lo que para unos es un texto declarativo, con mejoras muy puntuales, que adolece de un sesgo centralizador y privatizador en el que no se abordan los temas estructurales del empleo, para otros, abre posibilidades en la gobernanza

Fecha Recepción: 29/01/2024 - Fecha Revisión: 26/02/2024 - Fecha Aceptación: 04/03/2024
Págs. 147-162

de Comunidades Autónomas y municipios, mejora los itinerarios formativos, garantiza un catálogo común de servicios y promueve la transformación de la intermediación laboral[1].

De la necesidad y oportunidad de su publicación da buena cuenta su Exposición de motivos. Enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el componente 23 titulado "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo, dinámico, resiliente e inclusivo" aborda la modernización de las políticas activas de empleo como instrumento que facilitará una reforma del mercado de trabajo. Se persigue así adecuarlo a la realidad y necesidades actuales, incidiendo en la reducción del desempleo estructural y del paro juvenil, la corrección de la dualidad, el impulso de la formación del capital humano y el aumento de la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas de empleo. Unos objetivos, sin embargo, que no pretenden nada nuevo. Anteriormente, la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo, y su texto normativo que fue objeto de posterior refundición a través del Real Decreto Legislativo 3/2015 de 23 de octubre, también se dirigía a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo así como las oportunidades de incorporación al mismo, estableciendo un concepto de políticas activas de empleo adaptado a un contexto de excesiva temporalidad y escasa participación de los servicios públicos de empleo en la intermediación laboral.

A lo largo del actual texto normativo se reiteran las menciones a un trabajo digno[2], de calidad, estable, para lo que se propone, entre otros objetivos, potenciar el incremento de las oportunidades de acceso a un empleo asalariado o autónomo mediante un aumento significativo de "la capacidad de nuestras instituciones laborales para recualificar, orientar y ayudar a las personas que buscan empleo"[3]. En cierto modo, estamos ante una Ley que pone el foco de atención en la gestión de los servicios públicos de empleo y en la empleabilidad de las personas, tanto ocupadas como desempleadas, y para ello redefine las estructuras que permitirán alcanzar ese objetivo potenciando el papel que corresponde a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (SPEA) en cuanto intermediarios laborales[4]. Una atención particularmente necesaria, máxime si tenemos en cuenta las valoraciones tradicionalmente negativas de que son objeto. En este sentido, a finales de 2023, la red European Public Employment

[1] *La autora es miembro del grupo de investigación *Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad* reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departamento de Investigación y Universidades de la Generalitat de Cataluña (2021 SGR 00162).
*Vid.* Diario de sesiones del Congreso, sesión plenaria núm. 228 de 21 de diciembre de 2022. En otro orden de cosas, también ha sido criticada su deficiente técnica legislativa o la ausencia de los interlocutores sociales en el proceso de elaboración de la norma, quedando relegada su participación a las observaciones que formularon en el proceso de consultas. Navarro Nieto, F.: "Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo", *Diario La Ley*, núm. 10302, 2023, p. 2 y CES: "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España", 2022, p. 226, respectivamente.

[2] Estas referencias al trabajo digno suponen la traslación a nuestra normativa de la expresión trabajo decente considerando como tal aquel trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, se generan unos ingresos justos y está revestido de una protección social adecuada. Un interesante estudio sobre el concepto de trabajo decente y su significado, apostando el autor por su reformulación, en Vigo Serralvo, F.: "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm.1, 2022.

[3] Exposición de motivos (apartado II). En ella se señala como reto la reducción de la tasa de desempleo mediante el aumento de la inserción laboral en quince puntos en un horizonte temporal de 30 años.

[4] De este modo, el Sistema Nacional de Empleo (SNE) será el encargado de velar por mantenimiento y mejora de la empleabilidad de todas las personas demandantes de los servicios públicos de empleo incidiendo sobre su organización, reorientando la naturaleza jurídica del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) al tiempo que modifica su denominación (Agencia Española de Empleo). La Ley 3/2023 transforma el SEPE en una agencia estatal por ser su marco regulatorio el óptimo para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión. Una transformación criticada durante la tramitación parlamentaria al considerarse por algunos grupos parlamentarios que ese cambio favorece la compartimentación de la Administración Pública (enmienda núm. 54) y la atribución de las funciones de los servicios públicos de empleo a un entramado institucional de tamaño desproporcionado (enmienda núm. 2). BOCG de 16 de noviembre de 2022. Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-112-4.PDF

Services presentó su informe en el que ha evaluado el nivel de madurez de los servicios públicos de empleo europeos, situando al español en el último lugar al atribuirle un porcentaje del 0%, muy alejado del de otros países como Alemania (75%), Austria (83%) o Francia (100%). En particular, el servicio público de empleo español se evalúo como "desarrollable" en la sección D destinada a analizar las relaciones con los empleadores, frente a otros países que han revisado con éxito sus sistemas de emparejamiento, logrando mejoras en la calidad de los resultados y en el proceso de intermediación como tal[5].

Este trabajo se dirige a analizar el alcance de los cambios que, en materia de intermediación laboral, se impulsan desde la nueva Ley de Empleo con el objetivo de lograr una mayor eficacia y eficiencia en la actuación de los servicios públicos de empleo, realizando una valoración crítica en la que, junto a los aspectos positivos que introduce, se advierten aquellos otros que podrían haber sido objeto de una mejor delimitación.

## 2. HACIA UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL MÁS ACTIVA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

La intervención de los servicios públicos de empleo (SPE) en el proceso de colocación e intermediación laboral siempre ha tenido un carácter discreto en términos de resultados. Incluso cuando su actuación se exigía con carácter exclusivo, consecuencia del monopolio público que ostentaba el antiguo Instituto Nacional de Empleo (INEM), la mayoría de las colocaciones venía precedida de una previa oferta nominativa por parte de las empresas, relegando el papel de las oficinas de empleo a la mera constatación de los formalismos administrativos[6]. Los cambios posteriores que se produjeron en el mercado de trabajo exigieron una mayor especialización y cualificación de la mano de obra, obligando a una selección de personal más profesionalizada junto con un mayor dinamismo en la contratación; de ahí que el legislador considerase que la inoperancia de los SPE debía ser sorteada mediante una mayor presencia en este ámbito de las empresas privadas[7].

La Ley 3/2023 persigue un mayor protagonismo de estos órganos situando, como objetivo de la política de empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo mediante la implementación de servicios de intermediación y colocación eficientes (art. 4.f). Con este fin señala la obligación de las agencias de colocación colaboradoras de informar al Sistema Público Integrado de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE) sobre todas las ofertas y demandas de empleo que registren (art. 14) al tiempo que también se exige a las empresas que comuniquen los puestos de trabajo vacantes (art. 59.b). Con esta simbiosis se busca el fortalecimiento de los SPE con el fin de facilitar la intermediación laboral (art. 42) estableciendo una vía directa de acceso a las ofertas de empleo disponibles. Encontramos aquí una de las previsiones más novedosas e

[5] Informe "Main outcomes of the third cycle of PES Benchlearning" elaborado por la European Public Employment Services, 2023. Disponible en https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&furtherNews=yes&newsId=10489 [fecha de consulta 02.01.2024]. En este informe, el nivel de madurez se estructura en torno a 8 secciones, evaluándose como "maduro", "bien desarrollado", "desarrollando" y "desarrollable". En todas las secciones, salvo en una, España obtuvo la calificación de desarrollable.

[6] Cruz Villalón, J.: "El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, p.11.

[7] Tras la reforma de 1994 que puso fin al monopolio estatal en la colocación permitiendo la intervención de las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dio entrada a las agencias de colocación con ánimo de lucro justificando esa apertura hacia una colaboración público-privada en "la insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo" (Exposición de motivos, apartado I). Posteriormente, esta colaboración fue objeto de ampliación por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, permitiendo la intervención de las Empresas de Trabajo Temporal como agencias de colocación, lo cual supuso su transformación *de facto* en agencias globales de empleo.

importantes de la nueva regulación al facilitar un adecuado trasvase de la información necesaria para llevar a cabo la labor de intermediación,[8] poniéndose fin a la opacidad que ha venido caracterizando a la política de intermediación[9].

Para la consecución de este objetivo, se apuesta por un concepto más amplio de intermediación laboral tratando de superar la limitaciones que se contenían en la normativa precedente al disponer que se entenderá por intermediación laboral el "conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, de puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras" (art. 3.c). De este modo, y en primer término, se promueve una mayor intervención de los SPE para lo que será preciso desarrollar una actividad más intensa en la búsqueda y obtención de ofertas de trabajo; en segundo lugar, se impulsa un mejor ajuste en la puesta en contacto de los oferentes de empleo con las personas que persiguen una colocación o recolocación, así como la selección de personas que se consideren idóneas para un puesto de trabajo, pudiendo extenderse la búsqueda a personas no inscritas como demandantes de empleo. Un cambio conceptual de cierto calado con el que se trata de superar la limitada función antes atribuida, consistente en la mera casación ofertas y demandas de empleo sobre la base de los requerimientos del puesto y las aptitudes profesionales de las personas solicitantes de empleo.

Esta ampliación de funciones de los SPE no supone, sin embargo, una reducción del ámbito de actuación de las agencias de colocación ya que se mantiene la colaboración pública-privada a través de los ya existentes acuerdos de coordinación o convenios de colaboración; más bien, este enfoque se dirige a la apertura de nuevos espacios a la intervención pública en el ámbito de la intermediación laboral. Una ampliación que, sin embargo, no está exenta de críticas por parte de un autorizado sector doctrinal[10].

### 2.1. La prospección y captación de ofertas de trabajo

Entre las deficiencias que con más frecuencia se atribuyen a los SPE se encuentra la relativa a la escasez de ofertas de trabajo que gestionan; una circunstancia que se ha visto agravada por la generalización de portales de empleo virtuales y redes sociales profesionales que resultan más accesibles a los usuarios y ofrecen una respuesta más directa e inmediata[11].

Un análisis de los métodos de búsqueda de empleo más utilizados pone de manifiesto que, en cierta medida y dejando al margen otras posibles causas de sus deficiencias, la participación residual del SPE en este proceso es consecuencia de la distinta preferencia en los métodos que se utilizan habitualmente para llevar a cabo una búsqueda de empleo y la falta de apertura del SPE hacia esos otros canales de comunicación. Si partimos de los datos recogidos en la Encuesta de Población Activa (EPA), se puede comprobar cómo en 2023 las vías más utilizadas por los desempleados para el acceso

[8] El SISPE "reúne todos los datos relativos al empleo […]. En paralelo, aglutina información relativa a las vacantes actuales y previsibles que existen o van a existir en las empresas y servirá a la adecuada cobertura de las necesidades presentes y futuras […].

[9] Navarro Nieto señala que "En general es llamativa la falta de transparencia en la información sobre intermediación laboral pública y privada". Navarro Nieto, F.: "Las políticas de empleo en España: una visión panorámica", *Presente y futuro de las políticas de empleo en España,* Navarro Nieto, F. y Costa Reyes, A. (Coordinadores), Bomarzo, Albacete, 2021, p. 59.

[10] Véase al respecto, Cabeza Pereiro, J.: "La nueva dimensión de la intermediación laboral", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023.

[11] Una crítica a la actividad que desarrollan algunos de estos intermediarios digitales en Fernández García, A. y Guerrero Vizuete, E.: "¿Pagar por buscar empleo? La gratuidad del servicio en la intermediación laboral digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.8, núm.1, 2020, pp. 82-91.

a una oferta de trabajo fueron de carácter informal y solo el 7,7% contactó con una oficina pública de empleo. Estos datos reflejan un leve descenso respecto a 2022, en el que el 8% de los parados contactaron con una oficina pública de empleo.

**Resultados nacionales**
**Parados**

**Parados por sexo y método de búsqueda de empleo**
**Unidades: Personas**

| | 2023T4 | 2023T3 | 2023T2 | 2023T1 | TOTAL | % |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Total | 7.330,0 | 7.182,1 | 7.203,8 | 8.060,2 | 29.776,1 | |
| Ha estudiado anuncios de empleo | 1.267,6 | 1.286,9 | 1.277,9 | 1.448,4 | 5.280,8 | 17,7 |
| Ha preguntado a familiares o amigos | 1.586,2 | 1.586,6 | 1.607,8 | 1.768,6 | 6.549,2 | 22,0 |
| Ha contactado con empresas o empleadores directamente | 1.107,6 | 1.043,7 | 1.050,4 | 1.193,1 | 4.394,8 | 14,8 |
| Ha puesto o actualizado su currículum en internet | 1.054,2 | 1.037,2 | 980,0 | 1.116,6 | 4.188,0 | 14,1 |
| Ha puesto o contestado anuncios de empleo | 885,0 | 871,0 | 911,2 | 1.012,5 | 3.679,7 | 12,4 |
| Ha contactado con una oficina pública de empleo | 549,7 | 512,8 | 558,7 | 677,9 | 2.299,1 | 7,7 |
| Ha contactado con una oficina privada de empleo | 433,3 | 433,1 | 406,7 | 439,8 | 1.712,9 | 5,8 |
| Ha realizado alguna prueba, entrevista o participado en un proceso de selección | 362,4 | 355,8 | 356,8 | 348,9 | 1.423,9 | 4,8 |
| Ha hecho gestiones para crear su propio negocio | 84,0 | 55,0 | 54,3 | 54,4 | 247,7 | 0,8 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos EPA

Sobre esta base, situar a los SPE en los primeros puestos en los métodos de búsqueda de empleo requerirá diseñar procesos operativos que ofrezcan a empresas y demandantes de empleo formas diferentes y flexibles de interacción. Esa ampliación de los canales de contacto (superando la tradicional asistencia presencial) permitirá obtener más información y mayor agilidad en la casación entre oferta y demanda, evitando que empresas y demandantes de empleo recurran a otras vías más rápidas hasta ahora no utilizadas por los SPE.

Asimismo, y desde una vertiente operativa, no hay duda de que una de las mayores dificultades para el desarrollo de una intermediación laboral eficiente es el desconocimiento por parte de los SPE de la multiplicidad de ofertas de empleo existentes. Para corregir esta situación se instará a las empresas, personas y entidades empleadoras a comunicar las vacantes con las que cuenten como requisito de acceso a la información y asesoramiento sobre las modalidades de contratación y las medidas de apoyo a las mismas. Se pretende así tener un conocimiento directo de las ofertas disponibles asumiendo los SPE un papel más activo que permita una mayor eficiencia en la intermediación laboral. De hecho, uno de los principales problemas prácticos que se plantean es que las empresas utilizan diversos canales para publicitar su oferta (Agencias de Colocación, redes sociales, anuncios en prensa etc.) por lo que también sería conveniente que se estableciera la obligación de informar al SPE sobre su eventual cobertura.

Debe destacarse que no solo se perfila lo que podríamos definir como un "papel pasivo" de los SPE en la recepción de ofertas de empleo. La Ley 3/2023 señala, entre las actividades de intermediación a desarrollar, la prospección de ofertas con el fin de tener un conocimiento previo y de mayor alcance sobre la situación del mercado antes de gestionar la cobertura de las posibles vacantes de empleo. Una novedad que no puede ser calificada más que como necesaria si se pretende conseguir una intermediación eficiente[12]. Complementaria a la anterior, también se incluye la captación de ofertas de empleo que servirá para conocer las demandas formativas de las empresas y articular, en consecuencia, políticas destinadas a satisfacer las necesidades de formación y recualificación de la población activa. Una información de gran utilidad especialmente para favorecer la empleabilidad de las personas demandantes de empleo que acuden a los SPE como analizaremos posteriormente[13].

[12] Una intermediación eficiente "requiere [de] un conocimiento del mercado territorial y sectorial, del tejido empresarial y sus necesidades". Navarro Nieto, F.: "Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo", *op. cit.* p. 8.

[13] El informe elaborado por la red Europea de Servicios Públicos de Empleo señala que solo 10 de los 31 servicios públicos de empleo europeos se consideran bien desarrollados o maduros habiendo intensificado sus actividades para reaccionar, ante la presión cada vez mayor, de aunar una demanda creciente de mano cualificada con una

A estos efectos, resultará esencial la actividad que viene desempeñando el Observatorio de las ocupaciones del SEPE en la detección de los requerimientos profesionales demandados por las empresas y las necesidades formativas de las personas trabajadoras.

En definitiva, se perfilan nuevas actuaciones que requerirán contar con personal especializado. No obstante, la escasez de medios materiales y humanos ha sido una crítica constante en la actuación de los SPE. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRef) incluyó entre sus propuestas crear áreas en todos los SPE con personal especializado dedicado a captar ofertas de empresas, definiendo los perfiles de empleos de forma más ajustada a lo que demandan, consiguiendo de este modo, una conexión más ágil entre oferta y demanda al tiempo que la intermediación genera valor para las empresas y para las personas demandantes de empleo [14]. Y pese a que la Ley de Empleo reitera en diversos preceptos que los SPEA dispondrán de los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios (art. 29) reuniendo la suficiente especialización para dar respuesta a las nuevas realidades (art.30), su efectividad puede quedar en gran medida condicionada al estar vinculada a las disponibilidades presupuestarias (DA 2ª).

### 2.2. La selección de personal por parte del servicio público de empleo

La selección de personal se configura como una actividad de colocación especializada dentro del concepto de intermediación laboral. Debe destacarse la distinción que introduce el artículo 41.1.b entre "agencias de colocación propiamente dichas" y "agencias de colocación especializadas", siendo en este segundo grupo donde quedarán englobadas las entidades que simplemente se dediquen a la selección de personal. Con esta indicación expresa se pone fin al limbo jurídico en el que actuaban anteriormente estas entidades, quedando, de este modo, sometidas al posterior desarrollo reglamentario que debe acompañar a la Ley 3/2023 en este ámbito.

Respecto al contenido de la selección de personal, el artículo 40.2.c) de la Ley 3/2023 introduce importantes matices en su delimitación. En primer término, mandata que la selección de las personas idóneas para un puesto de trabajo debe estar desprovista de cualquier sesgo o estereotipo relativo al género, la edad o la discapacidad reiterando posteriormente, que la selección se efectuará con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo (art. 45.2) pudiendo extenderse la búsqueda de candidatos/as a personas no inscritas como demandantes de empleo de empleo cuando el perfil profesional requerido no pueda ser cubierto por las personas inscritas.

En segundo lugar, y en conexión con el artículo 40.2.d), reitera la especial atención de que serán objeto los integrantes de los colectivos a los que la norma identifica como de atención prioritaria debiendo proveerles de los apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral. La Ley 3/2023 desborda el ámbito subjetivo de la anterior norma identificando como tales a las personas jóvenes (menores de 30 años), personas desempleadas de larga duración, personas discapacitadas, personas mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, mujeres con baja cualificación profesional, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social y personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional, víctimas de trata de seres humanos o personas LGTBI, en particular, personas trans.

El elenco de nuevos colectivos prioritarios es ciertamente amplio, si bien, la mayoría de ellos no suponen más que una concreción de los ya contemplados por la norma precedente, aunque, como

proporción cada vez mayor de solicitantes de empleo que muestran una distancia considerable con respecto al mercado laboral. Informe "Main outcomes of the third cycle of PES Benchlearning", *op. cit*. p. 5.

[14] AIREF: Evaluación del Gasto público 2018, Proyecto 3 (Políticas Activas de Empleo), 2019, pp. 21 y 110.

bien afirma NAVARRO NIETO, se confunden colectivos de especial vulnerabilidad con colectivos que tienen problemas de empleabilidad[15]. Tal es el caso de las personas gitanas o pertenecientes a otros grupos poblacionales o étnicos, personas afectadas por drogodependencias u otras adicciones integradas anteriormente en el colectivo de personas en situación de exclusión social; o personas adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monoparentales[16], integradas en el colectivo de personas con responsabilidades familiares. Respecto de las personas con discapacidad, la nueva Ley de Empleo concreta quienes se reconocerán como tales, señalando entre otras, a personas con parálisis cerebral, con trastorno del espectro autista o trastornos de salud mental.

Una mayor repercusión ha tenido la inclusión de las personas LGTBI, en particular de personas trans, entre los destinatarios de una atención específica por parte de los intermediarios laborales. Se parte de la base que la orientación sexual y la expresión de género que asume una persona es un factor de exclusión del mercado de trabajo o cuando menos un obstáculo a su integración[17]. Con el fin de corregir esta situación se contienen en 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 una serie de previsiones tendentes a garantizar la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el ámbito del empleo público y en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo, así como la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad junto con el establecimiento de procedimientos que canalicen las posibles denuncias.

Desde una perspectiva operativa, el primer obstáculo que se percibe respecto de la atención prioritaria a las personas trans se refiere a la necesaria acreditación de la situación personal para el acceso a determinadas acciones positivas en materia de empleo. Al igual que se exige respecto de otros colectivos igualmente prioritarios (que deben disponer del certificado de discapacidad; del documento acreditativo de ser víctima de violencia de género o de tener la condición de persona beneficiaria de protección internacional) la condición de persona trans requerirá de una previa declaración sin que la Ley de Empleo se detenga sobre esta cuestión limitándose a señalar que reglamentariamente se concretará "cuando sea preciso, la forma de identificar la pertenencia a estos colectivos" (art. 50.4).

En definitiva, estamos ante una previsión controvertida desde el momento en el que esta exigencia afecta a la esfera privada de las personas sin que ningún documento pueda recoger la identidad de género[18]. El Tribunal Constitucional en su sentencia 67/2022 de 2 de junio (Rec.6375/2019) aborda por primera vez la discriminación por razón de identidad de género y la prueba de la discriminación alegada en el ámbito de las relaciones laborales y establece que el derecho a la propia imagen integra también "el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con […] el comportamiento, la voz o la estética", por lo que la simple apariencia en el modo de vestir de la persona, cuando se pueda considerar una forma de expresión de género,

[15] Navarro Nieto, F.: "Valoración crítica general de la Ley 3/2023…", *op.cit.* p.7. En esta línea se pronuncia también Cabeza Pereiro al considerar que su inclusión "resta cierta sistemática y coherencia a la distinción entre la empleabilidad y la intermediación". Cabeza Pereiro, J.: "La nueva dimensión de la intermediación laboral", *op. cit*. p. 49.

[16] Adviértase por el lector que la norma recoge también el término de familias monomarentales si bien este es un vocablo que no está incluido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

[17] La tasa de paro entre las personas trans es tres veces superior al de la población siendo incuestionable que, cuando es visible su condición, las personas trans se enfrentan a más dificultades en el acceso al empleo que la población general y que muchos otros grupos vulnerables a la exclusión laboral. Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans. Ministerio de Igualdad, abril 2022, pp.67-68. Disponible en www.igualdad.gob.es.

[18] Una delimitación conceptual de los términos identidad de género y orientación sexual en Requena Montes, O.: "¿Apuntalando las bases de un derecho del trabajo con perspectiva de identidad de género?", *Lex Social,* vol. 13, núm.1, 2023, pp. 5-10.

es indicio suficiente para la inversión de la carga de la prueba en un proceso por discriminación. De ahí que, a pesar de la exigencia de acreditación requerida a otros colectivos, respecto del colectivo trans, en caso de ser visible su condición, bastará su apariencia física para acreditar por sí misma la pertenencia al mismo. En los demás casos, la simple y voluntaria manifestación de la persona interesada debería ser suficiente a estos efectos.

### 2.3. La recolocación de personas trabajadoras

La recolocación de personas trabajadoras también se configura como una actividad de colocación especializada dirigida a los afectados por procesos de reestructuración empresarial o por transiciones industriales o transformaciones en los sectores productivos (art. 40.3). El objetivo no es otro que favorecer su reinserción profesional o su recolocación pudiendo ser realizada directamente por los SPE o por las agencias de colocación.

Llama la atención, en primer término, que se constriñe (de nuevo) el contenido de la recolocación al ámbito de los despidos colectivos de acuerdo con lo previsto en el art. 51.10 ET y en el art. 9 del RD 1483/2012 que lo desarrolla, por lo que esta actividad se integrará en el marco del plan de recolocación externa cuando el despido colectivo afecte a más de cincuenta personas trabajadoras[19]. A continuación, se señala que la actividad de recolocación podrá desarrollarse a iniciativa de los SPE "cuando concurran circunstancias que lo hagan oportuno" (art. 44.2) sin facilitar ninguna previsión sobre qué escenarios permitirán al SPE, por propia iniciativa, iniciar un proceso de recolocación. Se sobreentiende que quedan referidos a los supuestos de activación del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo (ERTE-RED) aunque no hubiera estado de más una mayor concreción, al tiempo que una extensión de la actividad de recolocación a aquellos supuestos en los que el plan de recolocación externa tiene un carácter dispositivo por afectar el proceso extintivo a un número inferior de personas trabajadoras. Se recogería así una crítica reiterada por la doctrina en la que se pone de manifiesto la exclusión del *outplacement* individual del concepto de intermediación, cuando han sido los supuestos de recolocación individual "los que desarrollan actuaciones más próximas a la casación entre oferta y demanda de empleo"[20].

Por último, la previsión legal sobre la actividad de recolocación de las personas trabajadoras se cierra con una mención relativa a las personas trabajadoras mayores de cincuenta y dos años cuyos contratos hayan quedado extinguidos por un despido colectivo. Para este colectivo, el plan de recolocación externa deberá procurar el retorno al mercado laboral evitando toda posible discriminación por razón de edad (art. 44). Quizá, teniendo en cuenta que este colectivo tiene una permanencia en situación de desempleo más prolongada, consecuencia de sus dificultades para la integración laboral, no hubiera estado de más señalar medidas específicas, tales como una ampliación de la duración mínima del plan de recolocación externa (actualmente cifrado en seis meses) o un seguimiento y tutorización más individualizados.

[19] El art. 9.3 RD 1483/2012 señala entre las acciones a incluir en el plan de recolocación: acciones de intermediación; acciones de reorientación profesional; acciones de formación profesional y acciones de asesoramiento personalizado que contribuyan a la búsqueda activa de empleo por parte de las personas trabajadoras afectadas.

[20] Sáez Lara, C.: "Espacio y funciones de las empresas de recolocación", *Temas Laborales,* núm. 107, 2010, p. 347. Benavente Torres, M. I.: "La intermediación laboral en España", *Presente y futuro de las políticas de empleo en* España, Navarro Nieto, F. y Costa Reyes, A. (Coordinadores), Bomarzo, Albacete, 2021, p. 82. Sobre la necesaria extensión del plan de recolocación desvinculándolo del requisito cuantitativo y la necesaria intervención de los SPE *vid.* Guerrero Vizuete, E.: "El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo", *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p.91 y 97.

## 2.4. La expulsión de la automatización en la intermediación laboral

En esta configuración amplia de la intermediación laboral se introduce una importante digresión: el art. 3.c en su inciso final señala que "en cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados". Esta precisión deroga implícitamente la contenida en el art. 3.1 del reglamento regulador de las Agencias de colocación (RD 1796/2010 de 30 de diciembre) ya que permite que las entidades pueden casar "ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos". Se impone así límites al uso de algoritmos en la toma de decisiones vinculadas con la actividad de intermediación exigiendo una necesaria intervención humana[21]. Debe tenerse en cuenta que los algoritmos utilizados en los procesos de selección jerarquizan los perfiles de las personas candidatas e incluso discriminan en base a datos sensibles obtenidos de forma directa o indirecta.

Pese a la redacción legal, y el acierto de su contenido, la Ley de Empleo, podríamos decir que "cierra una puerta, pero abre una ventana". La inclusión de la selección de personal como parte integrante de la intermediación supone, de entrada, un importante obstáculo a la continuidad de entidades que habían venido operando en el mercado de trabajo con total opacidad al no ajustarse a la regulación normativa prevista para las agencias de colocación. De este modo, ya no podrán continuar haciéndolo so pena de incurrir en una infracción muy grave conforme prescribe el art. 16.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) al realizar actividades de intermediación sin cumplir, entre otros requisitos, con la obligatoria presentación de una declaración responsable ante el correspondiente SPE, pues como hemos señalado anteriormente, la Ley 3/2023 considera que la selección de personal se desarrolla por agencias de colocación especializadas. Se refuerza así la garantía de protección de los derechos fundamentales evitando cierto desamparo de las personas que participan en los procesos de selección de personal[22].

Sin embargo, la previsión normativa interpretada a *sensu contrario* abre una vía a la alegalidad de todos aquellos intermediarios, en su mayoría virtuales, que utilizan procesos exclusivamente automatizados para la puesta en contacto entre personas oferentes y demandantes de empleo. Ante la nueva previsión legal (art.3.c), si la puesta en contacto entre personas oferentes y demandantes no se considera intermediación por realizarse utilizando medios exclusivamente automatizados, cuando esta actividad se realiza sin ningún tipo de intervención humana ¿cómo deberá ser calificada? Piénsese en aquellos portales de empleo o redes sociales profesionales que desarrollan una auténtica actividad de intermediación de forma exclusivamente automatizada y para los que, anteriormente, se reclamaba el cumplimiento del régimen jurídico previsto para las agencias de colocación. Conforme a la actual redacción, su situación jurídica cambia radicalmente de forma que, su actuación exclusivamente automatizada, les excluye del cumplimiento de ese mismo régimen jurídico situándolos en un terreno ajeno a cualquier control administrativo[23].

---

[21] "En la medida en que las máquinas están programadas para tomar decisiones de un modo lógico-matemático, puramente racional, la pérdida del *factor humano* quizá sea un lujo que no nos podamos permitir". Alameda Castillo, M. T.: "Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo", *Temas Laborales*, núm. 159/2021, p. 16

[22] López Balaguer, M.: "La intermediación laboral en la nueva Ley de empleo", *Empleo y protección social,* XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 97.

[23] Para un estudio de la actividad desarrollada por portales de empleo, redes sociales y aplicaciones móviles para buscar empleo *vid*. Fernández García, A.: "La intermediación laboral digital: estado de la cuestión", *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M. (Coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

## 3. EL PAPEL PROTAGONISTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO EN LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS USUARIAS DE SERVICIOS DE EMPLEO

Entre los servicios que las personas demandantes de empleo tienen garantizados se sitúa una intermediación laboral eficiente que proporcione ofertas de empleo adecuadas, en particular a las personas desempleadas inmersas en procesos de recolocación (art.56.1. f). Para ello, el presupuesto de partida no puede ser otro que una adecuada identificación de las competencias profesionales de quienes van a ser parte integrante del proceso de intermediación.

La adecuación de las ofertas al perfil profesional de los y las demandantes de empleo está estrechamente conectada a la mejora de su empleabilidad, entendida como la capacidad de las personas trabajadoras de adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo, aprovechando las oportunidades de formación a las que pudieran tener acceso con el fin de progresar profesionalmente (art. 34). La Ley de Empleo configura la empleabilidad no solo como un derecho sino también como un deber, responsabilizando a la persona trabajadora de su falta de competencias profesionales, de su no adaptación a los cambios del mercado de trabajo y, en definitiva, de su inactividad laboral. Una vertiente peligrosa de la empleabilidad que redirige la situación de desempleo "al ámbito de lo individual"[24].

La mejora de la empleabilidad redundará en una inserción laboral más rápida y para ello los SPE deben velar por proporcionar los servicios necesarios que permitan a la persona desempleada ser "adecuada" al puesto de trabajo ofertado. Con este objetivo en la Ley de Empleo se prevé una serie de servicios garantizados (art. 56) entre los que figuran, en primer lugar, la elaboración de un perfil individualizado que tiene como objetivo principal disponer de la información necesaria para que le puedan ser dirigidas aquellas ofertas más acordes a sus competencias, formación y experiencia.

A través del perfilado de la persona desempleada se procederá a su evaluación con el soporte de evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad, y ello facilitará el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. La norma señala que esa evaluación individual se realizará en el plazo más breve posible desde la solicitud al servicio de orientación profesional sin que se aventure a fijar un límite temporal más concreto.

En segundo lugar, las personas demandantes de servicios de empleo tienen garantizado un servicio consistente en la tutorización individual, el asesoramiento continuado y la atención personalizada, presencial o no presencial, durante las transiciones laborales, bien entre la educación y el empleo o entre situaciones de empleo y desempleo. Esta tutorización, que estará libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, prestará atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, en particular, aquellas que producen un mayor alejamiento del mercado laboral como pueden ser la maternidad o el cuidado de personas mayores o dependientes (art. 56). Observe el lector que la norma no indica qué necesidades se consideran específicas en las distintas etapas vitales. Una omisión que dificultará la posterior evaluación de la tutorización facilitada.

La tutorización permitirá también identificar a la persona que acompañará a la demandante de los servicios de empleo en la ejecución de su itinerario personalizado y en su revisión y actualización con el fin de facilitar su activación y mejorar su empleabilidad. Se relacionan a continuación por la

[24] Desde esta perspectiva de la empleabilidad puede decirse que se produce "una especie de transferencia de la responsabilidad de la contratación y del despido a la persona que trabaja, como algunas voces han venido denunciando". Ramos Quintana, M. I.: "Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 97, 2023, p. 1.

norma una serie de obligaciones que recaen sobre la persona tutora como son: facilitarle la información y el asesoramiento necesarios para la definición de su currículo; el manejo de medios, técnicas y herramientas accesibles para la búsqueda activa de empleo, o cuantas funciones de apoyo individual y personalizado sean precisas, incluyendo un seguimiento individualizado de las actuaciones que la persona usuaria vaya llevando a cabo en ejecución de su itinerario y que determinarán, en su caso, su necesaria revisión.

Se configura así una actuación que trata de establecer las pautas necesarias para impulsar un verdadero acompañamiento en la cualificación o recualificación de las personas desempleadas[25], con el fin de superar los discretos resultados que se habían venido obteniendo hasta ahora en los que solo cuatro de cada diez personas demandantes de empleo habían recibido tutorización individualizada y acompañamiento[26]. Tampoco fija la norma con qué periodicidad se procederá a la actualización de la información relativa a la persona desempleada. Tan solo se indica que la revisión se realizará a raíz del seguimiento de las actuaciones que la persona usuaria vaya llevando a cabo en ejecución de su itinerario sin que se prevea ninguna consecuencia en caso de incumplimiento de esta obligación por parte de la persona encargada de la tutorización,[27] debiendo reconducirse la posible responsabilidad fuera del ámbito laboral[28]. Por su parte la Orden ESS 381/2018 de 10 de abril señala que la actualización de datos se realizará a petición del o la demandante o a requerimiento de los servicios de Orientación, pudiendo llevarse a cabo de forma presencial o no presencial, virtual y/o mixto.

A pesar de la redacción legal, estamos ante una actuación del SPE que el texto refundido de la Ley de Empleo de 2015 ya contenía en su art. 19 *sexies*, configurando ese enfoque personalizado de los servicios como una obligación de los SPE. Desde entonces, los SPEA directamente a través de los técnicos de empleo o por medio de las Unidades de Orientación profesional han venido realizando esa labor de delimitación de los perfiles socio-profesionales a partir de la entrevista inicial que se realizaba a la persona desempleada. El RD 818/2021 de 28 de septiembre reforzó la orientación individualizada por medio de personal orientador cualificado, estableciendo que los programas de empleo que se propongan llevar a cabo las CCAA y el SEPE se contendrán en los Planes Anuales de Política de Empleo (actualmente Planes Anuales para el Fomento del Empleo Digno)[29]. A ello se une la colaboración público-privada que también ha penetrado en este ámbito[30] y son diversas las CCAA

[25] El art. 4.i) de la Ley 3/2023 sitúa entre los objetivos de la política de empleo "El acompañamiento, personal e individualizado, en su caso en colaboración con los servicios sociales, sanitarios y educativos durante los procesos de inserción en el mercado laboral y de transición entre formación y empleo o entre empleos" y en su apartado h) se alude a "Proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral[…]".

[26] Consejo Económico y Social: "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España", 2022, p. 223.

[27] Esta situación fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Administrativo de París en su sentencia de 11 de septiembre de 2012. En ella se resolvía la reclamación formulada por un demandante de empleo que consideró que no estaba suficientemente acompañado por el servicio público de empleo. El demandante sostenía que la falta de seguimiento de su situación, la ausencia de respuestas a sus demandas y el abandono en la actualización de su proyecto personalizado de empleo le privaban de la posibilidad de acceder efectivamente a un empleo. El Tribunal condenó a la oficina de empleo como deudor de una obligación de medios por no acompañarlo durante su proceso de colocación.

[28] El art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de julio, de régimen jurídico del sector público recoge el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o cuando se trate de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

[29] El RD 818/2021 de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, forma parte de las reformas previstas para impulsar las políticas activas de empleo dentro del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

[30] La Ley 3/2023 sigue la tendencia de su predecesora y dispone en su art. 61.1 que los servicios que integran la cartera común del SNE serán prestados por los servicios públicos de empleo directamente o a través de aquellas entidades públicas o privadas colaboradoras.

que han celebrado y tienen vigentes contratos con agencias de colocación para la realización de estas acciones de diagnóstico de la situación inicial y de acompañamiento de las personas desempleadas hasta su inserción efectiva[31]. Llama la atención la previsión contenida en el RD 818/2021 en la que se establece que "cuando el servicio público de empleo competente recurra a la colaboración público-privada para la gestión de acciones de prospección empresarial e intermediación laboral, cada inserción laboral conseguida en el marco de este programa se considerará colocación gestionada por el servicio público de empleo competente, sin perjuicio de que el éxito en la inserción compute también para la agencia o entidad colaboradora" (art. 23)[32]. Una previsión que, a nuestro entender, distorsionará el registro de los datos para su posterior evaluación.

El proceso de evaluación de la persona demandante de servicios de empleo culminará en un plan o itinerario personalizado en el que se detallarán las acciones formativas que sean adecuadas para mejorar sus competencias y cualificación o para proveerle de una formación continuada y actualizada que le permita adaptarse a los cambios del sistema productivo. Asimismo, contendrá las distintas alternativas laborales o de emprendimiento a las que pueda acceder en función de su perfil profesional e identificará las acciones de búsqueda activa de empleo que, teniendo en cuenta su perfil y sus necesidades de conciliación, está obligada a realizar (art. 56.c). Aquí reside una de las diferencias de la nueva regulación. Si en la anterior redacción, la necesidad del itinerario individual y personalizado era decidido por el SPE (art. 20.1) pudiendo considerar que no procedía su realización, ahora su elaboración pasa a tener un carácter obligatorio para este órgano.

A diferencia de lo dispuesto en la fase de evaluación inicial, en la que la Ley 3/2023 no señala un plazo de realización concreto, el itinerario individualizado deberá ser entregado a la persona demandante de servicios de empleo en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario y se adaptará a los cambios que se produzcan en su empleabilidad como consecuencia de la realización de las actividades previstas en el mismo. Se configura como un derecho de la persona usuaria, y, por tanto, estamos ante una obligación de hacer que asume el SPE sin que, de nuevo, se haya incluido previsión alguna en caso de un eventual incumplimiento motivada, quizá, por la vaguedad con la que la norma se refiere a los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios[33].

La elaboración del plan o itinerario personalizado exigirá la suscripción de un acuerdo de actividad entre el SPE y la persona usuaria en virtud del cual, el primero se compromete a proporcionar los servicios y actividades contenidos en el itinerario así como al seguimiento y acompañamiento por parte de la persona tutora; respecto de la persona usuaria, la suscripción de este acuerdo conlleva la asunción de una serie de compromisos, como son: a) desarrollar, salvo causa justificada, las actividades que para la mejora de su empleabilidad le hayan sido propuestas en su itinerario personalizado. En particular, se le exigirá que realice acciones de formación y/o acreditación de experiencia laboral o formación no formal dirigidas a mejorar sus competencias y cualificación profesional. Respecto de las acciones formativas deberá cumplir con la carga lectiva mínima señalada en el acuerdo de

[31] El Servicio Andaluz de Empleo ha puesto en marcha una experiencia piloto de colaboración pública-privada a través de Agencias de Colocación hasta febrero de 2025 por el que se ofrecen a las personas desempleadas que lo soliciten: atención individual con una duración mínima de 60 minutos; diagnóstico y evaluación del perfil competencial incluyendo el diseña del itinerario personalizado de inserción; oferta de empleo adecuada; orientación y formación. Disponible en https://www.juntadeandalucia.es/organismos/sae/areas/mejora-empleabilidad/colaboracion-publica-privada/paginas/servicio-demandante.html.[última consulta 17.03.2023].

[32] Se considerará que la inserción laboral se ha conseguido cuando las personas desempleadas sean contratadas por una duración igual o superior a 6 meses, abonándose a las agencias o entidades colaboradoras un incentivo de hasta 2.500 € dependiendo de la edad, el tiempo de inscripción como desempleo y el colectivo al que pertenezca la persona desempleada.

[33] Téngase en cuenta que el art. 29 simplemente señala que la dotación de las plantillas de los servicios públicos de empleo se realiza "dentro de los términos permitidos por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado".

actividad sometiéndose a las correspondientes evaluaciones de competencias y habilidades alcanzadas o mejoradas; b) mantener una actitud activa para mejorar su empleabilidad. Se considerará que la persona usuaria cumple con este compromiso cuando realice las actividades indicadas en el itinerario o desarrolle otras por propia iniciativa. La suscripción de este acuerdo de actividad, y su cumplimiento en la forma que se determine reglamentariamente, acreditará la búsqueda activa de empleo.

Tratándose de personas solicitantes o beneficiarias de prestaciones o subsidios de desempleo, prestaciones por cese de actividad u otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo, la condición de persona demandante de servicios de empleo es requisito necesario y obligatorio para el disfrute de las prestaciones o subsidios debiendo cumplir con las obligaciones derivadas del acuerdo de actividad anteriormente mencionadas. Más allá del cambio de terminología ("acuerdo de actividad" en lugar de "acuerdo personal de empleo" o "compromiso de actividad") se imponen las mismas obligaciones a las personas destinarias[34].

No obstante, la suscripción del acuerdo de actividad ya sea de forma voluntaria u obligatoria, implicará el compromiso de aceptación de una colocación adecuada. Es, en este punto, donde la Ley 3/2023 introduce cambios significativos. En primer término, se considerará adecuada la colocación en la profesión demandada por la persona trabajadora de acuerdo con su formación, experiencia previa o intereses laborales. En segundo lugar, será adecuada la colocación que corresponda con su profesión habitual, o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas[35]. La novedad introducida por la norma es que, en estos dos casos, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo.

Novedad significativa es que deja de considerarse adecuada la colocación que coincida con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a 3 meses. Se evita con ello que se sigan ofreciendo ofertas de empleo no coincidentes con los intereses laborales o formativos de la persona y que obedecían a la necesidad vital de desempeñar una actividad retribuida. Se suprime, asimismo, la potestad discrecional que se le atribuía a la Administración en base a la cual, transcurrido un año como perceptor de prestaciones, se consideraría adecuada cualquier oferta que a juicio del SPE pudiera ser desempeñada por la persona trabajadora. Se deshabilita, de este modo, una intervención administrativa muy criticada por vulnerar el principio de tipicidad de las conductas infractoras ante un eventual rechazo de la colocación adecuada unilateralmente decidida por el SPE[36].

En todos los casos, la colocación que se ofrezca deberá ser indefinida y con un salario que, en ningún caso, será inferior al salario mínimo interprofesional. No se tienen en cuenta la duración del

[34] El cambio de terminologías es recurrente en nuestra actividad legislativa. En este sentido, la Ley de Empleo se refiere al "acuerdo de actividad" si bien tras la no convalidación del RD-Ley 7/2023 de 19 de diciembre, por la que se adoptan medidas urgentes para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 [..], y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, el art. 24.3 c) de la LISOS, al recoger las infracciones leves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones, modifica su redacción y vuelve a referirse al incumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad. Resolución de 10 de enero del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del acuerdo de derogación del RD-Ley 7/2023 de 19 de diciembre. BOE núm. 11 de 12 de enero de 2024.

[35] No define el legislador, en línea con regulaciones precedentes, qué debe entenderse por "profesión habitual". La doctrina ha apuntado que se debería considerar aquella en la que la persona trabajadora "se ha formado profesionalmente y ha elegido la forma de incorporarse al mercado de trabajo y obtener su medio fundamental de vida". Mella Méndez, L.: *El compromiso de actividad del desempleado*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, p. 102.

[36] "El tipo de ofertas que se estiman adecuadas, y cuyo rechazo es sancionable, no está determinado ni es fácilmente determinable conforme a unos criterios legales, dado que depende exclusivamente de la voluntad unilateral del SPE". Mella Méndez, L.: *El compromiso de actividad del desempleado*, *op. cit*. p. 110

trabajo, indefinida o temporal, o la duración de la jornada, a tiempo completo o parcial, o que exista una determinada distancia entre la residencia habitual de la persona trabajadora y el lugar en el que se localice el puesto de trabajo ofertado.

En el supuesto de suscripción voluntaria del acuerdo de actividad, es decir, sin ser persona solicitante o beneficiaria de prestaciones o subsidios, se introduce un tercer elemento que permite identificar como adecuada una colocación: la que sea convenida dentro del itinerario de inserción admitiéndose tanto la colocación temporal como la colocación a tiempo parcial. Y solamente en este supuesto, se considerará adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora. Se introduce así una importante rigidez en los criterios que permitirán calificar como adecuada o no una oferta de colocación según se haya suscrito de forma voluntaria o no el acuerdo de actividad. Adviértase que para los primeros se admiten como adecuadas condiciones de trabajo más precarias (oferta de contrato temporal, a tiempo parcial y en localidad distinta) que para quienes son personas beneficiarias o solicitantes de prestaciones o subsidios, ya que para este colectivo solo serán admisibles ofertas de trabajo indefinidas y con una retribución como mínimo igual al salario mínimo interprofesional. Quizá debería el legislador haber tratado de igual forma a todas las personas demandantes de servicios de empleo, pudiendo ser también "adecuada" para las perceptoras de prestaciones y subsidios la colocación temporal y a tiempo parcial. Máxime si tenemos en cuenta que se prevé en la norma la articulación de programas de fomento del empleo que permitan la compatibilización de tales prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena (art. 49.1).

Por último, y con el objetivo de activar a la persona desempleada, la Ley 3/2023 incide en el catálogo de infracciones en materia de empleo. La LISOS tipifica como infracción grave el rechazo de una colocación adecuada en los términos definidos o negarse a participar, salvo causa justificada, en aquellas actividades para la mejora de la empleabilidad propuestas en el itinerario personalizado. Tendrán la consideración de infracción leve no cumplir con las exigencias del acuerdo de actividad, salvo causa justificada o fuerza mayor. Tratándose de personas demandantes de servicios de empleo no solicitantes ni beneficiarias de prestaciones por desempleo, la comisión de una infracción tipificada como leve, grave o muy grave se sancionará con la suspensión de los servicios garantizados contenidos en el art. 56 durante uno, tres o seis meses respectivamente. Si esas personas son solicitantes o perceptoras de prestaciones o subsidios de desempleo o prestaciones de cese de actividad, las sanciones irán referidas a la suspensión o extinción de estas.

## 4. REFLEXIÓN FINAL

En la nueva redacción legal, la intermediación laboral deja de estar constreñida a la mera casación de ofertas y demandas de empleo para dotarse de un conjunto de actuaciones que le permitan cumplir con su función principal: proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y a las empresas unos recursos humanos que respondan efectivamente a sus necesidades. Con este fin se articulan toda una serie de actuaciones que pretenden conferir a la actividad desarrolla por los SPE una nota de eficiencia de la que ha venido adoleciendo hasta la presente.

De este modo, la intermediación laboral pasa a estar integrada por tres categorías de actuaciones (prospección y captación de ofertas; puesta en contacto entre oferentes y demandantes de empleo; y la selección de personal) que se complementan con un catálogo de servicios garantizados destinados a facilitar a las personas demandantes de empleo el acceso a un empleo decente y de calidad. Sin desmerecer el impulso que se pretende, y a falta de un necesario desarrollo legislativo, son muchos los silencios de la Ley de Empleo en cuestiones que podrían haber quedado definidas en su propio texto. En este sentido, a la amplitud de su redactado, en el que de forma redundante se especifican objetivos, principios, funciones y competencias, se une la utilización de conceptos cuyo alcance y significado

no delimita, tales como mantener una actitud activa por parte del/la demandante de empleo para la mejora de su empleabilidad o un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de empleo.

La inclusión de la selección de personal en el ámbito de la intermediación es una de sus novedades más destacable. No obstante, esa actuación requiere de una previa identificación de las personas demandantes y de sus competencias profesionales. En este sentido, los instrumentos en los que se apoya la Ley 3/2023 para llevar a cabo esta labor no son nuevos (perfilado profesional, itinerario personalizado y acuerdo de actividad). Debe destacarse la labor de tutorización que se impone a los SPE durante el proceso de intermediación con el fin de evitar la despersonalización de los demandantes de empleo y su relegación a un simple registro numérico. Sin embargo, habrá que esperar a su posterior desarrollo reglamentario, ya que no se define en la Ley ni cómo, ni cuantos ni con qué límites de ratio persona tutora-persona desempleada se prestará este servicio por los SPE. Una precisión importante si tenemos en cuenta que la tasa de desempleo en España sigue siendo la más alta de toda la eurozona[37].

## 5. BIBLIOGRAFÍA


Alameda Castillo, M. T.: "Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo", *Temas Laborales,* núm. 159, 2021.

Benavente Torres, M.I.: "La intermediación laboral en España", *Presente y futuro de las políticas de empleo en* España, Navarro Nieto, J. y Costa Reyes, A. (Coordinadores), Bomarzo, Albacete, 2021.

Cabeza Pereiro, J.: "La nueva dimensión de la intermediación laboral", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 6, 2023.

Cruz Villalón, J.: "El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 32, 1994.

Fernández García, Antonio: "La intermediación laboral digital: estado de la cuestión" en *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Fernández García, A. y Guerrero Vizuete, E.: "¿Pagar por buscar empleo? La gratuidad del servicio en la intermediación laboral digital", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.8, núm.1, 2020.

Guerrero Vizuete, E.: "El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo", *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

López Balaguer, M.: "La intermediación laboral en la nueva Ley de empleo", *Empleo y protección social,* XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

Mella Méndez, L.: *El compromiso de actividad del desempleado*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

Navarro Nieto, F.: "Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo", *Diario La Ley*, núm. 10302, 2023.

Navarro Nieto, F.: "Las políticas de empleo en España: una visión panorámica", *Presente y futuro de las políticas de empleo en España,* Navarro Nieto, F. y Costa Reyes, A. (Coordinadores), Bomarzo, Albacete, 2021.

Ramos Quintana, M. I.: "Empleabilidad: una crítica al concepto desde el Derecho del Trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 97, 2023.

Requena Montes, O.: "¿Apuntalando las bases de un derecho del trabajo con perspectiva de identidad de género?", *Lex Social* vol. 13, núm.1, 2023.

Sáez Lara, C.: "Espacio y funciones de las empresas de recolocación", *Temas Laborales,* núm. 107, 2010.


[37] La tasa de desempleo en España se sitúa en el 11,6% (enero de 2024) frente a, 6,0% de la media europea. Fuente: Eurostat. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/web/main/home [última consulta 04.03.2024].

Vigo Serralvo, F.: "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm.1, 2022.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La Libertad Sindical como motor de la prosperidad

# Freedom of Association as an engine of prosperity

Gloria María Montes Adalid
*Contratada en Periodo de Orientación Posdoctoral (FPU)*
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad de Málaga*
https://orcid.org/0000-0001-9178-7029

Cita Sugerida: MONTES ADALID, G.M. «La Libertad Sindical como motor de la prosperidad». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 163-182.

**Resumen**

La pretensión de este trabajo es realizar una reflexión profunda sobre la libertad en el contexto de las relaciones laborales y sociales, destacando su importancia como pilar fundamental en la evolución de la humanidad y la complejidad inherente de este concepto, especialmente en el ámbito sindical.
Para tal fin, se adentra en la historia y evolución de la libertad sindical, así como en el derecho a la libertad sindical desde diversas perspectivas.
Igualmente, se presentan tres ejemplos de sentencias relevantes que ilustran la protección de este derecho fundamental en casos concretos, resaltando la importancia de interpretar dinámicamente este derecho en el contexto contemporáneo, para llegar a la discusión final sobre los retos y desafíos actuales que enfrenta la libertad sindical en las sociedades modernas.

**Palabras clave**

Libertad Sindical; Libertad; Evolución; Derecho Fundamental

**Abstract**

The aim of this work is to reflect deeply of freedom in the context of labour and social relations, highlighting its importance as a fundamental pillar in the evolution of humanity and the inherent complexity of this concept, especially in the trade union sphere.
To this end, it delves into the history and evolution of freedom of association, as well as the right to freedom of association from different perspectives.
It also presents three examples of relevant judgments that illustrate the protection of this fundamental right in concrete cases, highlighting the importance of dynamically interpreting this right in the contemporary context, in order to arrive at a final discussion on the current challenges facing freedom of association in modern societies.

**Keywords**

Freedom of association; Freedom of association; Evolution; Fundamental Right

*El mundo entero tiene un interés práctico en la libertad en todas sus partes y la libertad sindical es un importante elemento de dicha libertad*[1].

## 1. LA LIBERTAD COMO PILAR DE LA EVOLUCIÓN SOCIAL

En este inmenso terreno de relaciones laborales, permítanme desplegar la bandera de la libertad como el maestro de ceremonias de nuestra evolución social. ¿De qué estamos hablando aquí? No solo de leyes laborales y cláusulas contractuales, sino de ese concepto paradigmático que se hace llamar libertad.

La libertad es un pilar fundamental en la historia de la humanidad, junto con la dignidad humana, en la construcción de los derechos individuales. Las libertades públicas, que delimitan el

[1] Jenks, C. W.: "Los convenios y los procedimientos de la OIT en materia de libertad sindical", *Conferencia del Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1965, p. 17.

Fecha Recepción: 11/02/2024 - Fecha Revisión: 26/02/2024 - Fecha Aceptación: 11/03/2024
Págs. 163-182

ámbito de acción del individuo frente al poder de las autoridades, representan una conquista histórica que ha impulsado la emancipación y reafirmación del ser humano en la sociedad[2].

Sin embargo, esta noción es inherentemente compleja y multifacética, sujeta a interpretaciones variadas y contextuales que a menudo desafían una definición precisa y universal. La libertad, al igual que muchos conceptos fundamentales, está imbuida de una ambigüedad inherente que refleja la complejidad de la condición humana y de las dinámicas sociales. La libertad sindical, en particular, se enmarca dentro de esta complejidad, siendo un concepto que abarca dimensiones legales, sociales y económicas intrincadas. Veámoslo.

## 2. LA LIBERTAD SINDICAL EN EL ÁMBITO LABORAL: CONCEPTO Y PRINCIPALES HITOS HISTÓRICOS

La lucha por la libertad sindical se sostiene científicamente al reconocer el derecho fundamental a la libertad individual, una especie de "derecho raíz" que se entrelaza con nuestra existencia. Desde el punto de vista jurídico, la autonomía laboral, traducida en la libertad sindical, no es simplemente un capricho, sino una extensión lógica de los derechos fundamentales. ¿Por qué? Porque la ciencia del derecho, esa guía de buenas prácticas en el mundo legal, reconoce la libertad como el MVP (jugador más valioso) de la dignidad humana. En este gran juego de las relaciones laborales, permitir que los trabajadores formen sindicatos no solo es un acto de puro sentido común, sino también una jugada maestra para equilibrar las reglas del juego y asegurar que todos ganen en el largo plazo. Así, la libertad sindical, respaldada por el derecho a la libertad, se convierte en el as bajo la manga para mantener la integridad individual en el trabajo y construir las bases de una sociedad donde todos tienen su silla en la mesa.

Definir el concepto de se vuelve más complejo cuando consideramos que la libertad siempre es la libertad de los demás. A primera vista, esta noción se vincula directamente con la independencia, con la capacidad de actuar conforme a decisiones propias sin interferencias externas, estableciendo así un sólido fundamento para comprender el significado. Sin embargo, las dificultades emergen al reconocer que, en una sociedad diversa, es necesario armonizar las facultades concedidas a unos con las otorgadas a los demás. En este contexto, la esfera de independencia de un sindicato debe respetar la de otros sindicatos, grupos y personas. La libertad sindical, por lo tanto, no puede ser absoluta como la libertad de Crusoe, sino que hay unas reglas del juego a nivel internacional y nacional[3].

Desde los primeros compases de la historia, los trabajadores ya estaban armando su propio tablero de juego. Los gremios, esos precursores audaces, sentaron las bases para lo que sería un movimiento sísmico en el mundo laboral: los inicios de las organizaciones laborales. Esto es más que una lección de historia, es un recordatorio de que la semilla de la libertad sindical se plantó mucho antes de lo que imaginamos.

### 2.1. Convenio 87 y 98 de la OIT: piedra angular de la libertad sindical

Al hilo de lo anterior, tras varios intentos de establecer un movimiento sindical internacional[4], el principio de libertad sindical encontró su primera expresión global: como un derecho fundamental en el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919.

[2] González Pérez, L. R.: "La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2012, p. 1.

[3] Ojeda Avilés, A.: *Derecho sindical*, Tecnos, 1984, p. 347.

[4] *Vid*. Dunning, H.: "Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, núm. 2, 1998, pp. 167-187.

Allí, entre las metas para mejorar las condiciones laborales y asegurar la paz, resonaba fuerte y claro "el principio de libertad sindical". Este hito no solo marcó una declaración, sino que se considera la constitucionalización a nivel internacional de este derecho fundamental[5]. Posteriormente, en un contexto marcado por la regresión democrática en Europa y el surgimiento de dictaduras que coartaron las organizaciones laborales, se hizo evidente la necesidad de establecer normativas internacionales. Esto no solo buscaba prevenir violaciones a un derecho calificado como fundamental, sino también reconocía el papel vital de empleadores y trabajadores para la estabilidad política y el desarrollo socioeconómico[6]. En 1944, la Declaración de Filadelfia de la OIT reafirmó estos principios fundamentales, destacando que "la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante".

No obstante, no fue hasta la 31ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), en San Francisco, el 9 de julio de 1948, donde se dio el paso definitivo al adoptar el Convenio número 87 sobre Libertad Sindical (C087) y derecho de sindicación, el cual comenzó su vigencia el 4 de julio de 1950. Pocos meses después, la ONU dio luz verde a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que, de manera directa, bebe de las fuentes del C087 al proclamar en su artículo 23.4 que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses", atribuyendo directamente a los empresarios y sus representantes la facultad de organizarse colectivamente para la defensa de sus intereses. Sin embargo, la doctrina[7] ha subrayado la demora en obtener respaldo normativo concreto para un derecho que la propia Constitución había reconocido como fundamental. Este retraso se atribuye a las reticencias de los trabajadores a una regulación internacional, temerosos de que esto pudiera significar una intromisión en la independencia de las organizaciones sindicales. Además, en aquel momento histórico, la preocupación primordial, compartida con las organizaciones de empleadores de países desarrollados, estaba centrada en mejorar las difíciles condiciones de trabajo y vida de los trabajadores, evitando un posible deterioro social[8].

La producción de normativas no se detuvo con la adopción del convenio mencionado. En 1949, se dio luz verde al Convenio número 98 de la OIT (C098), específicamente centrado Derecho de sindicación y de negociación colectiva. Este convenio aborda de manera más detallada la prohibición de injerencias de entidades privadas en la libertad sindical.

Sin embargo, fue necesario esperar hasta el final de la Guerra Fría, en la década de 1990, para que, en medio de la creciente inquietud sobre las implicaciones de la globalización y la liberalización del comercio, se tomaran medidas decididas para el reconocimiento explícito de ciertos principios y derechos como una categoría específica. En la 86ª Reunión de la CIT en 1998, se adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. En esta declaración se establece de manera explícita que todos los miembros tienen el compromiso, derivado de su simple pertenencia a la OIT, de respetar y llevar a cabo de buena fe, y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, los cuales son abordados por los convenios fundamentales, incluyendo la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Esta declaración introdujo una clasificación jerárquica de los convenios existentes en dos categorías: los convenios fundamentales,

[5] García Ninet, I. y Yanini Baeza, J.: "Sentido e impacto de los convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 117, núm. 2, 1997, p. 65.

[6] *Ibidem*, p. 56.

[7] García Ninet, I. y Yanini Baeza, J.: *op. cit.:* pp. 55-56.

[8] Roldán Martínez, A.: "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO, 2019, p. 199.

entre los que se encuentran los C087 y C098, y los convenios técnicos, que podrían considerarse como ordinarios[9].

Así, este viaje histórico nos revela no solo los hitos legales, sino la trama compleja donde la libertad sindical se forjó como un pilar esencial para el avance continuo[10].

### 2.2. La evolución de la libertad sindical en el entorno nacional español: antecedentes históricos

El punto de partida para analizar la evolución histórica de la regulación de la libertad sindical en España se ubica en el año 1836. Este periodo marca un momento crucial, ya que convergen tres circunstancias de diferente naturaleza que permiten llevar a cabo dicho análisis:

— Un aspecto político, caracterizado por la consolidación de los derechos constitucionales tras la caída del Antiguo Régimen, influenciado significativamente por la revolución francesa y respaldado por los ideales de emancipación americana.

— Un componente económico, representado por la revolución industrial. Los abusos, las precarias condiciones de vida del proletariado urbano y las restricciones legales en materia laboral durante este periodo acentúan la necesidad de asociacionismo obrero y, por consiguiente, de su regulación.

— Una dimensión social, marcada por la desaparición del sistema gremial -a través de la combinación de dos disposiciones normativas: el Real Decreto del 20 de enero de 1834, que suprime el fuero privilegiado de los gremios, y el del 2 de diciembre de 1836, que restablece el de las Cortes de Cádiz del 8 de junio de 1813, referente al libre ejercicio de cualquier oficio o profesión-, una estructura previa que influyó en los movimientos laborales del capitalismo posterior. Es aquí cuando surge el sindicalismo[11].

Grosso modo, los hitos fundamentales en la evolución histórica de la libertad sindical en nuestro contexto son los acontecimientos de 1868 y 1931. En 1868, se registra el primer reconocimiento legal del derecho genérico de asociación en nuestro país[12]. Mientras tanto, en 1931, se consolida el reconocimiento específico del derecho de asociación sindical.

Siguiendo esta línea temporal, la historia de España en el siglo XIX y la primera mitad del XX se caracteriza por una marcada resistencia al reconocimiento del derecho de asociación en general, y en particular, al derecho de asociación sindical. Este periodo se destaca por las adversidades que enfrentó el sindicalismo para refugiarse en el derecho general de asociación, que solo de manera

[9] Ojeda Avilés, A.: "Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 434, 2019, p. 31.

[10] El alcance material de la libertad sindical se ha expandido considerablemente, abrazando nuevas incorporaciones parciales a lo largo del tiempo. Esta ampliación incluye disposiciones como las contempladas en el Convenio número 141 de 1975 referente a las organizaciones de trabajadores rurales, el Convenio número 84 de 1947 sobre el derecho de asociación en territorios no metropolitanos, el Convenio número 135 de 1971 sobre representantes de los trabajadores, el Convenio número 151 de 1978 que aborda las relaciones laborales en la Administración Pública, y el Convenio número 154 de 1981 destinado al fomento de la negociación colectiva. Este proceso de expansión demuestra una voluntad continua de adaptarse y abordar nuevas dimensiones de la libertad sindical, reflejando la complejidad y la evolución constante de las relaciones laborales en diferentes contextos y sectores. Este recorrido normativo ilustra el compromiso continuo de la OIT en adaptarse a las transformaciones del mundo laboral y garantizar la protección y promoción de los derechos fundamentales de los trabajadores en diversos ámbitos.

[11] Molero Manglano, C.: *Derecho Sindical*, Dykinson, 1996, pp. 175 a 229. *Vid*. Concretamente, La libertad sindical: evolución histórica, configuración jurídica y Fuentes.

[12] Decreto sobre el derecho de asociación (20 de noviembre de 1868).

forzada pudo ampararlo[13], hasta lograr su consagración auténtica en la II República en 1931, mediante el art. 39 del texto de la Constitución Republicana, que afirma que: "*Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado. Los sindicatos y asociaciones están obligados a inscribirse en el registro público correspondiente, con arreglo a la Ley*".

Lo destacado de esta disposición legal es, sin duda, que por primera vez en nuestra historia se proclama la libertad de sindicación de manera específica, no como una simple variante de la libertad de asociación. Además, subraya la libertad de sindicación de manera incondicional, sin restricciones ni obstáculos que puedan suscitar alguna reserva[14].

Posteriormente, la Ley de 8 de abril de 1932 sobre asociaciones de patronos y obreros se convierte en la primera norma vigente que regula el asociacionismo profesional en nuestro país.

Sus primeros artículos destacan la necesidad de cumplir con sus preceptos al constituirse asociaciones de este tipo con patronos u obreros "para la defensa de los intereses de las clases respectivas, en determinadas profesiones, industrias o ramas de éstas", rectificando la ambigüedad señalada en el texto constitucional. Significativo es el art. 2 de la ley, que elimina cualquier inclinación hacia un sindicalismo corporativista o verticalista, exigiendo que las asociaciones profesionales se constituyan exclusivamente con patronos o exclusivamente con obreros, y que la afiliación sea voluntaria. De esta manera, se garantiza su carácter democrático. Asimismo, entre sus preceptos, que no podemos analizar en su totalidad, destaca especialmente el art. 19, que otorga a estas asociaciones profesionales una facultad extraordinariamente amplia, dejando claro su alcance. De esta manera, se les legitima para ejercitar el derecho de petición, organizar enseñanzas, fundar instituciones de previsión y asistencia social, designar representantes en organismos mixtos, ejercitar acciones ante los tribunales de justicia, intervenir en la celebración de pactos o contratos colectivos de trabajo, comparecer ante los tribunales industriales y concertar uniones permanentes o circunstanciales con otras asociaciones[15].

Tras esto, podemos destacar la Ley de 9 de febrero de 1939, que marcó un punto de inflexión al declarar "fuera de la Ley" a todos los partidos y agrupaciones, incluidos los sindicatos, que formaron parte del "Frente Popular" durante las elecciones de 1936. Posteriormente, el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 estableció la Organización Nacional Sindicalista, basada en los principios de unidad, totalidad y jerarquía, rompiendo con el pluralismo de la ley republicana de 8 de abril de 1932. Este modelo de sindicato único y vertical integró tanto a trabajadores como a empresarios, bajo la doctrina del régimen franquista. Sin embargo, España abandonó la OIT en 1941, antes de que se promoviera una revisión política y jurídica para fortalecer su dimensión humanitaria[16].

Seguidamente, en la llamada "segunda etapa del franquismo", se produjo una cierta apertura que favoreció la evolución del sindicato oficial y del movimiento sindical clandestino[17]. España

[13] Es pertinente destacar que, durante esta prolongada etapa de lucha por el reconocimiento formal y efectivo, las asociaciones obreras se vieron obligadas a vivir en la clandestinidad o a camuflarse de diversas maneras para beneficiarse de la protección brindada por normas que no estaban originalmente diseñadas para ellas. En este contexto, encontraron refugio con mayor frecuencia en el cooperativismo, las sociedades de socorros mutuos o aquellas de carácter cultural. *Vid*. De La Villa, L. E.: Palomeque López, M. C.: *Lecciones de Derecho de Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1977, p. 142.

[14] Molero Manglano, C.: *op. cit*. p. 201.

[15] Molero Manglano, C.: *op. cit.,* pp. 201 y 202.

[16] Argüelles Blanco, A. R.: "Recepción en España y dificultades de aplicación de los Convenios Fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98", *Doc. Labor*., vol. 1, núm. 116, 2019, pp. 18 y 19.

[17] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete C. y Moreno Vida, Mª.N.: *Manual de Derecho Sindical*, (8ª ed.), Editorial Comares, 2013, p. 37.

regresó a la OIT en 1956, pero no ratificó los convenios sobre libertad sindical hasta más tarde. La Ley de Convenios Colectivos de 1958 representó un cambio significativo al respaldar legalmente la negociación entre trabajadores y empresarios[18], lo que marcó el inicio de una mayor flexibilidad en las condiciones laborales.

Más tarde, en 1962, la "huelgona" fue un hito importante en esta evolución, desencadenando una serie de protestas que se extendieron más allá de la industria minera, evidenciando el creciente descontento social. La OIT creó un Grupo de Trabajo en 1967 para examinar la situación laboral y sindical en España, destacando numerosas quejas sobre la falta de libertades sindicales[19]. En este contexto, se aprobó la Ley Sindical 2/1971, aunque fue criticada por su falta de avances significativos en materia de libertad sindical.

Posteriormente, la transición, por su parte, fue una nueva era. Tras el fallecimiento de Franco y la desconcertante reacción colectiva que, a pesar de la prolongada agonía, ello genera, se suceden tres etapas que podríamos caracterizar de la siguiente manera: la consolidación de la transición o posfranquismo, la transición constituyente y la transición constitucional. Desde la perspectiva sindical, después de que la discusión sobre la Ley de Relaciones Laborales marcara el límite del sistema franquista al otorgar una amplia gama de conquistas individuales y continuar negando aperturas en el ámbito de las relaciones colectivas, el segundo semestre de 1976 comienza a presenciar iniciativas y episodios de interés[20].

En relación con los Convenios de la OIT previamente mencionados, la recepción normativa en España de los mismos - sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (C087) y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (C098)- marcó un hito significativo en la historia laboral del país. Sin embargo, este proceso se llevó a cabo tardíamente, casi treinta años después de la adopción de los convenios. En este sentido, fue en abril de 1977[21] cuando España ratificó ambos convenios, lo que representó un cambio crucial en nuestras relaciones laborales. Este retraso en la ratificación estuvo profundamente influenciado por el modelo de Estado y las relaciones laborales que se habían establecido tras la Guerra Civil y el periodo de dictadura militar.

Este punto de inflexión marcó el inicio de una nueva era, donde la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva comenzaron a ser reconocidos y protegidos de manera más amplia y efectiva en el panorama laboral español[22].

[18] Mateos, A.: "La Denuncia del Sindicato Vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1939-1969)", *Consejo Económico y Social*, Vol. II-1, 1997, p. 244.

[19] Bonet Pérez, J.: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 491.

[20] Molero Manglano, C.: *op. cit.,* p. 220.

[21] La Ley 19/1977, del 1 de abril, marca un hito al reconocer en su exposición de motivos la necesidad de proteger la libertad de asociación sindical de los trabajadores y empresarios para la defensa de sus intereses peculiares. Este reconocimiento se alinea con los convenios internacionales, especialmente los números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
En consonancia con estas aspiraciones, varias disposiciones de esta ley incorporaron las previsiones del Convenio 87. En el mismo año, el Decreto-ley 17/1977, del 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, revisó las reglas existentes sobre negociación colectiva. El objetivo declarado fue armonizar estas disposiciones con la nueva situación creada, destacando la legitimación de la huelga como una acción de apoyo a las reivindicaciones colectivas laborales.

[22] Argüelles Blanco, A. R.: *op. cit.,* p. 18.

### 2.3. La llegada de la Constitución: la libertad sindical como derecho fundamental

En el proceso de definir y coordinar las reglas del juego, la Constitución desempeña un papel determinante[23]. El reconocimiento del derecho a la libertad sindical por parte de las autoridades públicas se originó tras superar períodos aparentemente contradictorios, transitando desde momentos de represión hacia una fase de tolerancia hacia las asociaciones de trabajadores[24]. En la actualidad, la regulación del derecho de libertad sindical se encuentra establecida en España en la Constitución de 1978 (CE), específicamente en los siguientes artículos:

Art. 7. "*Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*".

Art. 28.1. "*Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato*".

En este sentido, el art. 28 se encuentra en el Título I de la CE, el cual aborda los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Este posicionamiento dentro del marco constitucional es muestra de la naturaleza jurídica de la libertad sindical en España, que se fundamenta en su carácter de derecho fundamental, que implica su reconocimiento y protección por parte del Estado. Se considera un derecho de carácter individual y colectivo, ya que protege tanto el derecho de los trabajadores a formar y afiliarse a sindicatos como el derecho de estos sindicatos a actuar en defensa de los intereses laborales de sus afiliados. Además, se relaciona estrechamente con otros derechos fundamentales, como la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, lo que refuerza su naturaleza jurídica como un pilar fundamental del ordenamiento laboral español. En primer lugar, la libertad sindical se asocia principalmente con la autonomía del individuo y los grupos, lo que implica la capacidad de autorregulación dentro de su esfera[25]. En este sentido, es crucial recordar el principio general de autonomía de la voluntad, donde lo que no está expresamente prohibido se considera permitido. Esta interpretación sugiere una mirada restrictiva hacia las limitaciones legales, incluidas las constitucionales[26]. En segundo lugar, esta autonomía debe entenderse también como una de las libertades públicas, lo que implica la necesidad de relacionarla con otras libertades para comprenderla plenamente[27]. Además, es evidente su estrecha relación con la libertad de asociación, al punto que se podría aplicar por analogía el principio hermenéutico de las normas dictadas para las asociaciones en caso de lagunas legales.

[23] Ojeda Avilés, A.: *Derecho sindical*, Tecnos, 1984, p. 347.

[24] García Viñá, J.: "El concepto de Libertad Sindical Individual en España", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 4, 2022, p. 76.

[25] *Cfr*. Carnelutti, F.: "Certezza, autonomía, liberta, diritto", *Diritto dell'Economia*, núm. 10, 1956, p. 1188; Alonso García, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo,* Bosch, Barcelona, 1958, pp. 18-19, y Simi, V.: *Il favore del ordinamento giuridico per i lavoratori,* Giuffrè, Milán, 1967, p. 150.

[26] Ojeda Avilés, A.: *op. cit.*, p. 349.

[27] Entre otros autores, Verdier, J. M.: "Quelques reflexions sur les problémes poses par les dispositions de l'avant-projet de Constitution espagnole relatives aux syndicats et au droit sindical", *Congreso Trabajo y Constitución*, Sevilla, 1978 p. 4, indicó que el grado de libertad de acción que pueden disfrutar las organizaciones sindicales está directamente relacionado con el nivel de reconocimiento efectivo de las libertades públicas. En línea con esta perspectiva, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) declaró en una resolución de 1970 que la falta de libertades civiles priva al concepto de derechos sindicales de toda su significación.

Siguiendo con el contenido de estos preceptos de la CE, se abordan aspectos fundamentales relacionados con la libertad sindical y la organización tanto de los sindicatos de trabajadores como de las asociaciones empresariales. En el art. 7, vislumbramos la libertad sindical en su pleno esplendor, donde los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales se erigen como protagonistas en la escena. Por su parte, en el art. 28.1 se nos presenta un derecho fundamental: la posibilidad de sindicarse libremente, con ciertos matices y límites de esta libertad, asegurando que cada ciudadano tenga el derecho de elegir su afiliación sin imposiciones.

No obstante, el análisis detenido de los arts. 7 y 28 CE revela que, por sí solos, no determinan de manera exhaustiva el concepto de libertad sindical. Estos preceptos constituyen una base fundamental, pero es necesario reconocer que este derecho abarca dimensiones más amplias y complejas. Es un término que va más allá de la mera literalidad de la ley; es una expresión compacta que oculta una riqueza semántica sorprendente[28]. Dicha complejidad ha sido objeto de debate y reflexión por parte del Tribunal Constitucional[29], que ha establecido que este derecho no solo se fundamenta en los mencionados artículos constitucionales, sino que también incorpora elementos adicionales que deben ser considerados. Este enfoque multidimensional de la libertad sindical, donde confluyen aspectos legales, sociales y culturales, evidencia la necesidad de un análisis integral que trascienda los límites normativos establecidos[30].

Dicho esto, es importante reconocer que, aunque los arts. 7 y 28 CE establecen una base fundamental para el concepto de libertad sindical, su comprensión va más allá de estos preceptos constitucionales, incluyendo - junto a la Constitución de 1978, los convenios y recomendaciones de la OIT ya mencionados, las normas de la Unión Europea[31] y las interpretaciones de los tribunales[32]-: la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS)[33], la Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical[34], el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo[35], el Estatuto de los Trabajadores (ET)[36] y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)[37].

## 3. UNA BREVE REFERENCIA A LA TITULARIDAD Y EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL: PERSPECTIVAS INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Tras este análisis, surge una pregunta clave: ¿cómo se concreta la titularidad y el contenido del derecho a la libertad sindical en la CE? Veámoslo.

### A) *Titularidad*

A este tenor, el art. 28.1 CE reconoce el derecho a sindicarse libremente para "todos". Por lo tanto, surge la pregunta sobre a quiénes se refiere exactamente esta expresión utilizada en el precepto constitucional para determinar quiénes son los titulares de este derecho fundamental.

[28] Romagnoli, U.: "La libertad sindical, hoy", *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, p. 18.
[29] STC 23/1983, de 25 de mayo y STC 94/1995, de 19 de junio.
[30] García Viña, J.: *op. cit.,* p. 76.
[31] *Vid*. Burgos Aduriz, A.: "La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea ¿cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos?: Contradicciones con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", *Revista de estudios europeos*, núm. 71, 2018, pp. 259 y ss.
[32] *Vid*. Valdés Dal-Ré, F.: "La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2016, pp. 529 y ss.
[33] BOE, núm. 189, de 08/08/1985.
[34] BOE, núm. 80, de 04/04/1977.
[35] BOE, núm. 58, de 09/03/1977.
[36] BOE, núm. 255, de 24/10/2015.
[37] BOE, núm. 245, de 11/10/2011.

Desde una perspectiva constitucional, la libertad sindical se aplica exclusivamente a todos los trabajadores. Esta interpretación se fundamenta al conectar el art. 28.1 con el art. 7, donde se mencionan explícitamente los sindicatos de trabajadores[38].

Sin embargo, el concepto de "trabajadores", como ha señalado Vida Soria[39], no debe entenderse únicamente en el contexto de una relación contractual típica de trabajo, sino que debe interpretarse desde una perspectiva sociológica como personas que dependen habitualmente de su trabajo para vivir. Esta interpretación es coherente con la Constitución misma, ya que permite afirmar que el derecho de sindicación se extiende no solo a los trabajadores bajo una relación laboral, sino también a los funcionarios públicos.

No obstante, el art. 28.1 CE, revela que el reconocimiento universal de este derecho tiene sus limitaciones y excepciones -como en el caso de las fuerzas armadas, miembros de la Guardia Civil, Jueces y Magistrados y Ministerio Fiscal, que están excluidos; y el caso de penados en instituciones penitenciarias, personal civil de establecimientos militares y la policía, cuyos derechos están limitados[40]-. Además, el ejercicio de este derecho puede presentar particularidades para los funcionarios públicos[41]. Esto plantea dos cuestiones esenciales: la posibilidad de establecer limitaciones o exclusiones para ciertos grupos mediante la normativa que desarrolle este precepto constitucional, y la expansión del ámbito de aplicación del derecho colectivo del trabajo, que no solo abarca a los trabajadores ordinarios, sino también a los funcionarios públicos[42].

Estas consideraciones están contempladas en la LOLS, especialmente en su artículo primero, que detalla las inclusiones, exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de libertad sindical[43]. En este sentido, la LOLS, reconoce el derecho a sindicarse libremente a todos los trabajadores, ya sean parte de una relación laboral o de una relación administrativa o estatutaria con las administraciones públicas (arts. 1.1 y 1.2). Además, esta ley incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia que no tienen empleados a su cargo, a los desempleados, a los jubilados y a los trabajadores que hayan dejado de trabajar debido a una incapacidad, aunque impone ciertas limitaciones sobre el ejercicio de este derecho por parte de estos grupos. Estas limitaciones establecen que solo pueden afiliarse a sindicatos ya existentes y no pueden formar organizaciones sindicales para defender sus intereses individuales, "sin perjuicio de su capacidad para formar asociaciones según la legislación específica" (art. 3.1)[44].

Por tanto, se observa que la disposición contenida en el art. 28 CE se detalla y amplía mediante una ley orgánica específica, conocida como la LOLS, según lo dispuesto en el art. 53 de la misma

[38] Vidal Marín, T.: "La Libertad Sindical", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 4, 2000, p. 206.

[39] Vida Soria, J.: y Sala Franco, T.: "Informe acerca de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos", *Documentación Administrativa*, núm. 204, 1985, p. 217.

[40] A este respecto, *vid*. el análisis tan completo planteado por el Prof. García Viñá, J.: *op. cit.,* pp. 84 a 91.

[41] *Vid*. Convenio número 151 OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

[42] García Viñá, J.: *op. cit.,* p. 79.

[43] Camps Ruiz, L.: "La titularidad de la libertad sindical: inclusiones y exclusiones", en VV.AA.: *Sindicalismo y democracia: el "Derecho sindical español" del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016),* 2017, pp. 213 y ss.

[44] Esta legislación refleja la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, que niega a los trabajadores desempleados, jubilados y afectados por una incapacidad la posibilidad de fundar sindicatos, argumentando que para ejercer este derecho es necesario estar activo en una profesión, lo que no se aplica a estos grupos. Respecto a los trabajadores por cuenta propia, el Tribunal Supremo justifica esta limitación argumentando que los sindicatos se forman para representar a personas vinculadas por un contrato de trabajo con un empleador, situación que no se da en este grupo de trabajadores, por lo que carecería de sentido otorgarles la capacidad de formar sindicatos (Ver, entre otros, la sentencia del TS de 11 de abril de 1979). *Vid*. Vidal Marín, T.: "La Libertad Sindical", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 4, 2000, p. 207.

CE. La combinación de las normativas, es decir, la legislación ordinaria (ET) y la de naturaleza constitucional (LOLS), crea un entorno de garantías destinado a asegurar el derecho de negociación de las organizaciones debidamente legitimadas. En caso de no cumplir con este marco regulatorio, podríamos observar no solo un incumplimiento de las normas procesales en dicha negociación, sino también un impacto directo en el propio derecho fundamental[45].

B) *Contenido*

En cuanto al contenido del derecho a la libertad sindical, ¿cómo se manifiesta el contenido esencial del derecho de la misma? En primer lugar, se distinguen dos formas de expresión de este derecho, reflejadas en los derechos reconocidos por la Constitución: la vertiente organizativa y la dinámica[46]:

— La vertiente organizativa, que se refiere a la estructura estática del derecho.

— La vertiente dinámica, que abarca los mecanismos de acción para defender los derechos otorgados por la Constitución a los titulares del derecho[47].

El art. 28.1 CE nos revela el núcleo esencial, donde los trabajadores tienen el derecho fundamental de formar sindicatos y unirse libremente al de su elección, mientras que los sindicatos pueden establecer confederaciones u organizaciones sindicales internacionales. En sintonía con esto, la LOLS abarca el derecho del trabajador a crear organizaciones sindicales y unirse a ellas sin necesidad de autorización previa, así como el derecho de los sindicatos a formar federaciones y afiliarse o retirarse de ellas libremente[48].

Pero además de la libertad de asociación sindical, es esencial la prohibición de obligar a cualquier trabajador a unirse a un sindicato, como lo confirma el art. 28.1 CE y la LOLS. Aunque esta faceta negativa no está explícitamente establecida en los convenios internacionales pertinentes, como el C087, su importancia radica en salvaguardar la autonomía de los trabajadores frente a cualquier presión externa.

Como destaca Santamaría Pastor[49], esta prohibición es crucial para proteger la libertad sindical de cualquier interferencia, ya sea del gobierno o de terceros, y garantizar que la decisión de unirse o no a un sindicato sea completamente libre de cualquier discriminación. A pesar de esta protección, es posible que se implementen medidas legales para fomentar la sindicación, de acuerdo con las funciones asignadas a los sindicatos por el art. 7 de la CE.

No obstante, es importante destacar que núcleo esencial del derecho de sindicación va más allá de lo establecido en el art. 28.1 CE. Este precepto constitucional aborda únicamente la vertiente organizativa o asociativa[50]. Sin embargo, al interpretar este precepto junto con el art. 7, se reconoce el derecho a obtener los medios para defender y promover los intereses de los trabajadores, que se concretan en otros derechos también regulados en la CE, como el derecho de negociación colectiva, el derecho de huelga y la facultad de promover conflictos colectivos[51].

[45] Vila Tierno, F.: "Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023, p. 1.
[46] García Viñá, J.: *op. cit.,* p. 77.
[47] *Ibid.*
[48] Vidal Marín, T.: "La Libertad Sindical", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 4, 2000, p. 214.
[49] Santamaría Pastor, J.A.: "Artículo 28", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla (Dir.), Madrid, 1985, p. 568.
[50] Vidal Marín, T.: *op. cit*., p. 216 y García Viñá, J.: *op. cit*., p. 77.
[51] García Viñá, J.: o*p. cit*., p. 77.

Es decir, para determinar el alcance completo de esta libertad, teniendo en cuenta el art. 7, así como es esencial interpretar el mencionado precepto constitucional en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España, tal como lo establece el art. 10.2 CE. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las funciones asignadas constitucionalmente a los sindicatos, que incluyen la defensa de los intereses de los trabajadores según lo estipulado en el art. 7 CE, podemos afirmar que, para el ejercicio efectivo de estas funciones, los sindicatos necesitan ejercer una serie de derechos – aquí ya encontramos la mencionada vertiente dinámica-. Estos derechos, por lo tanto, constituyen manifestaciones de la libertad sindical en su dimensión colectiva y forman parte del contenido esencial del derecho consagrado en el art. 28.1 CE. Según los tratados internacionales, estos derechos de actividad sindical incluyen principalmente el derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a tomar medidas de conflicto colectivo[52]. Además, la LOLS reconoce que este derecho a la actividad sindical es parte integral de la libertad sindical.

En adición, el Tribunal Constitucional ha expresado que el art. 28.1 engloba derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos, como la huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos. Estos derechos, al contribuir de manera fundamental al desarrollo de las funciones que los sindicatos deben cumplir según el art. 7, conforman el núcleo esencial e inalienable de la libertad sindical[53].

El Tribunal Constitucional no se limita a esto, sino que va más allá. Además de los derechos de actividad sindical que constituyen el núcleo básico e inalienable de la libertad sindical, considera que las organizaciones sindicales pueden ejercer otras facultades o derechos adicionales, reconocidos por normas de rango infraconstitucional, como leyes y convenios colectivos. Estos derechos adicionales forman parte del contenido del derecho de sindicación. Por lo tanto, junto con el contenido esencial, también se incluye un contenido adicional, aunque no profundizaremos en ello en este momento.

Para concluir el análisis sobre el contenido esencial del derecho de sindicación, es crucial mencionar la libertad de organización y funcionamiento de los sindicatos, ya que constituye uno de los elementos fundamentales de este derecho. Según lo establecido en el art. 7 CE, la capacidad del sindicato para dotarse de su propia estructura interna y funcionamiento es parte integral del núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 28.1 CE. Su plasmación a nivel legal se integra en el art.2.2.a) de la LOLS[54].

C) *Vertiente individual y colectiva*

Por último, cabe destacar que el Tribunal Constitucional adopta una concepción subjetiva del modelo protector de la libertad sindical, otorgando diferentes niveles de garantías según quién sea el titular del derecho ejercido[55].

En este sentido, se pretende proteger especialmente a los sindicatos, considerando que son titulares de un derecho fundamental privilegiado. En caso de violaciones a estos derechos, si afectan a una organización sindical, se consideran lesiones al derecho de libertad sindical y se ejerce la protección en virtud de su carácter fundamental. Por otro lado, si el sujeto afectado no es un sindicato, la protección se otorga en función de la naturaleza del derecho infringido, ya sea el derecho de huelga, el derecho de negociación colectiva o el derecho de adopción de conflictos colectivos[56].

[52] Vidal Marín, T.: *op. cit.,* p. 216.
[53] STC 30/92, caso Despido de dependiente 1ª.
[54] Vidal Marín, T.: *op. cit.,* p. 219.
[55] Vid, como ejemplos, STC 18 de mayo de 1993, STC 18 de diciembre de 1995 y STS 9 de mayo de 2008.
[56] García Viñá, J.: *op. cit.,* p. 77.

Vemos, por ende, que la protección jurídica otorgada cambia en función de diferentes contextos y situaciones. En esta línea, podemos hablar de dos aspectos fundamentales, dependiendo de quién sea el titular de cada derecho: la libertad sindical individual y la libertad sindical colectiva, que ya hemos ido atisbando en este epígrafe[57]:

— Individual: engloba los derechos de los trabajadores considerados individualmente.

— Colectiva: abarca los múltiples derechos de los sindicatos constituidos.

## 4. UNA VISIÓN ACTUALIZADA DE LA LIBERTAD SINDICAL

Tras analizar detalladamente los epígrafes precedentes, es crucial detenernos ahora en ofrecer una visión actualizada de este derecho, puesto que no es estático, sino que está sujeto a cambios y adaptaciones conforme evolucionan las dinámicas del mercado laboral, que ya se ha puesto de manifiesto en su evolución histórica. Para respaldar esta afirmación, hemos de dar la mano a la jurisprudencia, como ese "intérprete" activo de las leyes y regulaciones, que aporta claridad y coherencia en el contexto contemporáneo.

Para tal fin, se han seleccionado sentencias judiciales de variedad que ejemplifican la protección tanto de la vertiente individual como colectiva, destacando cómo los tribunales han abordado cada caso concreto, reflejando la importancia de interpretar y aplicar este derecho de manera dinámica. En última instancia, esta visión actualizada subraya la necesidad de que el marco legal y jurisprudencial se adapte constantemente para garantizar su efectividad y relevancia en la protección de los derechos de los trabajadores en el siglo XXI.

### A) *Primer ejemplo*

Como primer ejemplo, tenemos una sentencia representativa en materia de vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente individual fue el caso del "Regalo de un bono de hotel a cambio de un voto" (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, núm. 1097/2021, de 10 de Noviembre - Rec. 110/2020[58]).

En la sentencia, se argumenta que la actuación del Sindicato de Enfermería (SATSE) al ofrecer un bono de 100 € a sus afiliados que acreditaran haber votado en las elecciones sindicales celebradas el 8 de mayo de 2019 para la elección de miembros de las juntas de personal y comités de empresa de los centros adscritos a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical, tal como está proclamado en el art. 28.1 CE.

La oferta del bono constituye una actuación que busca incentivar la participación en las elecciones sindicales mediante una recompensa económica directa, lo cual puede coaccionar o influir indebidamente en la voluntad de los trabajadores a la hora de ejercer su derecho al voto, distorsionando el proceso electoral y afectando la libertad de elección de los trabajadores, contraviniendo así el principio de libertad sindical, que garantiza la autonomía y la independencia de las organizaciones sindicales, así como el derecho de los trabajadores a elegir libremente su representación sindical sin coacciones ni presiones indebidas.

Aunque las normas generales no preveían este tipo de práctica, el Tribunal Supremo condenó al sindicato a pagar una indemnización de 3.000 euros a favor de la federación sindical demandante,

[57] Dado que nuestra misión y objetivo es proporcionar una visión general de la libertad sindical, no nos centraremos en abordar detalladamente los aspectos individuales y colectivos de este derecho en este artículo

[58] ECLI: ES:TS:2021:4338.

aunque no se anularon los resultados electorales. Los magistrados consideraron que esta acción lesionaba el aludido derecho fundamental de los afiliados, poniendo en peligro la calidad democrática del proceso electoral y el principio de igualdad de armas. A pesar de que la oferta no condicionaba el regalo a una opción sindical específica, el tribunal señaló que indirectamente se buscaba promover la movilización para votar a cambio de un incentivo económico. La conducta fue ubicada en el marco legal que prohíbe vicios graves que puedan afectar las garantías del proceso electoral y alterar su resultado. La sentencia destacó que esta práctica constituía una grave intromisión en los resultados electorales y excedía los límites de las herramientas electorales legítimas de los sindicatos. Aunque el sindicato aceptó los resultados electorales, el tribunal consideró necesario fijar la mencionada indemnización como medida disuasoria y para prevenir futuras violaciones de la libertad sindical.

El argumento jurídico utilizado en esta sentencia en relación con la vulneración de la libertad sindical se basa en varios puntos:

i) Normativa aplicada: se invoca el art. 28.1 CE que reconoce y garantiza el derecho de libertad sindical, así como disposiciones de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG) y la Ley de Libertad Sindical (LOLS).

ii) Hechos probados: se detallan los hechos relacionados con la convocatoria de elecciones sindicales y la oferta del sindicato SATSE a sus afiliados de un bono de 100 euros por votar.

iii) Análisis jurídico:

- Constitucionalidad de la oferta: se argumenta que la oferta del bono constituye una injerencia ilegítima en el proceso electoral al ofrecer una recompensa económica a cambio del voto, lo cual atenta contra el principio de igualdad y limpieza en los procesos electorales.

- Interpretación de la normativa: aunque la normativa específica sobre elecciones sindicales no prohíbe expresamente este tipo de acciones, se recurre a la normativa electoral general y al principio de igualdad democrática para fundamentar la ilegalidad de la oferta.

- Daños y perjuicios: se solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho de libertad sindical. Se justifica la cuantía de la indemnización con referencia a la multa máxima prevista en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), con el objetivo de prevenir futuras conductas similares.

En resumen, el argumento principal se basa en que la oferta del bono de 100 euros por votar constituye una injerencia ilegítima en el proceso electoral sindical, vulnerando el derecho de libertad sindical de las demás organizaciones participantes y distorsionando la igualdad y limpieza del proceso.

Así, la sentencia establece un precedente importante en la regulación de la conducta de los sindicatos durante los procesos electorales, enfatizando en la necesidad de mantener la imparcialidad y la integridad en estos procesos, evitando cualquier acción que pueda influir indebidamente en la toma de decisiones de los trabajadores. Asimismo, yendo a un elenco más filosófico, la sentencia plantea preguntas sobre la ética y la moralidad en la conducta de los sindicatos durante los procesos electorales, en cuanto al ofrecimiento de incentivos económicos a cambio de votos.

B) *Segundo ejemplo*

Asimismo, es pertinente mencionar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, núm. 775/2021, de 9 Julio - Rec. 155/2019[59]. En esta sentencia, la parte demandante, representada por el Sindicato CSIT Unión Profesional, alegó la vulneración de la libertad sindical por parte de la Universidad Rey Juan Carlos. La demanda se centró en el hecho de que varios delegados sindicales fueron privados de herramientas fundamentales para ejercer su labor sindical durante tres días en plena campaña electoral. La demanda, además, buscaba la declaración de vulneración de derechos fundamentales, la nulidad de la conducta de la demandada, el cese inmediato del comportamiento hacia los delegados sindicales, y una indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, el Tribunal determinó que la auditoría de los ordenadores de los delegados sindicales durante una campaña electoral sindical no constituye una vulneración de su libertad sindical, especialmente si esta medida no impide el uso de otros medios electrónicos. Por tanto, desestimó la demanda, declarando la inexistencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical.

La sentencia se basó en los hechos probados, que incluían la realización de una auditoría en la Universidad, durante la cual se retiraron los ordenadores de varios candidatos a las elecciones sindicales. Sin embargo, se alude a que esta acción no constituyó una vulneración del derecho a la libertad sindical, ya que el sindicato tenía a su disposición un local con los medios necesarios, incluidos los electrónicos, para llevar a cabo su labor sindical.

Los magistrados destacaron que, si bien la auditoría se llevó a cabo durante el periodo de campaña electoral sindical, la retirada de los ordenadores de los despachos de los trabajadores que eran candidatos no infringió el derecho fundamental a la libertad sindical. Esto se debe a que no se pudo constatar que los ordenadores, como herramientas de trabajo, estuvieran destinados también al ejercicio de la actividad sindical. Además, no se encontró evidencia de que los ordenadores, exclusivamente ellos, contuvieran información sindical relevante para la campaña electoral.

Los indicios presentados fueron suficientes para activar la inversión de la carga de la prueba, lo que obligó a la empresa a justificar objetiva y razonablemente que esta acción no obstaculizaba la actividad sindical. Sin embargo, estos indicios fueron desvirtuados al demostrar que la retirada de los ordenadores estaba justificada por la auditoría en curso para detectar posibles irregularidades.

En este sentido, la auditoría se realizó durante la mitad del periodo de propaganda electoral, afectando a los ordenadores de cinco trabajadores candidatos a las elecciones sindicales. Aunque uno de ellos señaló que su ordenador estaba configurado con autorización de la Universidad y que el correo electrónico del Sindicato había sido creado por los informáticos de la institución, no se pudo confirmar lo mismo para los demás afectados. Todos los ordenadores fueron devueltos tres días después, antes de que finalizara la campaña electoral.

Así, la coincidencia temporal con la campaña electoral fue parcial y no se encontró evidencia de que esto afectara la capacidad del sindicato para llevar a cabo su propaganda electoral, ya que disponía de un local con todos los medios necesarios, incluidos los electrónicos, para realizar su campaña, por lo que el Tribunal Supremo concluyó que la simple retirada de los ordenadores durante la campaña electoral no violó el derecho a la libertad sindical en cuanto a la acción sindical, dado que no impidió el uso de otros medios electrónicos.

[59] ECLI: ES:TS:2021:3223.

En este caso, la sentencia avala la auditoría de los ordenadores de los delegados sindicales durante la campaña electoral sindical y establece límites claros en cuanto a la injerencia de los empleadores en las actividades sindicales de los trabajadores. Si bien reconoce que la auditoría en sí misma no constituyó una violación del derecho a la libertad sindical, también establece que esta medida debe ser justificada y no debe obstaculizar la actividad sindical de ninguna manera. De igual manera, nos plantea interrogantes sobre el equilibrio entre la privacidad y la transparencia en las relaciones laborales, en el sentido de proteger los derechos de los trabajadores sin obstaculizar la capacidad de los empleadores para gestionar eficazmente sus operaciones.

C) *Tercer ejemplo*

Cabe destacar, como ejemplo relevante y reciente en nuestra jurisprudencia constitucional, la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 142/2022, de 14 de noviembre – Rec. 5551/2021[60]. El caso se refiere a unas elecciones sindicales llevadas a cabo en el hospital público *El Bierzo de Ponferrada de SACYL (Salud de Castilla y León)*. En estas elecciones, la mesa electoral rechazó la proclamación definitiva de los candidatos presentados por la Confederación General del Trabajo, ya que su lista no incluía, al menos, el mismo número de candidatos que puestos a cubrir. Después de que un arbitraje emitiese un fallo parcialmente favorable a la central sindical, un juzgado de lo social ratificó la decisión de la mesa y negó la proclamación de los candidatos afectados por este defecto, que no pudo ser corregido.

En la sentencia se analiza si la decisión judicial de confirmar el acuerdo de la mesa electoral en el proceso de convocatoria de elecciones a los órganos de representación de los funcionarios públicos en el hospital *El Bierzo de Ponferrada* vulnera el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante de amparo, tal como se establece en el art. 28.1 CE. Esta situación surge debido a que la candidatura del sindicato demandante no fue proclamada definitivamente al haberse reducido el número de candidatos suficientes por bajas imprevistas desde su proclamación provisional.

Para resolver este caso, el tribunal reafirma la jurisprudencia establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 13/1997, de 27 de enero - Rec. 1487/1995[61] y Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 200/2006, de 3 de julio – Rec. 2305/2003[62], concluyendo que era necesario requerir de oficio la subsanación antes de adoptar una resolución definitiva[63]. Según esta jurisprudencia, cuando el art. 8.1 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, y el art. 16.1 del Real Decreto 1846/1994, que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado, establecen que la mesa electoral puede requerir la subsanación de los defectos observados hasta la proclamación definitiva de los candidatos, en los casos en que haya una reducción del número mínimo de candidatos antes de esta proclamación definitiva, la mesa electoral está obligada a requerir de oficio su subsanación antes de tomar una decisión sobre la proclamación definitiva de las candidaturas. Dado que en este caso no se realizó dicho requerimiento, se infringió uno de los aspectos del derecho fundamental a la libertad sindical mencionado anteriormente y se resolvió a favor del recurso de amparo presentado debido a la violación del derecho a la libertad sindical.

[60] ECLI:ES:TC:2022:142.

[61] ECLI:ES:TC:1997:13.

[62] ECLI:ES:TC:2006:200.

[63] Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A.: "Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2022", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023, p. 192. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.07

El argumento jurídico utilizado en esta sentencia en relación con la vulneración de la libertad sindical se centra en los siguientes puntos:

1. Normativa aplicada: se hace referencia al art. 28.1 CE, que protege el derecho a la libertad sindical, así como al Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, que regula las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado.

2. Hechos probados: el sindicato demandante de amparo presentó su candidatura para las elecciones sindicales con el número necesario de candidatos. Sin embargo, debido a renuncias sobrevenidas, el número de candidatos se redujo, lo que llevó a la mesa electoral a denegar la proclamación definitiva de la candidatura sin requerir previamente la subsanación del defecto.

3. Análisis jurídico: el tribunal establece que la interpretación de la normativa por parte de la mesa electoral y confirmada por la sentencia impugnada contraviene la jurisprudencia constitucional establecida en casos similares. Se argumenta que, ante la reducción sobrevenida del número mínimo de candidatos, la mesa electoral está obligada a requerir de oficio la subsanación de la candidatura antes de tomar una decisión sobre su proclamación definitiva. Al no hacerlo así, se obstaculizó la participación del sindicato demandante en el proceso electoral, lo que constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical.

En conclusión, se declara que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante de amparo al no permitir la subsanación de la candidatura antes de denegar su proclamación definitiva. Por tanto, se anulan estas resoluciones y se restablece el laudo arbitral que concedió un plazo para la subsanación de la candidatura del demandante de amparo.

Esta sentencia se basa en jurisprudencia previa, específicamente en casos similares resueltos por el Tribunal Constitucional, por lo que consolida la jurisprudencia anterior y brinda coherencia y consistencia en la interpretación de la ley. Esto fortalece la protección de la libertad sindical al establecer claros criterios y procedimientos para garantizar la participación plena y equitativa de los sindicatos en los procesos electorales.

D) *Cuarto ejemplo*

Otro ejemplo que podemos destacar es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, núm. 267/2023, de 12 de abril – Rec. 4/2021[64]. En esta sentencia, se aborda una queja presentada por el sindicato USO, alegando que en la constitución de la comisión negociadora para el XV Convenio Colectivo de Repsol Química S.A. en 2020, se vulneró su libertad sindical. La disputa se centra en la composición de la comisión, donde USO, a pesar de contar con representatividad, quedó excluido. La sentencia analiza si una sección sindical, aunque sea pequeña, puede quedar excluida de la negociación por decisiones mayoritarias que reduzcan el número de miembros de la comisión. La posición del sindicato USO es que esta exclusión constituye una lesión a su libertad sindical en la negociación colectiva.

Las partes demandadas (Repsol Química S.A.: Comisiones Obreras, UGT, y STR) argumentan que la exclusión no implica una vulneración de la libertad sindical, ya que se respeta el derecho a negociar al permitir la participación inicial de USO en la reunión. Además, sostienen que la representación en la comisión debe ser proporcional a la representatividad, y la escasa representatividad de USO justifica su exclusión.

[64] ECLI:ES:TS:2023:1631.

El tribunal establece que los sindicatos con implantación en los órganos de representación unitaria tienen derecho a negociar convenios colectivos, de acuerdo con la normativa constitucional y legal. Se destaca que este derecho debe ejercerse de manera proporcional a la representatividad real de los sindicatos. La sentencia rechaza la realización de operaciones matemáticas para evaluar la proporcionalidad y se enfoca en determinar si la exclusión de un sindicato con legitimación supone una vulneración del derecho de libertad sindical, salvo que existan justificaciones objetivas. Se concluye que la exclusión sin justificación constituye una infracción al derecho sindical, con la consecuencia de cesar en la conducta y reparar el daño, según lo establecido en la LOLS[65].

El Tribunal Supremo estima, por tanto, el recurso de casación presentado por el sindicato USO, basándose en los siguientes argumentos jurídicos:

1. Normativa aplicada: se reconoce el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva según lo establecido en la CE y la LOLS, que otorga a las secciones sindicales de los sindicatos con representación en los órganos de representación unitaria el derecho a negociar convenios colectivos en los términos legales. El ET (art. 87.1) permite que las secciones sindicales negocien convenios de empresa, siempre y cuando, en conjunto, representen la mayoría de los miembros del comité de empresa. Asimismo, la legislación establece (arts. 87 y 88 ET) que cualquier sindicato legítimo tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora, distribuyendo los miembros con voz y voto en proporción a su representatividad.

2. Hechos probados: el sindicato demandante, Unión Sindical Obrera (USO), fue excluido de la negociación del XV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A.

3. Análisis jurídico: aunque en el pasado se había aceptado una interpretación diferente, el Tribunal Supremo considera que en este caso debe prevalecer el derecho a negociar de todos los sujetos colectivos reconocidos por el legislador. La jurisprudencia constitucional admite que una sección sindical puede quedar sin representación solo en casos excepcionales de limitaciones numéricas, lo cual no se aplica en este caso, ya que la presencia de todas las secciones sindicales en la comisión negociadora no obstaculiza el proceso.

Así, se reconoce que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de USO al no permitirle formar parte de la Comisión negociadora del convenio de Repsol Química, a pesar de tener representación en los órganos de representación unitaria.

En cuanto a la valoración de esta sentencia, podríamos abordar la cuestión desde el prisma de la justicia distributiva, en términos de si es justo -o no- que un sindicato, aunque pequeño en representación, sea excluido de la comisión negociadora, y cómo equilibrar la representación proporcional con la necesidad de avanzar en la toma de decisiones en el marco de las negociaciones colectivas. En este sentido, podríamos reflexionar sobre la ética de la inclusión y la proporcionalidad como elementos fundamentales para una distribución justa de poder en el ámbito sindical.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia parece establecer un precedente en la interpretación y aplicación de las normativas relacionadas con la libertad sindical, lo que influirá en futuras disputas laborales y en la conformación de comisiones negociadoras, generando un cambio en el enfoque jurídico hacia una protección más rigurosa del derecho fundamental. En este sentido, la innovadora interpretación de esta sentencia permite que cualquier sindicato con una sección sindical establecida en una empresa pueda participar en las negociaciones del convenio colectivo de esa

[65] Véase el comentario realizado por el Prof. Vila Tierno en Vila Tierno, F.: "Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023, p. 1 y ss.

empresa. Esto significa que, posiblemente, otros sindicatos minoritarios, ahora tienen la oportunidad de estar presentes en las negociaciones de numerosos convenios colectivos empresariales de los que antes estaban excluidos, constituyendo un avance significativo y cumpliendo así con el mandato constitucional contenido en el art. 7 CE.

Además, cabe considerar cómo esta sentencia podría redefinir el concepto de "proporcionalidad" en el contexto sindical, en el sentido de si se debería considerar únicamente la representatividad cuantitativa, o se deben ponderar otros factores, como la relevancia histórica o la participación activa en el proceso negociador, y si se fortalecerá la posición de los sindicatos minoritarios en aras de una mayor pluralidad y equidad, o se mantendrá una interpretación más restrictiva que priorice la eficiencia en las negociaciones.

## 5. RETOS Y DESAFÍOS ACTUALES: LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

En síntesis, la libertad sindical emerge como un pilar fundamental en la evolución social, enriqueciendo el tejido de las relaciones laborales con su vitalidad y dinamismo. Desde sus raíces en la lucha por los derechos individuales hasta su consagración en la legislación internacional y nacional, ha sido un catalizador de progreso en la sociedad.

A lo largo de la historia, esta noción ha evolucionado, adaptándose a los desafíos de cada época y marcando hitos significativos, desde la creación de los primeros gremios hasta la ratificación de convenios internacionales y la inclusión en las constituciones modernas. No solo representa el derecho a la organización y la representación colectiva, sino que también encarna los valores de autonomía, democracia y justicia en el ámbito laboral.

En España, ha sido un tema de debate y transformación, desde los tiempos de la II República hasta la transición democrática y la consolidación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978. A través de leyes, convenios y jurisprudencia, se ha construido un marco legal que protege y promueve este derecho esencial, garantizando la participación activa de los trabajadores en la vida sindical y la defensa de sus intereses.

Se dilucida, igualmente, que el derecho a la libertad sindical en España, reconocido en la Constitución y desarrollado en la LOLS, presenta una compleja dinámica en cuanto a su titularidad y contenido. En cuanto a este último, hemos visto que este derecho no se limita únicamente a la asociación, sino que también abarca otros aspectos esenciales -como la prohibición de obligar a los trabajadores a sindicarse y la capacidad de los sindicatos para ejercer diversas actividades sindicales, incluyendo la negociación colectiva y el derecho de huelga-, y que la protección jurídica varía dependiendo de si se trata de una violación a los derechos de un sindicato o de un trabajador individual, lo que da lugar a dos aspectos fundamentales: la libertad sindical individual y colectiva, cada una con sus propias garantías y consideraciones legales.

Después de un análisis de la normativa internacional y española, así como de las recientes sentencias que resaltan la importancia y protección de la libertad sindical, surge un interrogante crucial acerca de cuáles son los retos y desafíos actuales que enfrenta este derecho fundamental en las sociedades modernas.

Nos encontramos en un momento de cambio constante, donde la dinámica laboral y las relaciones entre empleadores y empleados evolucionan rápidamente. En este contexto, la libertad sindical adquiere una relevancia aún mayor, ya que actúa como un contrapeso indispensable frente

a posibles abusos y desigualdades en el ámbito laboral, porque no es solo un derecho laboral, sino un pilar fundamental de la democracia y el desarrollo humano. Cuando los trabajadores tienen se pueden organizar y negociar colectivamente, se fortalece la participación ciudadana y se fomenta una distribución más del poder.

Sin embargo, a pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales en la protección de este derecho fundamental, aún persisten desafíos significativos sobre cómo garantizar que sea respetado en todos los niveles y sectores laborales y la adaptación de los sindicatos a los cambios tecnológicos y económicos para seguir siendo relevantes y efectivos en la defensa de los derechos de los trabajadores.

Estas preguntas nos invitan a reflexionar sobre el papel crucial que desempeña en la construcción de sociedades más justas y equitativas. Es un recordatorio de que, en un mundo en constante transformación, la protección de este derecho es fundamental para salvaguardar la dignidad y los derechos de los trabajadores. En última instancia, debemos seguir trabajando para superar los desafíos y asegurar que la libertad sindical siga siendo un pilar fundamental en las sociedades modernas.

En el horizonte de la historia humana, una verdad resplandece con claridad inquebrantable: no existe disyuntiva alguna entre libertad y prosperidad. Son dos pilares inseparables, cuyo vínculo se encuentra entrelazado en el tejido mismo de la sociedad. Las sociedades que abrazan la libertad sindical son las mismas que florecen en la abundancia de la prosperidad. Por otro lado, aquellas sociedades que renuncian a la libertad, que la sofocan bajo el yugo del autoritarismo o la indiferencia, se encuentran condenadas a una oscura esterilidad. Que nunca olvidemos que donde florece la libertad, la prosperidad siempre seguirá sus pasos.

*No existe disyuntiva alguna entre libertad y prosperidad: las sociedades que renuncian a la primera irreversiblemente se quedan sin la segunda*[66].

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Alonso García, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo,* Bosch, Barcelona, 1958.

Argüelles Blanco, A. R.: "Recepción en España y dificultades de aplicación de los Convenios Fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98", *Doc. Labor*., vol. 1, núm. 116, 2019.

Bonet Pérez, J.: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Atelier, Barcelona, 2007.

Burgos Aduriz, A.: "La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea ¿cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos?: Contradicciones con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", *Revista de estudios europeos*, núm. 71, 2018.

Camps Ruiz, L.: "La titularidad de la libertad sindical: inclusiones y exclusiones", en VV.AA.: *Sindicalismo y democracia: el "Derecho sindical español" del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016),* 2017.

Carnelutti, F.: "Certezza, autonomía, liberta, diritto"*, Diritto dell'Economia,* núm. 10, 1956.

De La Villa, L. E. y Palomeque López, M. C.: *Lecciones de Derecho de Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1977.

Dunning, H.: "Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, núm. 2, 1998.

Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A.: "Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2022", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023.


[66] Cita de los Profs. Carlos Rodríguez Braun y Juan Ramón Rallo Julián, en su libro titulado *El liberalismo no es pecado: La economía en cinco lecciones*, Grupo Planeta, 2011, p. 113.

García Ninet, I. y Yanini Baeza, J.: "Sentido e impacto de los convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 117, núm. 2, 1997.

García Viñá, J.: "El concepto de Libertad Sindical Individual en España", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 4, 2022.

González Pérez, L. R.: "La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2012.

Jenks, C. W.: "Los convenios y los procedimientos de la OIT en materia de libertad sindical", *Conferencia del Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1965.

Mateos, A.: "La Denuncia del Sindicato Vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1939-1969)", *Consejo Económico y Social*, Vol. II-1, 1997.

Molero Manglano, C.: *Derecho Sindical,* Dykinson, 1996.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete C. y Moreno Vida, Mª. N.: *Manual de Derecho Sindical (8ª ed.),* Editorial Comares, 2013.

Ojeda Avilés, A.: "Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 434, 2019.

Ojeda Avilés, A.: *Derecho sindical*, Tecnos, 1984.

Rodríguez Braun, C. y Rallo Julián, J. R.: *El liberalismo no es pecado: La economía en cinco lecciones*, Grupo Planeta, 2011.

Roldán Martínez, A.: "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO, 2019.

Romagnoli, U.: "La libertad sindical, hoy", *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001.

Santamaría Pastor, J. A.: "Artículo 28", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla (dir.), Madrid, 1985.

Simi, V.: *Il favore del ordinamento giuridico per i lavoratori,* Giuffrè, Milán, 1967.

Valdés Dal-Ré, F.: "La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2016.

Verdier, J. M.: "Quelques reflexions sur les problémes poses par les dispositions de l'avant-projet de Constitution espagnole relatives aux syndicats et au droit sindical", *Congreso Trabajo y Constitución*, Sevilla, 1978.

Vida Soria, J. y Sala Franco, T.: "Informe acerca de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos", *Documentación Administrativa*, núm. 204, 1985.

Vidal Marín, T.: "La Libertad Sindical", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 4, 2000.

Vila Tierno, F.: "Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023.

# Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# Accidente de trabajo y teletrabajo

# Accident at work and teleworking

Pilar Núñez-Cortés Contreras *Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad Loyola*
https://orcid.org/0000-0002-9402-9431

Cita Sugerida: NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. «Accidente de trabajo y teletrabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 185-192.

**Resumen**

El teletrabajo plantea numerosos y relevantes interrogantes de carácter muy diverso entre los que se encuentran las cuestiones vinculadas con el Sistema de Seguridad Social, ya que su regulación propia en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD), no contiene referencia alguna a estas cuestiones, de ello se deriva la aplicación supletoria al teletrabajo de la TRLGSS. La Ley General de Seguridad Social artículo 156.3 establece una presunción de laboralidad de todo percance sufrido por un trabajador en tiempo y lugar de trabajo. Se invierte la carga de la prueba y se trata, en definitiva, de resolver a favor de la parte más débil, en aplicación del principio "in dubio pro accidentado" en aquellos supuestos en los que no se puede tener la plena certidumbre de la existencia del nexo causal entre el accidente y la lesión. Pero muchas veces no es fácil determinar que se considera por lugar de trabajo, trayectos de ida vuelta, teletrabajo desde casa, descansos durante la jornada laboral. Desde finales del año 2020 se han dictado algunas sentencias donde se intenta coordinar la novedad de una modalidad de prestación de servicios que se desarrolla en el propio domicilio de la persona trabajadora con una regulación centenaria pensada totalmente para el trabajo presencial. Esas decisiones se apoyan en la jurisprudencia construida por el TS, y ofrecerían argumentaciones impecables si el accidente se hubiera producido en las dependencias empresariales, pero cuando es el trabajador el que elige el lugar de prestación de servicios la situación requiere analizarse bajo parámetros diferentes. Dichas resoluciones recaídas desde finales de 2020 son analizadas en este trabajo con la intención de buscar criterios y soluciones aplicables a futuro al teletrabajo.

**Palabras clave**

Accidente laboral; teletrabajo; presunción de laboralidad; carga de la prueba

**Abstract**

Teleworking raises numerous and relevant questions of a very diverse nature, among which are issues linked to the Social Security System, since its own regulation in Law 10/2021, of July 9, on remote work (hereinafter LTD), does not contain any reference to these issues, from which the supplementary application to teleworking of the TRLGSS is derived, but this solution. General Social Security Law article 156.3 establishes a presumption of employment for any mishap suffered by a worker during the time and place of work. The burden of proof is reversed, and it is ultimately a matter of resolving in favor of the weaker party, in application of the "in dubio pro accidentado" principle in those cases in which it is not possible to have full certainty of the existence of the causal link between the accident and the injury. Thus, for example, it is applied when the worker appears dead at the workplace without the cause of death being able to be determined. But many times, it is not easy to determine what is considered by place of work, round trips, teleworking from home, breaks during the workday. Since the end of 2020, some rulings have been issued in which an attempt is made to coordinate the novelty of a type of service provision that takes place in the worker's own home with a century-old regulation designed entirely for in-person work. These decisions are based on the jurisprudence built by the TS and would offer impeccable arguments if the accident had occurred on the business premises, but when it is the worker who chooses the place of provision of services, the situation requires analyzing under different parameters. That resolutions are analyzed in this work with the intention of seeking future criteria and solutions.

**Keywords**

Work accident; teleworking; presumption of employment; burden of proof

Fecha Recepción: 05/12/2023 - Fecha Revisión: 13/01/2024 - Fecha Aceptación: 06/02/2024
Págs. 185-192

## 1. ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO: UN BINOMIO CONFLICTIVO

El interés suscitado por el teletrabajo ha sido mucho menor de lo esperable en el boom inicial de la pandemia, a pesar de ello esta forma de prestación de servicios que reporta ventajas e inconvenientes (menores desplazamientos, mejor conciliación versus incremento de riesgos psicosociales, mayor aislamiento, entre otros.), también plantea numerosos y relevantes interrogantes de carácter muy diverso entre los que se encuentran las cuestiones vinculadas con el Sistema de Seguridad Social, ya que su regulación propia en la LTD, no contiene referencia alguna a estas cuestiones. De ello se deriva la aplicación supletoria de la TRLGSS, por lo que el tema que nos ocupa, el accidente de trabajo continúa regulándose por el artículo 156 del TRLGSS donde se contempla esta figura para el caso del trabajo por cuenta ajena, tratándose de una regulación centenaria en la que hubiera sido conveniente introducir a raíz de la LTD una referencia expresa al teletrabajo y sus innegables particularidades.

La modificación de este precepto, el artículo 156 de la TRLGSS, se evidencia necesaria no solo por ser centenaria, sino por no estar pensada para una realidad tan distinta como es que la persona trabajadora preste sus servicios para la empresa sin salir de su domicilio, convirtiendo este en su lugar de trabajo[1]. Probablemente dónde más fácil se vea esa falta de encaje es en la referencia que hace el artículo 156.2.a) del TRLGSS al accidente de trabajo "in itinere" y que ha interpretado ampliamente la jurisprudencia, cuestionándonos si resulta trasladable al marco del teletrabajo, en el que la persona trabajadora no sale de su domicilio para trabajar[2]. Ahora bien, el teletrabajo no elimina totalmente el riesgo de sufrir un accidente in itinere, aunque sí se reducirá de forma sustancial, ya que la interpretación que hace nuestra jurisprudencia del concepto de desplazamiento con finalidad laboral resulta plenamente extensible a las situaciones de trabajo a distancia[3]. De esta forma, también merecería la consideración de accidente de trabajo aquél acaecido en el trayecto que separa el domicilio de un familiar o allegado en el que se ha pernoctado o una segunda residencia distinta a la habitual, del lugar habilitado por el trabajador a distancia para desarrollar su teleprestación. Y es que el hecho de tener asignado en su acuerdo de teletrabajo un lugar concreto para realizar su actividad laboral, y ser este no solo el único lugar acondicionado para ello sino también el único sobre el que se ha realizado una evaluación de los riesgos laborales existentes, no obsta para que se produzcan en esta modalidad de prestación de servicios ciertos desplazamientos con finalidad laboral, como por ejemplo de la sede física de la empresa al domicilio del trabajador.

El art. 156.3 LGSS establece una presunción *iuris tantum* ya tradicional, a partir de la cual "son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo". Lógicamente, la prueba de la ausencia de relación de causalidad romperá la presunción[4].

Como se ha dicho, el concepto de accidente de trabajo se ha elaborado partiendo de un modelo de carácter prioritariamente estático, en el que el tiempo y el lugar de trabajo actúan como parámetros de la presunción proporcionando pautas para dar respuesta a la mayor parte de supuestos de hecho,

[1] Sobre la regulación vigente en materia de teletrabajo, véase en profundidad, Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021.

[2] Gala Durán, C., "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los Tribunales", *Iuslabor*, núm. 1, 2023, p. 149 y ss.; Poquet Catalá, R., "Accidente de trabajo in itinere en el teletrabajo: su difícil conjunción", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, nº 4, 2017.

[3] *Cfr*. STS, Sala de lo Social de 26 diciembre 2013, rec. nº. 2315/2012 (Núm. Ecli: ES:TS:2013:6487).

[4] Sobre la presunción, véase en profundidad, Moreno Romero, F.: "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción" en VV.AA.: *Trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto Ley 28-2020, de 22 de septiembre*, Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J. (Coords.), La Ley, 2021.

que no son fácilmente extrapolables a las singularidades de lugar y tiempo en el teletrabajo[5]. Dichas reglas se construyeron sobre la base de la responsabilidad objetiva del empresario por los daños que sufre el trabajador en las dependencias empresariales y como consecuencia de su actividad. El teletrabajo modifica esa premisa, porque el trabajador presta servicios en un contexto sobre el que el empleador no siempre puede actuar y sobre el que el trabajador, en ocasiones, disfruta de una amplia libertad de decisión. Obviamente, en la medida en que el legislador no proporcione reglas específicas sobre el accidente de trabajo para ese escenario, y la LTD, no introduzca, como se ha dicho, ninguna peculiaridad, debe acudirse al art. 156 LGSS y a la jurisprudencia tradicional, lo que da lugar a resoluciones que por su novedad resultan sorprendentes[6].

## 2. CONSIDERACIONES PREVENTIVAS EN RELACIÓN CON EL TELETRABAJO

El teletrabajo es una actividad productiva, sometida como se ha dicho a riesgos, tanto psicosociales (intensificados por el aislamiento o la sobrecarga de trabajo) como físicos (provocados, entre otras causas, por posturas forzadas o movimientos repetitivos). La LTD (art. 16.1) se limita a dar algunas referencias indirectas a dichos riesgos (desconexión, acoso…), pero sin embargo da mucha importancia al lugar de trabajo elegido por el propio teletrabajador y designado en el acuerdo de teletrabajo, será este el único lugar sobre el que la empresa tiene obligación de adquirir el material necesario para realizar la actividad, y también el único sobre el que se habrá realizado una evaluación de los riesgos laborales existentes para garantizar que la dependencia escogida y el mobiliario que se utiliza sean ergonómicamente adecuados[7].

Resulta evidente que la obligación de seguridad y salud (art. 14 de LPRL) del empresario se torna especialmente peliaguda en el teletrabajo, dificultada por la intimidad del domicilio por lo que el empresario tendrá que valorar si la dependencia elegida cumple con las indicaciones necesarias para salvaguardar la salud y seguridad laboral de sus empleados a través de fórmulas indirectas (cuestionarios, fotografías enviadas por el trabajador, etc.). Sobre esta cuestión, la LTD solo indica que los datos necesarios para evaluar los riesgos profesionales tienen que ser recabados "a través de una metodología que ofrezca confianza" (16.2 LTD), pero sin precisar nada más. En este contexto, los empleados también asumen deberes específicos en materia de prevención de riesgos laborales (29 LPRL, 19.2 y 19.4 in fine ET), quedando obligados a cumplir las instrucciones preventivas y a cooperar con el empresario, la intencionalidad o no en el incumplimiento de las mismas cobra, ahora más que nunca, un papel muy relevante[8].

## 3. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DEL ACCIDENTE EN EL TELETRABAJO

La aludida responsabilidad objetiva, apoyada en la presunción de laboralidad, ha permitido encajar en el concepto de accidente de trabajo cualesquiera lesiones acaecidas o enfermedades manifestadas en el lugar de trabajo, a salvo de que se pruebe que no guardan relación alguna con la actividad profesional, produciéndose una progresiva extensión del concepto de accidente de trabajo que podría resultar excesiva en relación con el contexto del teletrabajo[9]. Ya son varias las sentencias de juzgados y tribunales superiores de justicia que ofrecen una respuesta sorprendente

[5] Escolano Martínez, D.: "Accidente laboral y teletrabajo: ¿Actualización del concepto de tiempo y lugar de trabajo?", en *El Graduado: Boletín informativo del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid*, nº 79, 2023.

[6] Rodríguez Cardo, I.: "Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil", en *Temas Laborales,* núm.166, 2023, pp. 142 y ss.

[7] Selma Penalva, A.: "El accidente de trabajo en el teletrabajo", *en Noticias Cielo*, núm. 1, 2023, p. 4.

[8] Selma Penalva, A.: "El accidente de trabajo"…, *cit*. p. 5.

[9] Sobre la presunción, Toscani Giménez, D.: "La presunción de laboralidad en tiempo y lugar de trabajo a efectos de accidente de trabajo", en *Diario la Ley,* núm. 10183, 2022.

por las características del supuesto de hecho[10]. Esas decisiones se apoyan en la jurisprudencia construida por el TS, y ofrecerían argumentaciones impecables si el accidente se hubiera producido en las dependencias empresariales, pero cuando es el trabajador el que elige el lugar de prestación de servicios la situación requiere analizarse bajo parámetros diferentes[11].

El trabajo a distancia en general, y el teletrabajo en particular, obligan a una aproximación mucho más cauta, porque la adaptabilidad del lugar y del tiempo de trabajo en ciertas modalidades de prestación de servicios, como es el teletrabajo, no permite una extrapolación automática de las soluciones jurisprudenciales ya asentadas[12].

Tanto la presunción, por las peculiaridades del tiempo y del lugar, como la relación de causalidad, por la dificultad de extender la responsabilidad objetiva del empresario más allá de sus fronteras naturales a un entorno que no puede controlar, requieren de una necesaria adaptación si se pretende, por un lado, que el teletrabajador disfrute de una protección equivalente a la de un trabajador ordinario, y, por otro, que el propio concepto de contingencia profesional no quede desfigurado[13].

Para ello, se ha efectuado una interpretación caso por caso, de la presunción de laboralidad a fin de acreditar que la lesión sufrida por la persona trabajadora trae causa, efectivamente en la actividad laboral.

## 4. LA COMPLEJA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO

Desde finales del año 2020 se han dictado algunas sentencias donde se intenta coordinar la novedad de una modalidad de prestación de servicios que se desarrolla en el propio domicilio de la persona trabajadora con una regulación pensada totalmente para el trabajo presencial y que, además, como ya hemos comentado, es centenaria. Son sentencias de Juzgados de lo Social y de Tribunales Superiores de Justicia, a la espera de una futura necesaria intervención del Tribunal Supremo.

A continuación, se analizarán brevemente algunas de estas resoluciones agrupadas en función de la situación o causa que las originó.

a) Teletrabajo e ictus o infarto: sentencias del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022 (rec. 875/2021)

El supuesto de hecho de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020 tuvo lugar durante la pandemia, una auxiliar administrativa de un Ayuntamiento sufre un ictus isquémico mientras estaba teletrabajando desde su domicilio, pasando a la situación de incapacidad temporal. La mutua colaboradora con la Seguridad Social no aceptó la calificación de accidente de trabajo y de la documentación aportada se deriva que la teletrabajadora en el día que sufrió el ictus envió un número elevado de correos electrónicos y atendió diversas llamadas telefónicas. La trabajadora reclama que el ictus se considere un accidente de trabajo por la vía de la presunción *iuris tantum* recogida en el artículo 156.3 del TRLGSS, ya que se produjo en tiempo y lugar de trabajo; tesis que es asumida por la sentencia del Juzgado de lo Social de Girona, con

[10] Rodríguez Cardo, I.: "Accidente de trabajo y teletrabajo…", *cit*., p. 148.

[11] Véase, De la Blanca Redondo, A.: "Accidente de trabajo y teletrabajo, nuevos pronunciamientos judiciales", *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº 183, 2023.

[12] Rodríguez Cardo, I.: "Accidente de trabajo y teletrabajo"…, p. 149

[13] Rodríguez Cardo, I.: "Accidente de trabajo y teletrabajo"…, p. 150.

idéntica argumentación jurídica a la empleada cuando se trata de trabajo presencial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo hace años que viene entendiendo que la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 TRLGSS se extiende no solo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que, por su propia naturaleza, puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, esta presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo (STS de 14 de marzo de 2012, rcud 494/201). En consecuencia, debe otorgarse la calificación de accidente de trabajo cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el hecho dañoso. La presunción legal del artículo 156.3 TRLGSS entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo "…lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; más con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo… (STS de 3 de diciembre de 2014[14]).

b) Teletrabajo y caída durante un desplazamiento dentro del domicilio: sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres de 26 de octubre de 2022 (rec. 273/2022)

En esta sentencia se aborda el caso de una teletrabajadora que prestaba sus servicios para una plataforma de atención telefónica, acudió al baño de su domicilio y al retomar su trabajo, tropezó en el pasillo, cayendo al suelo. Pasó a la situación de incapacidad temporal al lesionarse el codo y las costillas.

La sentencia considera que se trata de un accidente de trabajo, aplicando, nuevamente, la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 del TRLGSS, pero matizando que el boom del teletrabajo experimentado durante de la pandemia obliga a reconsiderar o matizar algunos aspectos consolidados legislativa y jurisprudencialmente, asumiendo por primera vez que el teletrabajo precisa de un replanteamiento de algunos de los elementos de la doctrina vigente en torno al accidente de trabajo, aun cuando sea necesario seguir aplicándola[15]. Además, en esta sentencia se genera un interesante debate sobre el concepto de "lugar de trabajo", por cuanto la mutua colaboradora con la Seguridad Social alega que el accidente no tuvo lugar en el lugar de trabajo sino en otro lugar dentro del domicilio , concretamente en el pasillo al salir del baño , y, en consecuencia, se había roto la conexión con el trabajo. Es más, la mutua entiende que el único lugar de trabajo de la teletrabajadora era estar sentada ante el ordenador en su domicilio, decantándose la resolución por considerar que dentro de la jornada laboral no puede enervar la presunción legal de accidente de trabajo del artículo 156.3 del TRLGSS que la caída se produzca en el pasillo y no en la mesa frente al ordenador, argumentando que en caso contrario se produciría una desprotección de la teletrabajadora. Poniendo así de relieve la importancia del factor tiempo de trabajo en el acuerdo de teletrabajo, que se constituye en un elemento esencial para poder aplicar la presunción del artículo 156.3 TRLGSS. Adicionalmente, la palabra de la persona teletrabajadora y de los posibles testigos sobre las circunstancias en que se produjo el daño adquiere también más relevancia que en el caso del trabajo presencial, ya que en el teletrabajo puede producirse, en cierta medida, una confusión entre el tiempo de trabajo y el tiempo personal y familiar. Como criterio general, si la declaración de la persona trabajadora es coherente, es posible

[14] ECLI:ES:TS:*2014*:5439

[15] Gala Durán, C.: " Teletrabajo y accidente de trabajo…", *cit.,* p. 153.

que los Tribunales tengan que decantarse hacia una presunción iuris tantum a favor de lo señalado por la persona teletrabajadora[16].

Un supuesto semejante, pero con matices interesantes, se plantea en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de enero de 2022 (rec. 875/2021): durante la pandemia de la covid-19 con la consiguiente suspensión de la actividad lectiva, una profesora de educación primaria comentó a un compañero que desde primera hora de la mañana tenía dolores en un brazo y en la espalda, horas después, a media mañana, en una reunión virtual este compañero observó que aquella estaba aturdida, terminada la reunión virtual poco antes de las tres de la tarde el hijo de la profesora avisó a los servicios de urgencias porque su madre estaba indispuesta, se trataba de un infarto de miocardio. El Juzgado de lo Social de Huesca entendió que la teletrabajadora se encontraba en "tiempo de trabajo" cuando sufrió el infarto a los efectos de la posible aplicación de la presunción iuris tantum del artículo 156.3 del TRLGSS[17]. Dicha solución fue ratificada por el TSJ de Aragón, resolviendo el caso con los mismos argumentos y jurisprudencia que si se tratase de un trabajo presencial, principalmente que a la persona trabajadora le incumbe la prueba del hecho básico de que el trabajo pueda ser factor desencadenante; también que la falta de relación lesión/trabajo debe acreditarse de manera suficiente y en definitiva que el infarto se produjo a lo largo de la jornada laboral, en tiempo y lugar de trabajo, manifestándose nada más terminar la reunión laboral telemática, por lo que no se produjo la ruptura del nexo de causalidad entre trabajo y lesión[18].

c) Teletrabajo y tiempo de descanso dentro de la jornada, lesiones que se producen durante una pausa dentro del horario laboral: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2022 (rec. 526/2022). En el supuesto de esta sentencia, el TSJ revocando la sentencia de instancia considera que existe accidente laboral. El trabajador defendió en su recurso ante el TSJ de Madrid que la contingencia de origen del periodo de IT de referencia era un accidente de trabajo, rechazando que por haber acontecido en su domicilio fuese solamente un accidente doméstico, y entendió que había de aplicarse la presunción de laboralidad al haber tenido lugar en el horario de trabajo y con ocasión del mismo, y que existía , por tanto, una relación causa -efecto; el TRLGSS no establece distinciones por el hecho de que la actividad se produzca en las instalaciones de la empresa, en centros itinerantes o en su domicilio.

La STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2022 considera la contingencia acaecida durante el descanso como accidente laboral, haciéndose eco de determinada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), que consideró traspasable al supuesto litigioso. Principalmente la STS de 20-4-2021, rec. 4466/2018[19], que a su vez toma como referencia otras anteriores, especialmente, la de 13-10-2020, rec. 2648/2018[20]. Ambas resoluciones analizan si concurre un accidente de trabajo con trabajadoras que sufren determinadas lesiones durante el disfrute de la pausa de descanso diario. La respuesta en estos supuestos fue positiva al considerar que existe una conexión directa y necesaria entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, lo que permitió aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS. En ambos supuestos, el accidente se produjo con ocasión de su trabajo, sin que se haya roto el nexo de causalidad porque la pausa era necesaria. En este ámbito es aplicable la teoría de la "ocasionalidad relevante", caracterizada por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no

[16] Véase, en más profundidad, Gala Durán, C.: "La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del juzgado de los social nº 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal,* nº 7, 2021.

[17] Poquet Catalá, R.: "El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. 6, Nº. 2, 2021.

[18] Gala Durán, C.: " Teletrabajo y accidente de trabajo…", *cit.,* p. 154.

[19] Núm. Ecli: ES:TS: 2021:1669

[20] ECLI:ES:TS: 2020:3676.

son específicos o inherentes al trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento[21].

Refiriéndonos en concreto al supuesto de la STS de 13-10-2021, rec. 2648/2018, resulta aplicable la teoría de la ocasionalidad relevante, en que el accidente se produjo cuando el trabajador se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso, y se resbaló, cayendo al suelo, lo que le provocó contusiones en el hombro y el codo. Estos hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, y si bien permite aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS, acreditada su producción con "ocasión" de su desplazamiento al aparcamiento de la empresa, la cualidad profesional se impone por el art. 156.1 LGSS. No concurría ninguna circunstancia que evidenciase de manera equívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la caída.

La STSJ de Madrid resulta especialmente relevante, pues su fundamentación se presenta lo bastante sólida como para extraer parámetros interpretativos de referencia que puedan extrapolarse a otras situaciones. Así, observamos una tendencia a equiparar el lugar de trabajo con el domicilio. O, como mínimo, a integrar aquellas estancias colindantes y de fácil acceso que permitan satisfacer necesidades básicas y accesorias a la actividad que se desempeña. De esta forma, si bien el TSJ delimita el lugar de trabajo bajo el paraguas de la anterior regulación contenida en el artículo 13 ET, sin considerar que este hecho vaya a afectar a las interpretaciones que se realicen sobre la nueva normativa, ya que, sin perjuicio de que la evaluación de riesgos quede limitada a la zona habilitada para la prestación, la norma exige poner especial atención a factores como la accesibilidad al entorno laboral efectivo[22].

Con esta interpretación, por tanto, se cubre la necesidad de adaptar al trabajo a distancia la interpretación del nexo causal que vincula la lesión con el trabajo a partir de la "ocasión" y se empiezan a delimitar aquellas lesiones que, producidas en actividades accesorias y, por tanto, naturales durante la jornada de trabajo, deben quedar integradas por el concepto de accidente de trabajo al resultar las mismas normales en la vida laboral[23].

Al respecto hay que destacar, los criterios que aporta la sentencia TS de 20 de abril de 2021, núm. 415/2021 en un supuesto similar al de la STJM de un accidente (esguince de muñeca) pero relativo al trabajo presencial, ocurrido cuando la trabajadora se encontraba en una cafetería durante la pausa de descanso en su trabajo, de manera que estos hechos evidencian *la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo*, y si bien permite aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS, acreditada su producción con "ocasión" de su trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, *el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad, en consecuencia, la calificación profesional se impone por aplicación directa y teleológicamente adecuada del art. 156.1 LGSS*. No existe, pues, ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la caída. En definitivo, atendiendo a las particulares circunstancias fácticas del caso y a la configuración legal del concepto de trabajo, se impone la calificación de accidente trabajo del siniestro sufrido por la trabajadora[24].

[21] Monereo Pérez, J. L.: "La determinación de contingencia: una eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la ocasionalidad relevante", en *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 5, 2021.

[22] Monereo Pérez, J. L.: "La determinación de contingencia…", *cit.* , p. 6.

[23] Monereo Pérez, J. L.: "La determinación de contingencia…", *cit.* , p. 6.

[24] Monereo Pérez, J. L.: "La determinación de contingencia…", *cit.* , p. 8.

## 5. REFLEXIONES FINALES

El teletrabajo precisa de un replanteamiento de algunos de los elementos de la doctrina vigente en torno al accidente de trabajo, aun cuando sea necesario seguir aplicándola. Las diversas resoluciones recaídas desde finales desde finales de 2020 se apoyan en la jurisprudencia construida por el TS, y ofrecerían argumentaciones impecables si el accidente se hubiera producido en las dependencias empresariales, pero cuando es el trabajador el que elige el lugar de prestación de servicios la situación requiere analizarse bajo parámetros diferentes. El trabajo a distancia en general, y el teletrabajo en particular, obligan a una aproximación mucho más cauta, porque la adaptabilidad del lugar y del tiempo de trabajo en ciertas modalidades de prestación de servicios, como es el teletrabajo, no permite una extrapolación automática de las soluciones jurisprudenciales ya asentadas. A la espera por tanto de una Sentencia del Tribunal Supremo que unifique criterios y aporte pautas interpretativas definitivas de cara al futuro.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


De la blanca Redondo, A.: "Accidente de trabajo y teletrabajo, nuevos pronunciamientos judiciales", en *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº 183, 2023

Escolano Martínez, D.: "Accidente laboral y teletrabajo: ¿Actualización del concepto de tiempo y lugar de trabajo?", en *El Graduado: Boletín informativo del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid*, nº 79, 2023.

Gala Durán, C.: "Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales", en *Iuslabor*, nº 1, 2023.

Gala Durán, C.: "La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del juzgado de los social nº 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020", *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº 7, 2021.

García Torres, A.: "El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas", *Revista Justicia y trabajo*, nº 1, 2022.

Montesdeoca Suárez, A.: "Un análisis del accidente de trabajo sufrido por la persona teletrabajadora en su domicilio", *Iuslabor*, nº 1, 2023.

Moreno Romero, F.: "Accidente de trabajo y sus elementos de presunción", en VV.AA.: *Trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto Ley 28-2020, de 22 de septiembre*, Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J. (Coords.), Editorial La Ley, 2021.

Poquet Catalá, R.: "El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 6, Nº. 2, 2021.

Poquet Catalá, R.: "Accidente de trabajo in itinere en el teletrabajo: su difícil conjunción", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, nº 4, 2017.

Rodríguez Cardo, I. A.: "Accidente de Trabajo y Teletrabajo: una relación difícil", *Temas laborales,* nº 166, 2023.

Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente,* Aranzadi, 2021.

San Martín Rodríguez, A.: "Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales" en VV.AA.: *Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo II, IV Congreso Internacional XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2020.

Selma Penalva, A.: "El accidente de trabajo en el teletrabajo", en *Noticias Cielo*, nº1, 2023

Selma Penalva, A.: "El accidente en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", en *Temas Laborales*, nº 134, 2016.

Sevilla Sánchez, J.J.: "Teletrabajo y accidente de trabajo", *Noticias de Cielo*, nº 1, 2023.

Toscani Giménez, D.: "La presunción de laboralidad en tiempo y lugar de trabajo a efectos de accidente de trabajo", en *Diario la Ley*, nº 10183, 2022.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# Límites judiciales al derecho a la desconexión digital

# Judicial limits to the right to digital disconnection

Ana Aguas Blasco *Investigadora Predoctoral en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
*Universidad de Zaragoza*
https://orcid.org/0009-0001-1037-1222

Cita Sugerida: AGUAS BLASCO, A. «Límites judiciales al derecho a la desconexión digital». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 193-211.

**Resumen**

La irrupción de las nuevas tecnologías, especialmente internet, ha transformado la sociedad y las relaciones laborales. El "estar siempre conectados" ha generado problemas y riesgos, haciendo que se deba velar por la protección del derecho a la desconexión digital. Fue la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la que introdujo el reconocimiento de este derecho, en el que la negociación colectiva juega un papel clave para definir su ejercicio, a través de diferentes acciones, como reglamentos *ad hoc*, políticas o acuerdos internos. Puesto que es un derecho que no cuenta con una exhaustiva regulación, por haberse cedido esta potestad a los agentes sociales, no perfilar adecuadamente sus extremos ha supuesto que surjan conflictos que han alcanzado la sede judicial, siendo esta la encargada de ir acotando los límites de su ejercicio.

**Palabras clave**

Derecho al descanso; derecho a la desconexión digital; límites judiciales

**Abstract**

The emergence of new technologies, especially the internet, has transformed society and labour relations. The concept of "always being connected" has generated problems and risks, making it necessary to ensure the protection of the right to digital disconnection. It was the Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data and guarantee of digital rights, which introduced the recognition of this right, in which collective bargaining plays a key role in defining its exercise, through different actions, such as ad hoc regulations, policies or internal agreements. Given that this right does not have exhaustive regulation, as this authority has been delegated to social agents, not adequately defining its parameters has led to conflicts that have reached the courts, with the latter being responsible for delineating the limits of its exercise.

**Keywords**

Right to rest; right to digital disconnection; judicial limits

## 1. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), con todo lo que conllevan, han terminado por consolidar el avance de la revolución digital hasta un punto en el que se han transformado todos los aspectos de la vida cotidiana, incluyendo, por supuesto, las relaciones laborales.

Así, en el plano laboral, la mencionada transformación se refleja tanto en los sistemas de producción como en la dinámica de las relaciones de los agentes que lo conforman, y, aunque en algunas áreas ha resultado en una mayor eficacia –entre otros efectos positivos–, también se ha podido constatar un impacto negativo, debido a la aparición de riesgos asociados a la «hiperconectividad», en su mayor parte. Es aquí donde se desencadena el menoscabo de las condiciones en las que las personas desarrollan su actividad laboral, que se asocia con la limitación del derecho al descanso y, como

Fecha Recepción: 20/02/2024- Fecha Revisión: 26/02/2024 - Fecha Aceptación: 12/03/2024
Págs. 193-211

consecuencia de ello, con el agotamiento físico y psicológico por la incapacidad de desvincularse mentalmente del trabajo[1].

En esta misma línea, la utilización de estas nuevas tecnologías en el trabajo trae consigo otro tipo de consecuencias. Por una parte, los contornos que delimitan el trabajo y la esfera privada de la vida de las personas trabajadoras se difuminan hasta hacer que esta se vea invadida por aquel, afectando a su intimidad. Por otra parte, debido a que las herramientas que proporcionan las TIC permiten al empresario dar órdenes e instrucciones cualquier día de la semana y del año y a cualquier hora del día y de la noche, su poder de control aumenta, socavando los derechos a la dignidad y a la intimidad de la parte débil de la relación laboral –esto es, de las personas trabajadoras–, menoscabo que, en ocasiones, termina por constituir una vulneración[2].

Consecuentemente, a la aparición de estos nuevos riesgos le sigue la adaptación y configuración de la normativa a la nueva realidad, para dotar de la protección necesaria a las personas y conformar un sistema con las garantías adecuadas. Es por ello que se introdujo el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

No obstante, la doctrina debatió si verdaderamente era necesario reconocer y regular la desconexión digital como un derecho autónomo y separado de otros, fundamentalmente, del derecho al descanso –del que, como se verá más adelante, se entiende una salvaguarda–. En otras palabras, si dentro del ámbito del derecho al descanso se disponía de recursos adecuados para abordar las cuestiones que se planteaban en dicho campo[3]. En este sentido, algunos autores, incluso, hicieron referencia al término «esnobismo jurídico» para plantear esta cuestión de si el derecho a la desconexión digital es una novedad necesaria real, fruto de experiencias prácticas exitosas, o si es una «mera ocurrencia legislativa» derivada del «"viejo" derecho al descanso»[4].

La respuesta mayoritaria converge hacia la conclusión análoga de que la regulación del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral deviene necesaria en la realidad actual. En primer lugar, se requiere desde el plano social, ya que protege la tutela física y moral de la persona trabajadora; en segundo lugar, desde el jurídico, al limitar el tiempo de trabajo; y, en tercer lugar, también desde el enfoque económico, pues la prolongación excesiva del trabajo puede repercutir sobre los costes de producción de la empresa, así como sobre los beneficios[5].

Asimismo, dado que la normativa existente acerca del tiempo de trabajo y el de descanso no contenía especificaciones sobre la desconexión digital, se ha entendido que resultaba necesario «dar un paso regulatorio más», justificando su reconocimiento, de forma que no quede en manos de jueces y tribunales, exclusivamente, la tarea de adaptar el derecho al descanso a las nuevas circunstancias[6]. En este sentido, se ha establecido la postura de que el derecho a la desconexión opera como una garantía o mecanismo de control del derecho al descanso, puesto que, mientras que el ejercicio de este último es general o común, o sea, que se aplica a todas las personas trabajadoras, el derecho a

[1] 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*, vol. 9, núm. 2, 2021, pp. 32-33.

[2] Moreno Vida, M. 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, p. 172.

[3] Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A: «En torno a la "desconexión digital"», *cit*., p. 41.

[4] Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 408, 2017, p. 173. Asimismo, citando a la anterior, Pérez Campos, A. I.: «La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 52, 2019, p. 109.

[5] Pérez Campos, A. I.: «La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?», *cit*., p. 109.

[6] Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A: «En torno a la "desconexión digital"», *cit*., p. 43.

la desconexión digital tiene un alcance particular, reconociéndose a las personas trabajadoras que utilizan medios tecnológicos en la prestación de su actividad laboral[7].

No obstante, otras opiniones de la doctrina divergen de estas posturas y matizan que, en tanto en cuanto el derecho a la desconexión digital opera como una garantía de efectividad de los derechos al descanso y al respeto de la intimidad de las personas trabajadoras, aquel es una concreción y actualización del contenido del derecho al descanso clásico, fruto de las necesidades que la nueva realidad digital en la que vivimos ha creado, y no un derecho autónomo y diferenciado, sin olvidar de destacar «la profunda necesidad de adaptación del conjunto de fuentes del Derecho del Trabajo al impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación»[8].

Pues bien, con este estudio se pretende aportar una visión del estado de la cuestión del derecho a la desconexión digital al respecto de su tratamiento más reciente en sede judicial. Para ello, se hará, en primer lugar, un breve estudio preliminar del clásico derecho al descanso del que disponen todas las personas trabajadoras, para, en segundo lugar, abordar la configuración del derecho a la desconexión digital. Una vez establecido este marco previo, se pasará al examen de tres sentencias actuales de los Tribunales Superiores de Justicia, a través de las cuales conoceremos qué límites se están perfilando en cuanto a este derecho. Por último, se establecerán las reflexiones finales resultantes de este trabajo.

## 2. EL DERECHO AL DESCANSO

En términos generales, el derecho a la desconexión digital puede ser entendido como «el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones»[9] y su fin último es el de garantizar el efectivo cumplimiento del derecho al descanso[10], razón por la que deviene primordial hacer un breve estudio preliminar del clásico derecho al descanso del que disponen todas las personas trabajadoras.

En la relación jurídica laboral –configurada como la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena–, el tiempo de trabajo es el eje central alrededor del cual se estructura el contenido de la misma, siendo el tiempo de la vida de las personas que dedican al desarrollo de una actividad profesional[11]. Entonces, definido por contraposición, el tiempo de descanso será aquel en el que la persona trabajadora no está prestando sus servicios a la empresa o, más específicamente, «una serie de periodos previstos para que el trabajador descanse de los esfuerzos realizados, se evada del trabajo y se dedique a la atención de su vida privada y familiar»[12].

En definitiva, este tiempo de "no-trabajo" se traduce en la limitación de la jornada laboral, pero también en la fijación de unos periodos de descanso semanal y anual[13].

---

[7] Ginès i Fabrellas, A. y Peña Moncho, J.: «Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología», en *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, núm. 1, 2023, p. 138. En particular, en el trabajo a distancia; al respecto, *vid*. De Val Tena, A. L.: «El tiempo de trabajo en la modalidad de trabajo a distancia y en supuestos híbridos», en VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo*, Maldonado Montoya, J. P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (Dirs. y Coords.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

[8] Molina Navarrete, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 279.

[9] Cialti, P. H.: «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 137, 2017, p. 165.

[10] López Vico, S.: «El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, p. 131.

[11] Alarcón Caracuel, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 13.

[12] Basterra Hernández, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 69-70.

[13] Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, 44ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, p. 383.

El derecho al descanso está reconocido constitucionalmente, dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el art. 40.2 CE, disponiendo que los poderes públicos deben garantizar el descanso diario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. Asimismo, es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Unión Europea, pues se recoge en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), de manera que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas».

En cuanto a su desarrollo normativo, en primer lugar, en el plano internacional, debemos hacer referencia a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Estado español, que contienen estándares internacionales, principios y objetivos que deben ser respetados y aplicados. En lo que al derecho al descanso respecta, cabe mencionar el Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14), el Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106) y el Convenio sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (núm. 153).

En segundo lugar, a nivel comunitario, la norma fundamental en materia de descanso es la 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. Su artículo 2 define el periodo de descanso como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo», lo que lleva a afirmar –en principio– que hay una relación de exclusión mutua entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso[14]. También se delimita lo que debe entenderse por descanso adecuado, estableciendo que consistirá en «períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo».

Es evidente, por tanto, que el fin del derecho al descanso es la salvaguarda de la salud y seguridad de las personas trabajadoras. Además, el art. 6 prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que se limite la duración del tiempo de trabajo semanal –sin que esta pueda superar las 48 horas–.

Finalmente, en nuestro derecho interno, lo relativo al descanso se regula en la sección dedicada al tiempo de trabajo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), y se establece que la distribución de la jornada debe respetar, en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal (art. 34.2), además de determinar unos límites mínimos que deberán ser siempre respetados por la negociación colectiva cuando se encargue –en su caso– de regular estas cuestiones. En este punto, es interesante mencionar la STS 5561/2013, de 23 de octubre de 2013 (rec. núm. 2/2013), ya que recalcó este carácter de mínimos de derecho necesario de los descansos semanal y diario y que, además, deben disfrutarse de manera diferenciada, al responder cada uno de ellos a una finalidad diferente[15]. Por lo demás, los artículos 37 y 38 son los relativos al descanso semanal, fiestas y permisos y a las vacaciones anuales, respectivamente.

[14] *Vid*., en este sentido, Aguas Blasco, A. *et. al.*: «Régimen jurídico del tiempo de trabajo: análisis del marco legal y del papel de la negociación colectiva», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 44, 2023, p. 27, donde también se hace referencia al concepto de «tiempo de disponibilidad» introducido por la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

[15] Sobre esta cuestión se ha pronunció recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 2 de marzo de 2023 (asunto C-477/2021). Al respecto, *vid*., Aguas Blasco, A.: «Descanso diario y descanso semanal.

## 3. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Como hemos anticipado, el derecho a la desconexión digital se ha definido por la doctrina, en términos generales, como el derecho de las personas trabajadoras a no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso, así como durante sus vacaciones[16]. Precisando un poco más el concepto, también se ha entendido como la limitación del uso de las tecnologías, servicios de mensajería y correos electrónicos, para así garantizar las condiciones de tiempo de trabajo de las personas trabajadoras relativas a su jornada laboral, horario, fiestas y permisos, pero, especialmente, al tiempo de descanso y vacaciones[17].

En el momento presente, es un elemento clave para salvaguardar el derecho al descanso de las personas trabajadoras que utilizan medios tecnológicos en su actividad laboral y está relacionado, asimismo, con la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 14 CE) y con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)[18], así como con la prevención de riesgos laborales[19]. Es decir, se puede calificar de «multiforme», dada su amplitud jurídica, que involucra a estos derechos y protege varios bienes jurídicos adicionalmente a la protección del descanso[20].

No obstante, a ello se debe añadir, como ha entendido otra parte de la doctrina, la noción del deber de abstención por parte del empresario de contactar con el trabajador fuera de su tiempo de trabajo[21], ya que, de no configurarse también desde esta óptica, el ejercicio del derecho queda a discreción de la persona trabajadora, con el consiguiente riesgo de que no lo ejerza[22], dado que es la parte débil de la relación laboral, e, incluso, algunos autores han ido un paso más allá, entendiendo que debería extenderse hasta el ámbito de clientes o terceros, impidiendo que contacten con las personas trabajadoras –o viceversa– fuera de su tiempo de trabajo[23]. Ello conecta con el ejercicio del poder de dirección del que dispone la parte empleadora, pues parece que no respetar el derecho a la desconexión digital supondría un ejercicio irregular de aquel[24].

---

Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2023, asunto C-477/2021», en *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, núm. 9, 2023, pp. 88-92.

[16] Cialti, P.-H.: «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», *cit*., p. 165. En el mismo sentido, Ginès i Fabrellas, A. y Peña Moncho, J.: «Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología», *cit*., p. 136: «El derecho a la desconexión digital consiste en el derecho de las personas trabajadoras a desconectar los dispositivos y medios tecnológicos y digitales durante los períodos de descanso».

[17] En este sentido, Trujillo Pons, F.: «Introducción al ejercicio del derecho a desconectar tecnológicamente del trabajo», en VV.AA.: *La desconexión digital en el trabajo*, Toscani Giménez, D. y Trujillo Pons, F. (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 33 y Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020, p. 214.

[18] Ginès i Fabrellas, A. y Peña Moncho, J.: «Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología», *cit*., p. 137.

[19] Velasco Portero, M. T.: «Derecho a la desconexión digital», en *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 400.

[20] Moreno Solana, A.: «La desconexión digital en el teletrabajo como medida de prevención de los riesgos psicosociales», en *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, vol. 8, 2022, p. 123.

[21] Igartua Miró, M. T.: «El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 432, 2019, p. 66. En el mismo sentido, Martín Muñoz, M. R.: «Tiempo de trabajo y desconexión digital», en VV.AA.: *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, González Ortega, S. (Coord.), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 345 y Velasco Portero, M. T.: «Derecho a la desconexión digital», *cit*., p. 402.

[22] Martín Muñoz, M. R.: «Tiempo de trabajo y desconexión digital», *cit*., p. 345.

[23] Velasco Portero, M. T.: «Derecho a la desconexión digital», *cit*., p. 402.

[24] Moreno Vida, M. N.: «Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador», *cit*., p. 179.

En la normativa española, la regulación del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral se introduce con la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD), en su artículo 88, siguiendo los pasos de la legislación francesa, que fue la primera en reconocer este derecho[25].

Sin embargo, esta regulación pionera no quedó exenta de crítica, pues la doctrina reprochó la falta de delimitación del contenido del derecho, que remitía a la negociación colectiva para su concreción[26], y, dado que, como hemos apuntado, la legislación española se inspiró en la francesa, la misma censura se hizo al respecto de la regulación contenida en el art. 88 de la LOPDPGDD, cuyo apartado 1 reconoce a las personas trabajadoras y a los empleados y empleadas públicos el derecho a la desconexión digital en aras a garantizar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones y la intimidad personal y familiar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido. Después, en sus apartados 2 y 3, remite a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras para el establecimiento de las modalidades de su ejercicio y se prevé la elaboración de una política interna dirigida a todas las personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, haciendo hincapié al respecto de los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia.

En definitiva, la norma adolece de un escaso contenido obligacional, ya que se reconoce el derecho a la desconexión digital, pero sin definirlo ni delimitarlo, ni tampoco se establece ningún régimen subsidiario para el caso en el que no exista el mencionado acuerdo, ni se prevé un sistema sancionador[27].

La entrada en vigor de esta Ley Orgánica también supuso la introducción de un nuevo art. 20 bis en el ET[28] y de una nueva letra j bis) en el art. 14 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)[29], en los que se reconoce a las personas trabajadoras y a los empleados y empleadas públicos, respectivamente, los derechos 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.

Posteriormente, la excepcional situación que ocasionó la pandemia del COVID-19 supuso la promulgación urgente del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, cuyo artículo 18 regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, ahondando más en su contenido, de manera que, tras reconocerlo a las personas que trabajan a distancia y, particularmente,

[25] Velasco Portero, M. T.: «Derecho a la desconexión digital», *cit*., p. 396. La ley francesa que reconoció el derecho a la desconexión digital es la *Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

[26] *Vid*. Martín Muñoz, M. R.: «Tiempo de trabajo y desconexión digital», *cit*., pp. 335-336.

[27] Moreno Vida, M. N.: «Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador», *cit*., p. 177.

[28] «Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.
Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

[29] «Artículo 14. Derechos individuales.
Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: […] j bis) A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

que teletrabajan, en los términos establecidos en el art. 88 LOPDPGDD, dispone que garantizar este derecho es un «deber empresarial» que «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables».

El Real Decreto-ley 28/2020 fue derogado por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, LTD), que integra con exactitud, también en su art. 18, el contenido del anterior, y que es la normativa que permanece vigente en la actualidad.

En última instancia, también forman parte del marco jurídico de este derecho los arts. 18.4 de la CE, que encomienda a la ley la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos –siendo esta ley, efectivamente, la LOPDPGDD[30]–, el art. 91 LOPDPGDD, que hace referencia a los derechos digitales en la negociación colectiva y faculta a los convenios colectivos para que establezcan garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de sus derechos digitales en el ámbito laboral, y, aunque de forma menos directa, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales –junto con su normativa de desarrollo–, dado que su art. 14 establece el derecho de las personas trabajadoras a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, con el correlativo deber de garantía del empresario y de las Administraciones públicas.

Tampoco podemos dejar de mencionar el art. 3.5 ET, que adquiere aquí especial relevancia al establecer que las personas trabajadoras no pueden disponer válidamente de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Sanciona, así, el reconocido principio de irrenunciabilidad o indisponibilidad de derechos.

Al respecto, partiendo de que la renuncia de derechos es el «negocio jurídico unilateral que determina el abandono de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico», lo cual no debe confundirse con el «no ejercicio definitivo del derecho», que no puede ser calificado como acto de renuncia tácita de derechos[31], en el ordenamiento jurídico laboral la irrenunciabilidad consiste en la imposibilidad jurídica de privarse de los derechos establecidos por él[32].

Lo que se busca a través de este principio es asegurar que la totalidad de las normas de derecho mínimo se incorporan en el contrato de trabajo[33], de ahí que el art. 3.5 ET se refiera a «disposiciones legales de derecho necesario», aunque esta irrenunciabilidad también alcanza a los derechos contenidos en los convenios que hayan sido reconocidos como indisponibles. Por tanto, la prohibición de renuncia alcanza a toda regulación que no se haya configurado como derecho dispositivo; de lo

[30] Asimismo, además de cumplir con el mandato constitucional, la LOPDPGDD también es la trasposición del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) [*vid*. art. 1 LOPDGDD].

[31] De La Villa Gil, L. E.: «El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales», en *Revista de Política Social*, núm. 85, 1970, pp. 9-13.

[32] Bolaños Céspedes, F.: «Principio de irrenunciabilidad de derechos», en VV.AA.: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1739.

[33] *Ibid.*

contrario, estarían quedando fuera de esta protección los convenios colectivos, considerados fuentes normativas de gran relevancia en el Derecho del Trabajo[34].

En lo que al derecho a la desconexión digital respecta, lo que sucede es que se ha formulado *ex lege* como un derecho laboral dispositivo y no absoluto, lo que se traduce en que es voluntad de la persona trabajadora ejercitarlo en su plenitud o no[35].

En último lugar, como se ha visto, la negociación colectiva tiene un papel fundamental en la regulación del ejercicio y de las modalidades de este derecho, habiéndose llegado a afirmar que, en el momento actual, caracterizado por la globalización y la interconexión, la garantía del derecho a la desconexión digital es «uno de los retos más importantes a los que se enfrenta la negociación colectiva»[36]. En España, el Convenio colectivo del Grupo Axa para los años 2017-2020[37] fue el primero que trató la cuestión[38], y ello porque el grupo pertenece a una matriz francesa, que, como decíamos, fue la primera legislación en introducir este derecho.

Pese a ello, en la actualidad, la regulación del derecho a la desconexión digital no es una cuestión que ocupe un lugar central en la negociación colectiva, pues, en un análisis de los más recientes convenios colectivos[39], se ha detectado que todavía no son muchos los que lo regulan, y, en suma, gran parte de los que sí lo hacen, es, o bien mediante referencias no muy precisas, o bien remitiendo a la normativa general o reproduciéndola. Además, por lo general, la mayoría regulan la desconexión digital como un derecho del que pueden disponer los empleados y empleadas, es decir, desde la «faceta negativa: la libertad (no siempre estrictamente el poder) de no contestar en tiempo no laboral»[40], lo que no asegura su ejercicio efectivo, deviniendo necesario establecer medidas para ambas partes de la relación laboral, esto es, persona trabajadora y la empleadora, más aún cuando el art. 18 LTD configura la garantía de este derecho como deber empresarial.

En este sentido, cabe mencionar ahora algunos ejemplos de convenios colectivos que han regulado, de una u otra forma, la cuestión. Al respecto de los que se han limitado a, prácticamente, trasladar lo dispuesto en la mencionada normativa del derecho a la desconexión digital, podemos citar el Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viajes[41], el Convenio colectivo estatal del sector de pastas, papel y cartón[42], el Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y

[34] *Ibid.*, pp. 1739-1740.

[35] Trujillo Pons, F.: «Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 18, 2023, p. 5.

[36] Aguas Blasco, A. *et. al.*: «Régimen jurídico del tiempo de trabajo: análisis del marco legal y del papel de la negociación colectiva», *cit*., p. 52.

[37] Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2017).

[38] De hecho, fue, incluso, el primer instrumento normativo en hacer alguna regulación al respecto del derecho a la desconexión digital, pues, a la fecha de su publicación, todavía no se había promulgado la LOPDPGDD.

[39] Para la realización de dicho análisis, se han consultado setenta convenios colectivos estatales, tanto de nivel sectorial como de nivel empresarial, publicados desde el mes de septiembre de 2023 hasta enero de 2024.

[40] Molina Navarrete, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso», *cit*., p. 281.

[41] Resolución de 23 de agosto de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2023).

[42] Resolución de 28 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de pastas, papel y cartón para el periodo 2023-2025 (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 2023).

Editores[43] o el Convenio colectivo de Lufthansa[44]. Otros, incluso, todavía se han quedado un paso más atrás, únicamente aludiendo al derecho, sin reproducir siquiera el contenido de la ley o remitir a ella; por ejemplo, convenios colectivos como el de Volkswagen Group España Distribución[45], el del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras[46] o el del Grupo de Empresas Groundforce[47].

No obstante, en el otro extremo, también hay casos –los menos– de convenios colectivos que sí han regulado con mayor detalle los términos del ejercicio del derecho a la desconexión digital. Algunos de ellos detallan el contenido del ejercicio o bien incluyen medidas específicas al respecto dentro del articulado del texto convencional, mientras que otros lo hacen en una política que, o bien se anexa, o bien se remite a ella. Véase, por mencionar algunos ejemplos, el Convenio colectivo de centros y servicios veterinarios[48], el Convenio colectivo de Triangle Outsourcing, SL[49], el Convenio colectivo de Solplast, SA[50], el Convenio Colectivo de Ediciones Reunidas, SAU[51], el Convenio colectivo de Dealz España, S.L.U.[52], el Convenio colectivo de Telefónica Cybersecurity & Cloud Tech[53] y el Convenio colectivo de Michelín España Portugal[54].

## 4. LÍMITES AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES

La escasa regulación que se ha dado al derecho a la desconexión digital está haciendo –y seguirá– que se generen conflictos que deban resolverse en sede judicial. Pareciera que esa libertad de posibilidades en cuanto a las modalidades del ejercicio del derecho que se ha dejado a las empresas[55] puede llegar a derivar en que los juzgados y tribunales tengan que entrar a resolver controversias cuando no se hayan establecido adecuada y pormenorizadamente las condiciones en que aquel se pueda ejercer.

Por su, más o menos, naturaleza emergente y novedosa incorporación a nuestro derecho, los pronunciamientos judiciales todavía no son demasiado abundantes. No obstante, para este estudio

[43] Resolución de 6 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 20).

[44] Resolución de 25 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas en España (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2024).

[45] Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Volkswagen Group España Distribución (BOE núm. 232, de 28 de septiembre de 2023).

[46] Resolución de 17 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2023).

[47] Resolución de 25 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del Grupo de Empresas Groundforce (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2024).

[48] Resolución de 5 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de centros y servicios veterinarios (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2023).

[49] Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Triangle Outsourcing, SL (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023).

[50] Resolución de 19 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Solplast, SA (BOE núm. 235, de 2 de octubre de 2023).

[51] Resolución de 24 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ediciones Reunidas, SAU (BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2023).

[52] Resolución de 5 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de Dealz España, SLU (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2023).

[53] Resolución de 27 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Cybersecurity & Cloud Tech, SL (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2023).

[54] Resolución de 18 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Michelín España Portugal, SA (BOE núm. 259, de 30 de octubre de 2023).

[55] *Ibid.*, p. 7.

se han identificado tres sentencias recientes, del pasado año 2023, cuyo denominador común es la interpretación limitadora que en ellas se hace del derecho a la desconexión digital.

La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 2843/2023, de 5 de mayo de 2023 (rec. núm. 7704/2022). El supuesto de hecho se presenta como un trabajador que presta servicios retribuidos por cuenta ajena mediante un contrato indefinido y a jornada completa para una empresa, en horario de lunes a viernes de 8:30 a 17:30 horas, incluyendo una hora para comer. También se prevé que trabaje horas adicionales si la empresa lo considerase necesario para cumplir con sus necesidades comerciales, siendo debidamente compensadas cuando tuvieran la condición de horas extraordinarias, conforme a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Debido a la situación generada por la crisis sanitaria del COVID-19, el trabajador pasó a prestar servicios en la modalidad de teletrabajo a partir del día 20 de marzo de 2020. Durante ese año, estuvo sometido a una carga de trabajo desproporcionada, con jornadas de trabajo muy extensas y horarios intempestivos (por ejemplo, quedó probado el envío de correos electrónicos durante el fin de semana o fuera del horario de trabajo habitual, incluso durante la franja horaria nocturna).

Otros hechos a destacar son la falta de un sistema de registro de jornada en la empresa –que no fue implantado hasta el día 1 de julio de 2021– y que tampoco contaba con un protocolo de desconexión digital.

El 8 de febrero de 2021, el trabajador inició un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común por un cuadro de ansiedad relacionado con estrés laboral y, en ese mismo año, interpuso denuncia contra la empresa ante la Inspección de Trabajo por entender vulnerado su derecho a la desconexión digital. El 18 de octubre de 2021, la Inspección emitió informe en el que constató que la empresa, efectivamente, no contaba con un registro de jornada, lo que suponía contravenir el art. 34.9 ET, y tampoco con una evaluación de riesgos psicosociales específica, calificando de insuficientes las medidas adoptadas por la empresa para sustituir estos instrumentos legales. Requirió a la empresa para que implementara un sistema de registro de jornada y para que elaborase una política interna relativa al derecho a la desconexión digital y una evaluación de riesgos psicosociales.

El trabajador presentó papeleta de conciliación el 9 de diciembre de 2021 en materia de resolución contractual y reclamación de cantidad, que se resolvió sin avenencia, por lo que accionó ante los Juzgados de lo Social. El 25 de mayo de 2022, dictó sentencia el Juzgado correspondiente, en la que estimó en parte la pretensión del actor, declarando extinguida la relación laboral y condenando a la empresa al pago de una indemnización, debido a que se constató que la empresa había incurrido en incumplimientos laborales cuyo resultado fueron las prolongadas jornadas de trabajo y los horarios intempestivos antes comentados, lo que comprometió el derecho al descanso y a la desconexión digital del trabajador y que pudo incidir en la incapacidad temporal. Con todo, no se entienden vulnerados derechos fundamentales que el actor pretendió hacer valer al invocar los arts. 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y limitación del uso de la informática para garantizarlos) de la Constitución Española, junto con el art. 88 LOPDPGDD.

Dejando a un lado otras alegaciones que formula el actor y que orbitan alrededor de la cuestión principal, plantea aquel la vulneración del derecho al descanso y del derecho a la desconexión digital del art. 88 LOPDPGDD como desarrollo del art. 18.4 CE («La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus

derechos»), solicitando una indemnización asociada a dicha vulneración de derechos fundamentales en cuantía de 110.000, razón por la que recurre en suplicación.

Adelantando ya la desestimación de esta pretensión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumenta su decisión como sigue. Primero, recuerda que la regulación del derecho a la desconexión digital determina que su ejercicio se debe adaptar «a la naturaleza y objeto de la relación laboral», que se estará «a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores» y que el empleador debe elaborar una política interna, previa audiencia de los representantes de los trabajadores (art. 88 LOPDPGDD).

En segundo lugar, expone que la regulación de este derecho –que, recuerda, procede de la adaptación al ordenamiento jurídico español del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), en la LOPDPGDD– no concreta su contenido, pues se limita a su mero reconocimiento, dejando la labor de concretarlo a la acción de los operadores sociales.

En tercer lugar, explica que es precisamente esa remisión regulatoria a los operadores sociales una importante nota indicativa de la dificultad de que el derecho a la desconexión digital pueda ser reconocido como un derecho fundamental. Pero, en suma, aunque el derecho al descanso sí constituye un derecho fundamental para el Derecho de la Unión Europea, en virtud del art. 31.2 CDFUE, no es así para el caso de nuestro derecho interno, pues el art. 40.2 CE se encuentra dentro de los principios rectores de la política social y económica –como ya, más arriba, se ha apuntado–.

Finalmente, reconoce que sí existe conexión –derivada de la regulación y de la doctrina jurisprudencial comunitaria– entre los derechos relativos a la limitación de la jornada y los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física y a la intimidad, pero ello no aplica al presente caso, por no haber quedado probada la infracción de los derechos constitucionales alegados por el recurrente, razón por la que se deniega la indemnización solicitada.

En definitiva, lo que se ha planteado en el caso es qué consideración tiene el derecho a la desconexión digital, si debería formar parte de la lista de los derechos fundamentales. También se está planteando, de algún modo, si el derecho a la desconexión digital encuentra su origen en conexión con el art. 18.4 CE –como plantea la parte recurrente– o con el art. 40.2 CE.

En un primer momento, parece claro que el TSJ descarta la posibilidad de que el derecho a la desconexión digital pueda formar parte de la lista de los derechos fundamentales, apoyándose en que el derecho al descanso que constitucionalmente se protege mediante el art. 40.2 CE no forma parte de la lista de derechos fundamentales. No obstante, reconoce después que la conexión de los derechos sobre la limitación de la jornada con el derecho a la salud y con el derecho a la vida y a la integridad física y a la intimidad «resulta igualmente de la regulación y de la doctrina jurisprudencial comunitaria», derechos protegidos por el art. 18 CE, que sí son fundamentales, y que es, precisamente, el cauce por el que el recurrente pretende hacer valer su pretensión y conseguir así la indemnización solicitada por vulneración de derechos fundamentales. Pero, en el caso enjuiciado, esta conexión –continúa afirmando el Tribunal– «no puede en modo alguno ser establecida a partir del registro de hechos probados de la sentencia».

En definitiva, la conclusión del Tribunal parece ser que, caso de que el trabajador consiguiese demostrar y probar de manera fehaciente la mencionada conexión, sí podría tener acceso a la

indemnización solicitada, lo que, en última instancia, hace pensar que, de darse así, el derecho a la desconexión digital estaría entendiéndose procedente de, o en conexión con, el art. 18 CE.

Cierto es que, como ha interpretado la doctrina, en una primera lectura, «el derecho a la desconexión se configura como un derecho instrumental para garantizar la efectividad de otros derechos laborales vinculados al tiempo de trabajo: descanso, permisos y vacaciones, de una parte, y del derecho fundamental inespecífico a la intimidad personal y familiar en el ámbito de la relación laboral, de otra»[56].

Además, la base normativa del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral está contenida en la LOPDPGDD (art. 88), ley orgánica a través de la cual se garantizan los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 CE (art. 1.b LOPDPGDD), razón por la que, evidentemente, a través de este derecho se están protegiendo aquellos otros. Más concretamente, se buscaría proteger a las personas trabajadoras de los riesgos que la actividad laboral vinculada a la integración de los dispositivos y sistemas informáticos en la vida cotidiana –asociada a la disponibilidad constante– conlleva, puesto que, debido a ello, pueden ver atacada su intimidad personal y familiar a causa de las injerencias tecnológicas o de la extensión del poder de disposición y de control en el ámbito laboral más allá del tiempo legal o convencionalmente establecido[57].

Con todo, lo que parece claro es que, como ya hemos dicho anteriormente, estamos ante un derecho multiforme y de considerable amplitud jurídica, lo que hace comprensible el razonamiento al que llega el TSJ.

Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña explica que la concreción de este derecho –que en la ley únicamente se reconoce, sin mayores especificaciones– se ha dejado a los agentes sociales, a la negociación colectiva, en definitiva, y que ello dificulta su entendimiento como derecho fundamental, pues no parece muy lógico que el legislador relegue el tan importante papel de regular un derecho fundamental.

En este sentido, no cabe duda de que la falta de un cuerpo normativo más elaborado de este derecho y la remisión que se hace a la negociación colectiva o a los acuerdos de empresa debilita este derecho de las personas trabajadoras y empleadas públicas, ya que no se ha configurado como una materia objeto de negociación obligatoria, sino que se ha optado por un sistema flexible que, incluso, «desvirtúa el carácter de derecho», porque no se impide que el empresario pueda cometer determinados excesos sobre aquellas, y, en definitiva, se configura como un «derecho débil»[58].

El segundo de los pronunciamientos procede de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 575/2023, de 28 de septiembre de 2023 (rec. núm. 391/2023).

Los hechos que anteceden al pronunciamiento del Tribunal versan sobre el despido disciplinario de una trabajadora, abogada en una asesoría, a la que se le atribuyen actos de desobediencia a las órdenes de sus superiores, ofensas verbales hacia el empresario, transgresión del derecho a la desconexión digital y transgresión de la buena fe contractual, que fundamentan la extinción disciplinaria de su

[56] González Labrada, M.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de derecho social*, núm. 87, 2019, p. 95.

[57] *Ibid.*, p. 110. Incluso, el autor plantea que el derecho a la desconexión digital podría entenderse desde la vertiente del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, pero «como una forma de reacción frente aquellas agresiones ilegítimas que constituyen una perturbación e impiden disfrutar durante el tiempo de descanso de un espacio de autodeterminación personal y familiar pleno y libre de injerencias […]».

[58] *Ibid.*, p. 96.

contrato de trabajo. En lo que interesa al presente trabajo, me detendré en el motivo que se aduce al respecto de la transgresión del derecho a la desconexión digital.

En la carta de despido que se le remite a la trabajadora fundamentando exhaustivamente la decisión del despido, se le reprocha el envío reiterado de llamadas, correos y mensajes de WhatsApp al móvil personal de su superior jerárquico cuando este se encontraba disfrutando de sus vacaciones, siendo ella conocedora de este hecho. Incluso, se apunta que su superior jerárquico le advirtió de que atendería su solicitud cuando se reincorporase tras las vacaciones, razón por la que no atendía en ese momento a los correos electrónicos, pero, aun habiendo sido advertida de esta circunstancia, no cesó en el intento de contactar con él, ni tampoco dejó de remitir comunicaciones por diferentes medios, profesionales y también personales.

Continúa la empresa determinando que la conducta descrita supone «una clara transgresión de la naturaleza del reconocido derecho a la desconexión digital, toda vez que este tiene por fin último y principal asegurar que los trabajadores disfruten de manera efectiva de sus tiempos de descanso y vacaciones, respetándose su intimidad personal y familiar, así como su privacidad digital fuera de su horario laboral, de tal forma que permita la desconexión de los dispositivos digitales de carácter profesional o software de la empresa» y que, con «su actitud e insistencia permanente» ha atacado este derecho de su superior jerárquico.

En suma, se indica que, estando en periodo de incapacidad temporal, siguió enviando correos electrónicos también a sus compañeros, de lo que fue, asimismo, requerida por su superior jerárquico para que cesara, por suponer esta actuación «una clara transgresión del deber laboral a no perturbar el derecho a la desconexión digital de sus compañeros de trabajo», así como un incumplimiento de las órdenes e instrucciones recibidas por aquel.

Tras ello, la base legal en la que la empresa sustenta su argumentación, respecto del derecho a la desconexión digital, es la regulación genérica contenida en el art. 88 LOPDPGDD. Explica que el mencionado derecho es «un deber y derecho fundamental de todo trabajador, cuyo respeto y protección debe ser amparado no sólo por la Dirección empresarial sino por todos los trabajadores de la Compañía».

Con el recurso, la trabajadora buscaba la estimación de su pretensión, esto es, la declaración de la nulidad del despido, habiéndose declarado la improcedencia del mismo, pues consideraba que el móvil de su despido había sido su incapacidad temporal. El TSJ de Madrid confirma el fallo de la sentencia de instancia, declarando improcedente –pero no nulo– el despido de la trabajadora.

Aunque el Tribunal no entra a valorar la cuestión de que la trabajadora infringió el derecho a la desconexión digital para resolver el conflicto, es interesante comentar cómo lo interpretó la empresa, pues aporta como una de las causas del despido disciplinario de la trabajadora la transgresión del derecho a la desconexión digital.

A mi parecer, resulta, cuanto menos, llamativo que la empresa se refiera a la desconexión digital tanto como un derecho como un deber, concretamente «deber laboral a no perturbar el derecho a la desconexión digital de sus compañeros de trabajo», más aún cuando el convenio colectivo que resulta de aplicación a la relación laboral de esta trabajadora con su empresa[59] nada dispone acerca

[59] Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2020).

del derecho, ni tampoco parece que haya una política interna que regule su ejercicio, pues en la carta de despido no se hace ningún tipo de referencia a ello ni a un potencial incumplimiento de la misma.

Por otro lado, el despido disciplinario es la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empresario, motivada por el incumplimiento grave y culpable del trabajador de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo; incumplimiento que debe ser de suficiente magnitud, pues el despido disciplinario es la sanción más grave y de mayor entidad[60]. Además, debe prevalecer el principio de proporcionalidad, en el sentido de que las sanciones disciplinarias han de ser adecuadas a la gravedad de la falta cometida[61].

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí dicho, es evidente que, si el quebrantamiento del derecho a la desconexión digital se hubiera presentado por sí solo como fundamento para amparar el despido disciplinario de la trabajadora, en mi opinión, no podría ser causa suficiente para poder justificar el despido.

Ello nos lleva a concluir que, si la empresa quiere, verdaderamente, proteger más activamente este derecho a la desconexión digital a través de un sistema de sanciones que opere ante su incumplimiento, deberá hacerlo estableciendo todos los mecanismos y garantías adecuadas por la vía de la negociación colectiva o en sus políticas internas.

En este sentido, cabe mencionar como ejemplo –aunque no tan rígido– el Convenio colectivo de la empresa Al Air Liquide España, S.A. y Air Liquide Ibérica de Gases, S.L.U.[62], ya que establece un régimen sancionador de incursión en falta laboral de carácter leve para el caso de que una persona trabajadora realice, al menos, tres comunicaciones en un plazo de tres meses o seis comunicaciones en el plazo de un año, por motivos de trabajo, fuera de los horarios generales y no se esté en los supuestos excepcionales que en el convenio se prevén.

En definitiva, este sería el cauce adecuado que se debería seguir si se quieren penalizar los incumplimientos asociados al ejercicio del derecho al descanso tecnológico e ir un paso más allá en su regulación, no limitándose a su faceta de libertad en el ejercicio.

La tercera y última de las sentencias que se va a abordar es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 453/2023, de 17 de julio de 2023 (rec. núm. 136/2023).

Los hechos que anteceden al conflicto que resuelve esta sentencia son los siguientes. En primer lugar, las personas trabajadoras –demandantes– prestan, en su empresa, servicios de captación, transmisión y entrega de imágenes y sonido para otra empresa que contrató a aquella.

En lo que al caso interesa, debemos tener en cuenta dos importantes consideraciones regulatorias que prevé el convenio colectivo que resulta de aplicación al caso, que es el II Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual (Técnicos)[63], consistentes en que, por una parte, se prevé que, salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, el establecimiento de

[60] Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T.: *El despido disciplinario*, Difusión jurídica, Madrid, 2008, pp. 11-18.

[61] Monereo Pérez, J. L.: «Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2023, p. 11.

[62] Resolución de 24 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2023).

[63] Resolución de 14 de julio de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual (Técnicos) (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2009).

la jornada de trabajo se hará con una antelación mínima de doce horas respecto a la hora en que la persona trabajadora vaya a ser convocada en el lugar de citación y que, en cualquier caso, el horario previsto de una jornada de trabajo puede verse modificado en función de las necesidades que surjan durante su ejecución (art. 17 del mencionado Convenio). Por otra parte, también se establece un plus de disponibilidad en su art. 22, dadas las especiales circunstancias en las que se desarrolla este trabajo, que todas las personas trabajadoras perciben.

Pues bien, con motivo de ese contrato para la prestación de servicios de captación, transmisión y entrega de imágenes y sonido, entre el periodo comprendido entre los meses de abril y octubre de 2022 se realizaron un total de 6.627 servicios, de los cuales 59 precisaron de la alteración horaria que se ampara en el art. 17 del Convenio, que, con carácter general, se realizaba con, al menos, doce horas de antelación, aunque no siempre era así. Estas alteraciones se comunicaban a la persona trabajadora contactando con ella a través del teléfono de la empresa o correo electrónico corporativo, si bien, si no contestaba, se le contactaba a su teléfono personal.

Solicitan las personas trabajadoras el respeto del contenido del art. 17 del Convenio colectivo, es decir, que se respete la antelación mínima de doce horas para el establecimiento de la jornada de trabajo, y, también, que se declare la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores, de forma que no reciban mensajes de carácter laboral durante dichos descansos. Con esta segunda pretensión, lo que se está solicitando, en esencia, es que se respete su derecho a la desconexión digital.

Pues bien, brevemente, con respecto a la falta de respeto al aviso con doce horas de antelación, se desestima el motivo, ya que, aunque sí se reconoce que se ha incumplido, 59 ocasiones de 6.627, es decir, un 0,89%, no permite que pueda hablarse de una práctica de empresa a efectos del art. 153 LRJS, caso en el que sí cabría la estimación.

Con respecto a la pretensión de que sea respetado el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras, se denuncia infracción del art. 88 LOPDPGDD, en relación con el art. 20 bis ET. En este punto, se debe recordar que las personas trabajadoras cobraban el plus de disponibilidad establecido en el convenio colectivo, el cual retribuye tanto la disponibilidad en sí misma, como la mayor dedicación en cuanto a incorporación al puesto de trabajo o permanecer en él fuera de la jornada establecida, por necesidades del servicio. Basándose en esto, el Tribunal resuelve –compartiendo el razonamiento de instancia– que el hecho de que la empresa esté facultada para llamar a los trabajadores, cuando se den los cambios de jornada que comentábamos previamente, conlleva que, en ocasiones, lo haga en los tiempos de descanso y, además, si el trabajador percibe el plus de disponibilidad, deberá, en efecto, estar disponible.

Vemos, pues, a través de este pronunciamiento, otro límite más al ejercicio del derecho a la desconexión digital: el de los pactos de disponibilidad u otros complementos análogos. Se entiende que las personas trabajadoras sometidas a estos pactos o pluses de disponibilidad no podrán ejercitar el derecho, pues deben estar disponibles para lo que la empresa les requiera, lo que nos lleva a afirmar que la prestación de la actividad laboral desarrollada con arreglo a estos términos colisiona directamente con el deber del empresario de garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores en casos de fatiga informática y que la desconexión digital únicamente tiene cabida en relación con los tiempos de descanso, por lo que si una persona trabajadora percibe un plus de disponibilidad, y ese tiempo es considerado como de trabajo, el derecho no operará[64]. Por ello, deviene fundamental que se

[64] Trujillo Pons, F.: «Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *cit*., p. 13.

definan con mayor precisión los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, tratando de evitar así más conflictos judiciales al respecto[65].

Existen otros precedentes judiciales que guardan similitudes con el presente. Véase, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid núm. 628/2020, de 8 de julio de 2020 (rec. núm. 19/2020), o la del TSJ de Asturias núm. 1526/2022, de 12 de julio de 2022 (rec. núm. 1197/2022).

## 5. REFLEXIONES FINALES

La promulgación de la LOPDPGDD en el año 2018 introdujo el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, reconociendo, así, el ejercicio de este derecho a no tener contacto con los medios digitales vinculados al trabajo o limitar su uso, con el fin de garantizar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, además de la intimidad personal y familiar, tanto a las personas trabajadoras como a los empleados y empleadas públicos. Un derecho de configuración diversa, por su impacto protector hacia varios bienes jurídicos y su relación con otros derechos de las personas trabajadoras, cuya regulación era requerida por la inmersión tecnológica consolidada en la que vivimos, que, entendida desde la posición de las personas trabajadoras, puede comprometer sus derechos.

Sin embargo, la normativa ha cedido un amplio espacio de ordenación a la negociación colectiva, con el objetivo de que este derecho pueda modularse y ajustarse en atención a la actividad desarrollada, pero, si ello no se realiza adecuadamente –lo que, de hecho, se está observando que sucede–, las personas trabajadoras pueden quedar desprotegidas. Además, la escasa ordenación legal del derecho también supone que los juzgados y tribunales tengan que encargarse de matizar o limitar sus extremos.

Aunque el reconocimiento e introducción en la ley del derecho a la desconexión digital supuso un hito significativo y la decisión de relegar la concreción de sus extremos al plano de la negociación colectiva parece una actuación coherente del legislador para, como hemos apuntado, poder adaptarlo a las necesidades y características que requiere cada sector o empresa, quizás debería haberse configurado también un marco supletorio que operase de forma imperativa cuando no se haya llevado a cabo esa labor en los convenios colectivos, en los acuerdos de empresa o en las políticas internas como la ley prevé –es decir, elaborando una política interna en la que se definan las modalidades de su ejercicio y las acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática–. En definitiva, se trataría de haber incorporado, junto con el reconocimiento del derecho y la llamada a su salvaguarda, unos mínimos o principios que operasen en todo caso, regulando en mayor profundidad y garantizando el derecho a la desconexión digital de forma ineludible[66].

Además, la falta de regulación del derecho, tanto por inexistencia o insuficiencia de un cuerpo normativo como por inacción de la negociación colectiva, también dificulta la labor de interpretación y resolución de controversias por parte de los juzgados y tribunales, ya que, si nada se ha dispuesto, poco se podrá entrar a conocer.

[65] *Ibid.*

[66] Trujillo Pons, F.: *La "desconexión digital" en el ámbito laboral*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 304. Plantea el autor, incluso, la posibilidad de incorporar en el actual listado de infracciones de la LISOS (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) una infracción de tipo muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, tanto para el caso en el que no se respete el derecho a desconectar digitalmente a un trabajador en concreto, como para el caso de que la empresa no cuente con un protocolo de actuación.

Así, como se extrae del análisis de las tres sentencias expuestas *ut supra*, el principal límite del derecho a la desconexión digital al que atiende el órgano judicial es, en esencia, la regulación que de él se haya hecho en los convenios colectivos –o, en su caso, en las políticas internas–, lo que, por otro lado, resulta lógico, según el tenor de la norma. Pero también se delimita en atención a la protección de otros derechos con los que aquel pueda conectarse. En definitiva, la salvaguarda del derecho a la desconexión digital parece moverse en una esfera de incertidumbre cuya causa principal es, de nuevo, la falta de una regulación más acotada, y que facilitaría, sin duda, su ejercicio y garantía.

En cualquier caso, sea como fuere, las empresas siempre deberían establecer, clara e inequívocamente, extremos de la relación laboral tan importantes como puede ser el requerimiento de una posible disponibilidad fuera del horario laboral, en su caso[67], lo que facilitaría tanto el ejercicio del derecho a la desconexión digital, como la labor de los órganos judiciales, y que sería tan sencillo de llevar a cabo como delimitar su contenido en el sentido de que el derecho no aplique en tales casos –como así ha hecho, por ejemplo, el Convenio colectivo de centros y servicios veterinarios que mencionábamos anteriormente–.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar la importancia del registro diario de la jornada de trabajo a propósito de la relación que guarda con el derecho a la desconexión tecnológica.

El art. 34.9 ET[68] establece la obligación de que las empresas garanticen el registro diario de jornada, el cual debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, a través de un sistema que cumpla con los requisitos de objetividad, fiabilidad y accesibilidad –interpretación procedente de la STJUE de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18)–.

Por tanto, el registro de la jornada de trabajo ha de servir, también, como herramienta para verificar el cumplimiento del derecho a la desconexión digital y, utilizado adecuadamente, puede ser el instrumento a través del cual las personas trabajadoras puedan, de un lado, dejar constancia del exceso de horas trabajadas, a causa de la falta de desconexión digital, y, de otro lado, hacer valer su derecho ante el empresario.

Finalmente, el impacto negativo de la digitalización, con la consecuente hiperconexión, que afecta a las condiciones laborales, deriva en la aparición de importantes riesgos para la salud, tanto psicofísicos, esto es, problemas cognitivos, nerviosismo, problemas de sueño, entre otros, como psicosociales, por ejemplo, tecnoestrés, tecnoansiedad, tecnofatiga o tecnofobia[69]. En este sentido, también sería importante configurar el derecho a la desconexión digital desde la vertiente de la prevención de los riesgos laborales, dotándolo así de mayores garantías de protección.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Aguas Blasco, A.: «Descanso diario y descanso semanal. Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2023, asunto C-477/2021», en *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)*, núm. 9, 2023, pp. 88-92.

Aguas Blasco, A. *et. al.*: «Régimen jurídico del tiempo de trabajo: análisis del marco legal y del papel de la negociación colectiva», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 44, 2023, pp. 11-66.

Alarcón Caracuel, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988.

Basterra Hernández, M.: *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

[67] *Ibid.*, p. 307.

[68] El apartado 9 del art. 34 ET fue introducido por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

[69] Pérez del Prado, D.: *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 142.

Cialti, P.-H.: «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 137, 2017, pp. 163-181.

De La Villa Gil, L. E.: «El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales», en *Revista de Política Social*, núm. 85, 1970, pp. 7-71.

Ginès i Fabrellas, A. y Peña Moncho, J.: «Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología», en *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, núm. 1, 2023, pp. 130-150.

Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T.: *El despido disciplinario*, Difusión jurídica, Madrid, 2008.

Igartua Miró, M. T.: «El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 432, 2019, pp. 61-87.

López Vico, S.: «El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referencia al fenómeno del teletrabajo», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, pp. 123-143.

Monereo Pérez, J. L.: «Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 10, 2023.

González Labrada, M.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de derecho social*, núm. 87, 2019, pp. 91-112.

Molina Navarrete, C.: «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, pp. 249-283.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, 44ª edición, Tecnos, Madrid, 2023.

Moreno Solana, A.: «La desconexión digital en el teletrabajo como medida de prevención de los riesgos psicosociales», en *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, vol. 8, 2022, pp. 111-138.

Moreno Vida, M. 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, pp. 161-185.

Pérez Campos, A. I.: «La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 52, 2019, pp. 101-124.

Pérez del Prado, D.: *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

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*, vol. 9, núm. 2, 2021, pp. 30-63.

Trujillo Pons, F.: *La "desconexión digital" en el ámbito laboral*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

Trujillo Pons, F.: «Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 18, 2023, pp. 1-27.

Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 408, 2017, pp. 167-178.

Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 210-238.

Velasco Portero, M. T.: «Derecho a la desconexión digital», en *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, pp. 393-413.

VV.AA.: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

VV.AA.: *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, González Ortega, S. (Coord.), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020.

VV.AA.: *La desconexión digital en el trabajo*, Toscani Giménez, D. y Trujillo Pons, F. (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo*, Maldonado Montoya, J. P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (Dirs. y Coords.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023)

# The right to reduced working hours does not include the change of the system of shiftwork (Comment on the Ruling of the Supreme Court of 21 November 2023)

Raquel Coterillo Laso *Investigadora predoctoral*
*Universidad de Cantabria*
https://orcid.org/0009-0007-6974-1922

Cita Sugerida: COTERILLO LASO, R. «El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 213-230.

**Resumen**

La STS de 21 de noviembre (Rec. 3576/2020) aborda uno de los debates más vivos en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, al tiempo que establece un precedente para futuras decisiones. En concreto, se trata de definir el alcance del derecho a la reducción de jornada por guarda legal y determinar si este derecho implica la posibilidad de aplicar tal reducción al sistema de trabajo a turnos de una trabajadora, de modo que pueda realizar su jornada laboral en un único turno, en contraposición a los turnos alternos de mañana y tarde que realizar. Con este propósito, se debe examinar si la configuración legal de este derecho plantea alguna dificultad interpretativa o, por el contrario, es clara y no genera dudas en relación al derecho y condiciones para su ejercicio.

**Palabras clave**

Reducción de jornada; Turno de trabajo; Conciliación laboral y familiar; Adaptación de jornada; Corresponsabilidad

**Abstract**

The Ruling of the Supreme Court of 21 November 2023 (Appeal number 3576/2020) addresses one of the most lively debates in the field of work-family balance, while setting a precedent for future decisions. Specifically, it is a about defining the scope of the right to reduced working hours for legal guardianship and determining whether this right implies the possibility of applying such a reduction to a worker's shift work system, so that she can work a single shift, as opposed to the alternating morning and afternoon shifts that she used to do. For this purpose, it must be examined whether the legal configuration of this right poses any interpretative difficulties or, on the contrary, is clear and does not raise doubts regarding the right and conditions for its exercise.

**Keywords**

Reduction of working hours; Work shift; Work-life balance; Adaptation of working hours; Co-responsibility

## 1. GÉNERO Y CONCILIACIÓN: UN ANÁLISIS SOCIAL Y JURÍDICO

### 1.1. La persistencia de la «doble jornada» en la actualidad

#### 1.1.1. La maternidad como obstáculo profesional

El presente estudio aspira a abordar el alcance del derecho a la reducción de jornada por guarda legal que se ha definido en sede judicial. Actualmente, la conciliación laboral y familiar sigue representando uno de los principales desafíos para las personas trabajadoras, especialmente para las mujeres. La práctica de conciliar su trabajo con las responsabilidades familiares y domésticas, que siguen recayendo mayoritariamente en ellas, obliga a estas a disfrutar en mayor medida de los permisos conciliatorios, como la reducción de jornada. Este postulado inicial obliga a realizar

Fecha Recepción: 27/12/2023- Fecha Revisión: 18/01/2024 - Fecha Aceptación: 06/02/2024
Págs. 213-230

previamente un análisis al contexto para entender mejor la problemática abordada por la sentencia objeto de comentario.

La efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, —problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas—, todavía no se ha alcanzado. Una de las principales causas radica en la persistente amenaza de pérdida empleo o degradación de condiciones laborales para las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad, constituyendo posiblemente el desafío más apremiante, junto con la desigualdad salarial, en la actualidad laboral[1]. La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de todo móvil discriminatorio, es resuelta en sede judicial. Así, se ha configurado una sólida doctrina constitucional que establece que la discriminación por razón de sexo no solo comprende aquellos tratamientos basados únicamente en el sexo de la persona perjudicada, sino también aquellos que se fundamentan en la presencia de condiciones que guardan una relación directa e inequívoca con el sexo de la persona[2]. De esta manera, se configura una especial relación entre el embarazo y su incidencia en las condiciones laborales de la mujer, por tratarse de un elemento diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, impacta exclusivamente sobre las mujeres[3].

El ordenamiento jurídico trata de compensar la disparidad existente entre hombres y mujeres en el ámbito laboral mediante la concesión de derechos específicos a las mujeres, vinculados a la maternidad, y otros reconocidos a ambos progenitores, pero que terminan incidiendo, por razones sociales, de modo singular en ellas, como demuestran los datos estadísticos[4]. No debe ignorarse que la expresa prohibición de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que la sociedad y el sistema jurídico han impuesto a las mujeres. Esto ha sido unánimemente admitido por la doctrina científica, y se desprende de los antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE.

La protección de la mujer no debe limitarse únicamente a su condición biológica durante y después del embarazo, ni a las interacciones entre ella y su hijo en el período posterior al parto. Más bien, debería extenderse al ámbito específico del desarrollo y las vicisitudes de la relación laboral, de modo que condicione las facultades organizativas y disciplinarias del empleador con el propósito de prevenir las consecuencias físicas y psicológicas derivadas de medidas discriminatorias en la salud de la mujer, al tiempo que preservar todos sus derechos laborales inherentes a su condición de trabajadora[5].

En este sentido, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, constituyendo la minusvaloración o el perjuicio causado por la maternidad un supuesto de discriminación directa por razón de sexo[6]. En el

[1] Pacheco Zerga, L.: "La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social", *Revista IUS*, vol. 6, núm. 29, 2012, pp. 110-11.

[2] STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5.

[3] STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6.

[4] SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.

[5] Así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 17/2003, de 30 de enero, reproducido por todas: STJ Madrid 441/2023, de 5 de mayo (Rec. 165/2023), FJ 10; STSJ Cataluña 664/2023, de 3 de febrero (Rec. 4763/2022), FJ 2; STSJ Madrid 1028/2022, de 16 de noviembre (Rec. 584/2020), FJ 7; STSJ ICAN, de 29 de septiembre (Rec. 1004/2022), FJ 3; STSJ Cataluña 5362/2022, de 17 de octubre (Rec. 2958/2022), FJ 2; STSJ Canarias 984/2022, de 29 de septiembre (Rec. 1004/2022), FJ 3; STSJ Galicia 4025/2022, de 8 de septiembre (Rec. 2886/2022), FJ 4; STSJ ICAN 666/2022, de 10 de junio (Rec. 1979/2021), FJ 3; STSJ Madrid 304/2022, de 28 de abril (Rec. 837/2021), FJ 5; STSJ Madrid 260/2022, de 16 de marzo (Rec. 4/2022), FJ 4.

[6] STC 182/2005, de 4 de julio, (Rec. 2447/2002), FJ 4.

ámbito laboral, la maternidad se sigue presumiendo como un perjuicio económico para el empleador, y un obstáculo en el transcurso de la carrera profesional de las empleadas. En esta situación, la mujer se encuentra con dos opciones –igualmente reprobables–: la primera es renunciar a la maternidad, y la segunda es renunciar al trabajo. Sobra decir que esta disyuntiva debe erradicarse de forma inmediata, de forma que la mujer pueda elegir libremente realizarse en ambas funciones, sin que ninguna de las decisiones menoscabe su proyecto personal y vital, ni su proyección profesional.

La mayor dificultad que enfrenta la mujer para avanzar profesionalmente y mantenerse en el mercado laboral, dados los obstáculos relacionados con la falta de corresponsabilidad y la incorrecta valoración de los puestos de trabajo, ya no es una cuestión sujeta a controversia. Tanto la legislación como la jurisprudencia han abordado el fenómeno femenino de la «doble jornada», que explica la problemática que enfrentan las mujeres para avanzar en sus carreras profesionales, ya que disponen de menos tiempo para dedicar al trabajo, al continuar asumiendo las responsabilidades del hogar y el cuidado de los hijos.

Esta situación, que persiste en la actualidad, explica por qué los hombres suelen experimentar un mayor número de ascensos en comparación con sus colegas femeninas, especialmente en aquellos nombramientos de libre designación que son decididos por el propio superior, sin seguir un proceso imparcial y meritocrático, sino más bien motivado por intereses empresariales o económicos puros. En general, estos intereses no están alineados con la efectiva protección de las trabajadoras embarazadas o madres, quienes históricamente han sido consideradas difíciles de promocionar debido a los costes económicos asociados.

El temor del sector empresarial a verse privado de esta mano de obra durante el periodo de embarazo y los permisos y excedencias posteriores, así como las complicaciones que surgen al diseñar horarios con reducciones y adaptaciones de jornada, influyen injustamente en la selección de personal y en los procesos de promoción. En consecuencia, el CESE ha resaltado, en diversas ocasiones, la urgencia de desvincular las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres y extenderlas también a los hombres. De no hacerlo, estas medidas destinadas a proteger a la familia, y en particular a la maternidad, sin un reparto equitativo de responsabilidades, generarán inevitablemente un perjuicio indirecto para las mujeres. La implementación del Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, responde a esta necesidad de garantizar que los trabajadores varones también puedan beneficiarse de estas medidas, evitando que recaigan exclusivamente en las mujeres. A su vez, busca cambiar la percepción de la gestión de recursos humanos para que deje de considerar la contratación de mujeres como algo oneroso[7].

### 1.1.2. La feminización de los cuidados en cifras

Los datos hablan por sí mismos. En 2021, las tasas de empleo de las mujeres (25 a 49 años) con hijos menores de 12 años fueron menores a las tasas de empleo de las mujeres de la misma edad sin hijos (69,7% y 74,7%, respectivamente). En el caso de los hombres sucede lo contrario, las tasas de empleo de los hombres de 25 a 49 años con hijos fueron superiores a las de los hombres de la misma edad sin hijos (89,7 y 83,6%, respectivamente). El comportamiento para mujeres y hombres de 25 a 54 años con hijos de 6 a 14 años es el mismo que en el caso anterior[8]. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el 33,9% de las mujeres empleadas destinan cuatro horas diarias al cuidado y la educación de hijos o nietos, mientras que el 36,7% de los hombres empleados dedican

[7] Abril Stoffels, R.: "El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo", *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral,* Madrid, CEU Ediciones, 2012, pp. 52-53.

[8] Instituto Nacional de Estadística (INE), "Mujeres y hombres en España", Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2022, p. 38.

dos horas diarias a esta actividad. Además, el porcentaje más alto (43,3%) de las mujeres trabajadoras que realizan tareas domésticas y de cocina dedica dos horas diarias a estas labores. En el caso de los hombres, el 42,5% dedica una hora diaria a estas mismas tareas.

Entre las mujeres empleadas, el 47,4% realiza diariamente actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos, mientras que, entre los hombres empleados, este porcentaje es del 31,5%. En cuanto a las tareas domésticas y de cocina, un 77,5% de las mujeres trabajadoras las realiza diariamente, en comparación con un 32,9% de los hombres empleados. Además, solo un 2,3% de las mujeres y un 15,4% de los hombres afirma nunca haber realizado estas actividades.

Los hombres que no tienen hijos y cuyas parejas trabajan destinan 8,7 horas semanales a actividades de trabajo no remunerado, mientras que las mujeres en la misma situación dedican casi el doble (16,4 horas) a estas labores. En el caso de hombres con hijos y parejas que trabajan, dedican 20,8 horas semanales a actividades de trabajo no remunerado, en contraste con las 37,5 horas que dedican las mujeres en la misma situación[9]. Según datos recopilados en 2021, el 24,4% de las mujeres empleadas (de 25 a 54 años) con un hijo trabajan a tiempo parcial, en contraste con el 4,1% de los hombres. En el caso de tener tres o más hijos, los porcentajes son del 25,5% para las mujeres y del 5% para los hombres[10].

La Encuesta de Población Activa (EPA) del año 2018 indica que el 28,13% de las personas de 18 a 64 años con algún hijo propio o de la pareja, abandonaron su trabajo en algún momento con la intención de cuidar de sus hijos. El 86,93% de los hombres lo interrumpieron en un período de seis meses como máximo. En cambio, las mujeres distribuyeron más ampliamente los periodos de interrupción: el 49,87% lo interrumpió durante seis meses, el 20,87% entre seis meses y un año, y el 9,36% entre un año y dos. El 17,70% de las mujeres lo interrumpieron por más de dos años, en comparación con el 2,76% de los hombres[11]. Además, el 5,58% de las mujeres optaron por abandonar su empleo, en comparación con el 2,31% de los hombres. En cuanto a la reducción del tiempo de trabajo, esta elección fue tomada por el 1,10% de las mujeres y el 0,5% del total de hombres[12].

En el escenario europeo, la situación entre hombres y mujeres es similar a la descrita. Según los últimos datos disponibles, existe un mayor porcentaje de mujeres que de hombres que cuidan de otras personas a diario, 37% frente al 24,6%. El porcentaje de mujeres que realizan tareas domésticas a diario es muy superior al de los hombres (77,9% frente a 31,6%). Según los datos de la Encuesta de Calidad de Vida del año 2016, las mujeres europeas destinan más tiempo semanal al cuidado y las tareas del hogar en comparación con los hombres. En particular, en el cuidado y la educación de los hijos, las mujeres dedican casi el doble de horas semanales, con 38 horas frente a las 21 horas de los hombres. En cuanto al cuidado de familiares, vecinos o amigos enfermos, las mujeres emplean más horas en promedio que los hombres.

La situación expuesta ayuda a comprender las dinámicas actuales que hombres y mujeres siguen al ausentarse de su trabajo para dedicarse a los cuidados. Los datos de 2021 revelan que el 87,39% de las personas que se beneficiaron de excedencias por cuidado de hijas/os fueron mujeres. Esta tendencia se repite en las solicitudes de excedencias por cuidado de familiares, donde un 79,50% corresponde a mujeres, aunque se observa un aumento en el porcentaje de hombres en los

[9] *Ibidem*, p. 279.
[10] *Ibidem*, p. 287.
[11] Instituto Nacional de Estadística (6 de junio de 2019). *Encuesta de Población Activa (EPA) Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018.* [Nota de prensa]. p. 5. https://ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf
[12] *Ibidem*, p. 7.

últimos años[13]. Los datos más recientes de la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondientes al último trimestre vuelven a poner de manifiesto el desigual reparto entre hombres y mujeres en las responsabilidades de cuidado, forzando a las mujeres a abandonar el ámbito laboral. De las 64.000 mujeres que dejaron de trabajar para cuidar de niños, adultos, enfermos, incapacitados o mayores (un 92% del total), solo 5.600 hombres tomaron la misma decisión. En cuanto a la razón de no buscar empleo, se observa que 638.400 mujeres no están buscando empleo debido a sus responsabilidades de cuidado (un 92,1% del total), mientras que esta cifra es de 55.000 para los hombres[14].

Los datos presentados evidencian que la doble jornada femenina sigue siendo el principal factor que obstaculiza el desarrollo profesional de las mujeres. Ante la ausencia de una distribución equitativa de responsabilidades en el cuidado, ya sea de hijos u otros familiares, las mujeres se ven obligadas a solicitar, en mayor medida que los hombres, excedencias por cuidado de hijos o familiares, así como otros permisos conciliatorios vinculados al ámbito de los cuidados, como la reducción de jornada, el permiso por cuidado de bebé lactante, o la adaptación de jornada. Incluso, se ven forzadas a abandonar, ya sea de forma temporal o permanente, el mercado laboral para dedicarse a responsabilidades de cuidado, así como a tareas domésticas. Por esta razón, estos derechos asociados a los cuidados deben configurarse e interpretarse desde una perspectiva de género, de modo que aborden esta problemática desde la corresponsabilidad, instando a los trabajadores varones a disfrutar de estos permisos en términos equitativos a sus compañeras, con el fin de terminar con la feminización de los cuidados y lograr una participación equilibrada de ambos en el mercado laboral.

## 1.2. Análisis del derecho a la reducción de jornada desde una perspectiva de género

### 1.2.1. La reducción de jornada como derecho conciliatorio

La conciliación entre la vida laboral y familiar constituye un desafío que recae de manera más significativa en las mujeres que en los hombres, como indican las estadísticas. Los datos revelan que son las mujeres quienes recurren con mayor frecuencia a los permisos legalmente establecidos para equilibrar sus responsabilidades tanto laborales como familiares. Consciente de esta realidad, el legislador ha implementado ciertas medidas, como la unificación de los permisos de maternidad y paternidad en uno solo: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo, con la obligación para ambos progenitores de dedicar 16 semanas a su cuidado.

La voluntad del legislador de corregir esta situación genera optimismo en cuanto a la posibilidad de que la corresponsabilidad se convierta finalmente en una realidad. Sin embargo, otras medidas, como la excedencia para el cuidado de hijos y/o dependientes, y la reducción de jornada por razones de guarda legal, ponen de manifiesto cómo las mujeres continúan enfrentándose a la disyuntiva de elegir entre su carrera profesional o vida familiar, al reducir su jornada o abandonar temporalmente su puesto de trabajo para dedicarse al cuidado de hijos y/o familiares.

Con este escenario planteado, la incorporación de la perspectiva de género en el análisis sobre la interpretación y configuración de una de las principales medidas de conciliación en el trabajo, como es la reducción de jornada por cuidado de hijos, se vuelve indispensable. El tema central de este estudio es analizar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023 (Rec. 3576/2020), que sienta doctrina sobre los límites de la configuración de esta medida, de modo que su disfrute no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo. No obstante, antes de

[13] Instituto de las mujeres, "Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2023)", Ministerio de Igualdad, 2023, pp. 11-12.

[14] *Ibidem*, p. 13.

adentrarnos en el análisis detallado de esta sentencia, resulta apropiado esbozar algunas ideas sobre el contenido de esta medida.

El derecho a la reducción de jornada se encuentra regulado en el artículo 37, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores. Según este precepto, tanto los trabajadores hombres como mujeres tienen el derecho a reducir su jornada laboral para el cuidado de un hijo menor de 12 años, con la correspondiente disminución proporcional del salario. Para hacer uso de este permiso, deben notificar al empleador su intención con, al menos, 15 días de antelación, especificando en la solicitud tanto el periodo en que planean disfrutar del permiso como la distribución horaria dentro de la jornada laboral. La reducción de la jornada debe oscilar entre un octavo y la mitad de la jornada ordinaria de trabajo. La persona trabajadora puede solicitar la reducción de jornada y la concreción del horario que mejor le convenga, pero la empresa tiene el derecho a negarse si la distribución horaria solicitada le resulta perjudicial por razones técnicas u organizativas. De este modo, es la persona trabajadora la que presenta la propuesta de reducción de jornada, siendo responsabilidad de la empresa negociar y ofrecer alternativas, sin imponer un horario específico durante el proceso de negociación de la reducción de jornada. Tampoco puede objetar la reducción de jornada ni el porcentaje de reducción propuesto; su capacidad de objeción se limita al horario seleccionado por el/la empleado/a, en cuyo caso deberá presentar una alternativa.

Esta reducción diaria de la jornada laboral puede disfrutarse cuando la persona trabajadora tiene a su cargo a un menor de 12 años (aunque la negociación colectiva puede establecer una edad superior), con la consecuente disminución proporcional del salario. La concreción de esta reducción se llevará a cabo dentro de la jornada ordinaria de la persona trabajadora, es decir, en el horario que esta realiza al momento de solicitar la reducción, independientemente del horario establecido en el contrato de trabajo, el de sus compañeros o el horario de apertura del centro de trabajo. Además, esta reducción debe ser diaria; es decir, el/la trabajador/a deberá reducir su jornada todos los días, sin posibilidad de alternar días o acumular horas para eliminar un día de trabajo, a menos que exista un acuerdo con la empresa o disposición convencional. Por ejemplo, en el caso de la empresa Solvay, sus trabajadores/as podrán exigir a la empresa la acumulación en jornadas completas o medias jornadas o bien jornada continuada, ya que su Plan de Igualdad así lo establece[15]. Esta reducción puede solicitarse independientemente del tipo de contrato o antigüedad, siendo un derecho que no puede ser limitado por convenio ni por imposiciones de la empresa.

La reducción de jornada constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, pero si dos o más trabajadores/as de una empresa generan este derecho debido a un mismo sujeto causante, el empresario puede limitar el ejercicio simultáneo de la reducción de jornada, siempre y cuando existan razones justificadas de organización en la empresa. Respecto al despido de los/as trabajadores/as que hayan solicitado o estén disfrutando de esta reducción, se considerará nulo, obligando a la empresa a readmitir al trabajador/a en su actual puesto de trabajo en las mismas condiciones. De esta manera, la persona trabajadora con reducción de jornada por cuidado de un hijo o familiar goza de una doble protección ante el despido. En caso de despido objetivo, la empresa deberá justificar las causas del despido y, además, acreditar por qué ha despedido a ese empleado/a y no a otro/a. Esto no implica la existencia de una preferencia en el puesto de trabajo, pero sí exige la desvirtuación del posible móvil discriminatorio.

El reforzamiento de estos derechos por vía del reconocimiento de su dimensión constitucional aparece como un elemento básico de su desarrollo. Reche (2014) divide la evolución jurisprudencial

[15] "Toda trabajador/a que tenga derecho a reducción de jornada de acuerdo con el artículo 51.1 del CGIQ puede acogerse a la acumulación en jornadas completas o medias jornadas, o bien puede acogerse a una jornada continuada, siempre que en este último caso las necesidades del servicio lo permitan".

de esta materia en tres etapas, marcadas por tres sentencias paradigmáticas: la primera vinculada a la protección del menor y la familia (STS de 20 de julio de 2000), una segunda que conecta los derechos de conciliación con las responsabilidades familiares y personales ex. art. 14 CE (STC 26/2011, de 14 de marzo), y una tercera que dirige el enfoque hacia la tutela de la mujer, sin cuestionar su rol tradicional (STC 3/2007, de 15 de enero)[16].

En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional establece que la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. En consecuencia, concluye que la negativa a reconocer la reducción de jornada solicitada por una trabajadora, sin analizar en qué medida dicha reducción resulta necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, ni cuáles son las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, es un obstáculo injustificado para la compatibilidad de la vida profesional de la trabajadora con su vida familiar y, en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo[17].

Según Rodríguez (2015), el Tribunal Constitucional aún se mueve con titubeos dogmáticos al evaluar los parámetros constitucionales de la igualdad y los derechos, siendo cómplice de esta resistencia, especialmente en el ámbito de la corresponsabilidad familiar, donde se limita a verificar si los tribunales de la jurisdicción social han incorporado o no la dimensión constitucional de la conciliación en sus razonamientos, sin profundizar en si lo han hecho de manera conforme a los parámetros constitucionales. De igual modo, se abstiene de evaluar la posible infracción constitucional por violación del artículo 14, en conexión con el artículo 39 CE, en el caso de que se haya considerado esta dimensión, independientemente de la forma en que se haya tenido en cuenta[18]. Este aspecto no se aborda en la STC 24/2011, de 14 de marzo (Rec. 1091/2009), en el que una trabajadora, madre de una hija recién nacida y con turnos rotativos, solicita a la empresa la adscripción permanente al turno de mañana, en virtud de su derecho de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo. La empresa rechaza la solicitud argumentando que implica modificar su jornada habitual, por lo que recurre a la jurisdicción social para defender su derecho a no ser discriminada por razón de género, al considerar que se le ha privado del disfrute de un derecho vinculado estrechamente a la conciliación entre la vida familiar y laboral. Sin embargo, el amparo es denegado al no apreciarse una vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de género.

A diferencia del supuesto objeto de la STC 3/2007, la trabajadora solicita la adaptación de la jornada de trabajo, la cual tiene como requisito cumplir con los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo alcanzado con el empleador, requisito que no se cumple en el presente caso. Ciertamente, la trabajadora no solicita a la empresa una reducción de su jornada laboral para el cuidado de su hija al amparo del art. 37.5 LET, como sí ocurre en el supuesto que se enjuicia en la STC 3/2007, sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, solicita obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición el art. 34.8 LET[19].

[16] Reche Tello N.: "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014, p. 221.

[17] FJ 6.

[18] Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, p. 364.

[19] FJ 3.

Rescato esta sentencia porque arroja luz sobre una de las cuestiones que posteriormente se analizará en la sentencia que da origen a este comentario. En ella, el Tribunal Constitucional establece que esta doble regulación jurídica, referida al ámbito de la reducción y la adaptación de la jornada no debe confundirse, de modo que se distinga entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario –lo que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 LET – de aquellos otros supuestos en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador/a. Este último tiene apoyo en un precepto diverso: el artículo 34.8 LET, que, a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de ésta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual (FJ 3). Con este razonamiento, el Tribunal pretende establecer una distinción entre dos derechos que, si bien responden a situaciones similares, se configuran de manera diferente. Por lo tanto, si un empleado desea solicitar un cambio en su horario laboral para trabajar en un turno específico, la vía adecuada para lograrlo no sería la referida a la reducción de jornada, sino la adaptación de jornada (mediante el correspondiente acuerdo o pacto).

### 1.2.2. La construcción moderna del género en el ámbito de la conciliación

Las consideraciones del Tribunal Constitucional acerca del papel de las mujeres en la familia presiden su jurisprudencia sobre la dimensión constitucional de la conciliación en el terreno laboral. Estas reflexiones reavivan la cuestión sobre la influencia que tienen en la perpetuación de la construcción moderna del género. Sin duda, la mejor manera de contrarrestar este riesgo es cuestionar la construcción moderna de la masculinidad. El Tribunal tuvo oportunidad de hacerlo en la STC 26/2011, de 14 de marzo. En esta ocasión, el Tribunal abordó un recurso de amparo relacionado con la denegación de una solicitud de reducción de jornada presentada por un hombre. Esta particularidad brindó al Tribunal la oportunidad de abordar la dimensión constitucional no solo de la conciliación entre la vida familiar y laboral, sino también de la necesidad de orientarla hacia la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. El recurrente alegaba que el rechazo de su pretensión implicaba convertir, no a él, sino a su esposa, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender el cuidado de los hijos. No obstante, y esto es lo interesante, el Tribunal concluyó que resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo, pues *el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres"* (FJ 4). Ello no le impide configurarlo desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos de prohibición de discriminación previstos en el art. 14 CE, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales. Al fin y al cabo, lo que aquí se plantea es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la denegación de la solicitud del trabajador demandante para la asignación de un horario nocturno podría perjudicar la efectiva conciliación entre su vida familiar y laboral (FJ 5). Así, con el fin de hacer ambas consideraciones compatibles, construye la prohibición de discriminación por circunstancias familiares, de manera que protege por igual ambos sexos, logrando complementar el alcance de la primera sin diluir su cometido de poner fin a la discriminación estructural de las mujeres, y tratando de evitar que los hombres se mantengan en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental[20].

En un primer análisis, podríamos afirmar que esta sentencia marca un significativo avance en contra de la asignación tradicional de roles en el ámbito familiar, destacando su relevancia social, ya que el Tribunal Constitucional refleja las nuevas realidades y demandas de los padres varones,

[20] *Ibidem*, pp. 365-367.

de la familia y de la sociedad en general[21]. Sin embargo, parte de la doctrina sugiere que podría haber profundizado aún más en esa dirección[22]. También se argumenta que denegar la solicitud de conciliación familiar y laboral a los varones tiene un carácter discriminatorio que afecta la construcción de roles de género. En este sentido, la histórica relegación de los hombres en el cuidado de hijos e hijas contribuye a la construcción del género que les confiere un poder estructural sobre las mujeres[23].

Otros, como Perán Quesada, sostienen que la sentencia muestra de modo paradigmático la aptitud del Tribunal, de modo que, *al manifestarse lo hace reproduciendo las cautelas y las dudas que el propio legislador ha incorporado en un desarrollo normativo condicionado y condicionante* […] e, incluso, *conservador en su normativización, lo que ha merecido algún reproche de la jurisdicción comunitaria*"[24]. Por otro lado, si bien reconoce un avance en el reconocimiento implícito de la interrelación entre la división sexista de los roles familiares y el disfrute diferenciado en las medidas conciliatorias, lo hace a través de una doctrina poco sólida, *que empequeñece el marco jurídico puesto en juego y que además puede poner en riesgo su transcendencia jurídica dado la poca seguridad que aporta su razonamiento*"[25].

También hay voces que cuestionan la falta de conexión entre la discriminación por circunstancias familiares, específicamente en casos de menoscabo en la conciliación laboral y familiar, con la discriminación por género[26]. Reche (2014) argumenta que las discriminaciones experimentadas tanto por mujeres como por hombres en el ejercicio de los DCPL (derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral) deberían atribuirse a una única causa discriminatoria: la discriminación por razón de género. Así, sería más apropiado considerar esta causa discriminatoria como un nuevo desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo, en lugar de incluirla en la cláusula general del artículo 14 CE, que abarca discriminaciones por cualquier otra condición o circunstancia personal o social[27]. Cabeza y Fernández (2011) comparten este criterio y añaden que recurrir a la cláusula general de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" podría aumentar la inseguridad jurídica. Del mismo modo, ignorar la discriminación por razón de género desde la perspectiva de la corresponsabilidad podría hacer que los organismos encargados de aplicar las normas pasen por alto esta problemática. Por ende, estos autores sugieren que sería más prudente optar por marcos jurídicos más establecidos y adherirse a doctrinas consolidadas, evitando así la posibilidad de emprender caminos que, a la larga, carezcan de resultados efectivos[28].

La construcción jurisprudencial de la discriminación por circunstancias familiares es incluso cuestionada como una discriminación "artificiosa". Esto genera tensiones en la doctrina, ya que muchos sostienen que, en una situación hipotética donde existiera un reparto equitativo de tareas,

[21] No obstante, pese a la relevancia de su fallo, autores como García Rubio, Mª A.: "Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, también consideran que la fundamentación de la sentencia "peca de excesiva parquedad en su razonamiento y en los argumentos manejados" (p. 8).

[22] Miñarro Yanini, M.: "Prohibición de discriminación por circunstancias familiares versus división sexista de roles en la pareja. El afortunado reconocimiento a nivel constitucional del papel del padre en el cuidado de la prole", *Revista de derecho social*, núm. 56, 2011, p. 162.

[23] Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 103, 2015, p. 373.

[24] Perán Quesada, S.: "La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014

[25] Ídem.

[26] Rey Martínez, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 139.

[27] Reche Tello, N., *Op. Cit.,* p. 255.

[28] Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M., "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, p. 23.

debería seguir protegiéndose tanto a mujeres como a hombres para que ambos pudieran conciliar la vida familiar y laboral. En otras palabras, se trata más de salvaguardar a todas las personas que desempeñan labores de cuidado, lo que justifica la introducción de esta "nueva" categoría de discriminación[29].

## 2. LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2023 (REC. 3576/2020)

### 2.1. Objeto de la litis y recorrido judicial

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora se centra en el alcance de la reducción de jornada por cuidado de hijo. En concreto, se trata de determinar si el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor conlleva la posibilidad de aplicar dicha reducción al sistema de trabajo a turnos de una trabajadora, de modo que esta pueda desempeñar su jornada en un único turno, en lugar de los turnos alternos de mañana y tarde que solía realizar.

La demandante, empleada con contrato laboral indefinido a tiempo completo y categoría de Auxiliar Administrativa en la empresa demandada, es madre de una niña nacida en 2014. Después de una excedencia de 4 años, al regresar al trabajo, solicitó una reducción de jornada a 4 horas diarias en un turno fijo de mañana. Aunque su horario normalmente consiste en turnos alternos de mañana y tarde, de 8 a 15 horas y de 15 a 22 horas, la empresa aceptó la reducción de jornada por razones familiares, pero rechazó la concreción horaria solicitada. Argumenta que la jornada de la demandante está programada en turnos rotativos de mañana y tarde de lunes a sábados, y en algunos domingos específicos, y que la reducción de jornada debe aplicarse en cada turno de trabajo correspondiente, alegando también razones organizativas y productivas, ya que la concreción horaria propuesta generaría una descompensación de personal.

El centro de trabajo tiene un horario de apertura de 9 a 22 horas y cuenta con una plantilla de 89 empleados, que incluye un comité de empresa. De estos, 15 trabajadores tienen una reducción de jornada por razones familiares. Dos de ellos están asignados a tareas administrativas y trabajan en el turno de la mañana, mientras que una tercera persona trabaja en el mismo turno debido a ser víctima de violencia de género. Los demás empleados realizan turnos rotativos de mañana y tarde.

La demandante trabajó en funciones administrativas hasta 1999 y, desde entonces, ocupa el puesto de vendedora en la sección de electrónicos. Aunque las ventas están equilibradas entre la mañana y la tarde, existe una mayor carga de trabajo por la tarde debido al cierre de caja. En esta área, tres trabajadores están asignados por la mañana y tres por la tarde, incluyendo dos empleados con reducción de jornada que realizan turnos alternativos de mañana y tarde.

Con fecha de 31 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena dicta sentencia, estimando la pretensión de la trabajadora y condenado a la empresa a reconocer el derecho a la trabajadora demandante a la concreción horaria interesada por la misma y, en concreto, jornada diaria de 9:30 a 13:30 horas y de lunes a sábado. La citada sentencia es recurrida en suplicación por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dicta sentencia en fecha 27 de enero de 2020, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirmando el pronunciamiento de instancia. La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, articulándolo en un único motivo, esto es, determinar si los trabajadores pueden concretar su jornada reducida pasando de realizar turnos de mañana y tarde a, exclusivamente, turnos de mañana, para lo que denuncia infracción de los apartados 5 y 7 del artículo 37 ET.

[29] Reche Tello, N., *Op. Cit.,* p. 247.

## 2.2. Derecho a la concreción horaria y modificación del trabajo a turnos

El presente estudio viene a determinar si, dentro del ámbito del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, la persona trabajadora tiene la posibilidad no solo de disminuir su jornada laboral, sino también de especificar su horario y elegir un turno de trabajo.

Parte de la jurisprudencia ha entendido que, en principio, la especificación horaria de la reducción de jornada es un derecho individual de la persona trabajadora, que solo debería limitarse en circunstancias excepcionales, como en casos de abuso de derecho, falta de buena fe o evidente perjuicio para la empresa. Por lo tanto, se debe entender que la posibilidad de concretar la reducción en un horario fijo de la mañana, cuando la trabajadora ha estado realizando turnos rotativos de la mañana y la tarde, no implica una reducción fuera de la jornada laboral ordinaria[30]. Esta posición es compartida por diversas Salas. El TSJ de Canarias se ha pronunciado en diversas ocasiones a favor de la adscripción a un turno determinado en el marco del derecho a la reducción de jornada. Así, en sentencias de 18 de marzo de 2013 y 25 de septiembre de 2019, establece que, en los casos en que se solicita conjuntamente la reducción de jornada y la modificación de turno u horario, con independencia de que la primera de ellas haya sido reconocida por la empresa, el supuesto queda comprendido en el ámbito del artículo 37.6 ET. En este punto, entiende que excluir del marco aplicativo de dicha norma legal y *reconducir al art. 34.8 ET aquellos casos en que la empresa ha accedido a reconocer la reducción de jornada supone, no solo, de facto dejar vacío de contenido el art. 37. 6 ET, pues bastaría con que formalmente no se accediese a la reducción de jornada, para impedir el derecho a la concreción de jornada que en dicha situación reconoce a los trabajadores el indicado precepto legal, sino también, descomponer de manera artificiosa el conflicto"* [31]. Por lo tanto, sostiene que una interpretación diferente llevaría a la conclusión de que la norma se limita a instaurar un derecho sin un contenido efectivo, dejando a la persona trabajadora completamente indefenso en aquellos casos en los que haya una negativa empresarial carente de justificación para alcanzar un acuerdo que satisfaga un derecho con una clara dimensión constitucional. De manera similar, en sentencia de 12 de marzo de 2019, el Tribunal resuelve un conflicto surgido a raíz de la petición de una trabajadora para reducir su jornada laboral y concretar su horario de trabajo en la franja matinal.

En esta ocasión, no solo se subraya la imperante necesidad de adoptar una interpretación con perspectiva de género, conforme el mandato del art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la aplicación del derecho contenido en el art. 37.5 º y 6º del ET, en relación con el art. 1 , 9.2 º, 14 y 39 de la CE. Además, se da un paso significativo al reconocer este derecho como un derecho humano, cuya interpretación y aplicación deben regirse por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho humano, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio de la mencionada conciliación laboral y familiar, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras. En virtud de lo anterior, y al concluir que (i) las razones que respaldan la solicitud de la trabajadora para ajustar su horario laboral, con el fin de atender las necesidades de cuidado de su hijo han sido objetivamente probadas y (ii) no se han demostrado de manera suficiente las razones de índole organizativa por parte de la empresa que justifiquen la denegación de la petición de horario matinal, se reconoce el derecho de la demandante a la concreción horaria solicitada. En consecuencia, se impone a la empresa la obligación de adecuarse a este nuevo horario, posibilitando así la conciliación entre su vida laboral y familiar[32].

[30] STSJ Murcia 113/2020, de 27 de enero (Rec. 1350/2018), FJ 4. Este criterio se reproduce en la STSJ Murcia 343/2020, de 9 de marzo (Rec. 1607/2018), FJ 3.

[31] SSTSJ Canarias 400/2013, de 18 de marzo (Rec. 244/2011), FJ 2; 996/2019, de 25 de septiembre (Rec. 765/2019), FJ 3.

[32] STSJ Canarias 255/2019, de 12 de marzo (Rec. 19/2019), FJ 3.

Esta línea doctrinal ha guiado numerosos pronunciamientos desde hace casi dos décadas. De acuerdo con ella, se viene estableciendo que la configuración y protección de la finalidad prevista por la legislación sobre la conciliación de la vida familiar y laboral permite interpretar que los trabajadores y las trabajadoras afectados tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que, con carácter rotativo, vienen desempeñando. Por lo tanto, la negativa a conceder el derecho de reducir la jornada laboral para desempeñar funciones en un turno fijo, podría convertirse en un impedimento para compatibilizar la vida profesional con la vida familiar, lo que afectaría gravemente a la planificación familiar, de forma que dificultaría en gran medida la atención y cuidado de las personas a cargo, especialmente en lo que respecta a su cuidado cotidiano[33]. Esta corriente jurisprudencial se caracteriza por reconocer sin vacilaciones el derecho de los trabajadores y trabajadoras a determinar y concretar el horario en que prestarán sus servicios a lo largo de la jornada laboral, en cualquiera de los turnos rotatorios que vienen desempeñando, a fin de poder cumplir con las responsabilidades inherentes a la protección de la familia, modulándose, de esta manera, el poder de dirección y organización empresarial (art. 20 ET), siempre sujeto a los postulados del principio de buena fe en el ejercicio de dicho derecho por parte de las personas trabajadoras[34].

Debe plantearse ahora si la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, que supuso una modificación sustancial del artículo 34 ET relativo a la jornada de trabajo, reconociendo el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, ha obligado a esta corriente jurisprudencial a reenfocar el estado de la cuestión y cambiar de criterio, o si, por el contrario, ha mantenido la misma posición.

Para ello, veamos la postura mantenida en una reciente sentencia, con fecha de 10 de mayo de 2019, que resuelve el conflicto surgido por la denegación a una trabajadora del derecho a la concreción horaria en turno de mañana, en el marco del derecho a la reducción de jornada. En esta ocasión, se establece que, dado que el legislador de urgencia ha incorporado la adaptación de la jornada como un derecho subjetivo de la persona trabajadora, en el contexto del cuidado de hijos menores de 12 años, incluso sin necesidad de una reducción horaria, sería absurdo, a la luz de la Exposición de Motivos (artículo 3.1 del Código Civil), interpretar que este derecho de adaptación no se extienda a los casos de reducción de jornada, en los que la persona trabajadora realiza un sacrificio al perder parte de su salario. En base a ello, concluye que esta aparente discordancia entre el artículo 34 y el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, que es más aparente que real, debe resolverse considerando que también se ha extendido a la persona trabajadora el derecho de adaptación cuando se reduce la jornada. Esta consideración implica una reinterpretación de lo dispuesto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con esta corriente doctrinal, ya no será requisito que la reducción de jornada esté limitada al horario diario previamente realizado por la persona trabajadora. En su lugar, se evaluará la viabilidad de la solicitud de esta, al sopesar el interés superior del menor y la necesidad de su cuidado, junto con los posibles perjuicios o disfunciones que esto pueda ocasionar al empresario[35].

### 2.3. La reducción de jornada no implica modificar el régimen de turnos

El ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo ha generado diversos pronunciamientos judiciales y doctrinales, en sentidos opuestos. La falta de consenso en la doctrina judicial sobre esta cuestión hizo necesario que el Tribunal Supremo interviniera para establecer una doctrina clara y poner fin a la inseguridad jurídica generada por las distintas posturas. En algunos casos,

[33] SSTSJ Madrid 245/2009 de 17 de marzo (Rec. 5598/2008), FJ Único; 848/2011, de 27 de octubre (Rec. 6197/2010), FJ Único.

[34] SAN 25/2005, de 28 de febrero (Rec. 157/2004), FJ 4.

[35] SJSO 191/2019, de 10 de mayo (Rec. 337/2019), FJ 4.

se otorgaba amparo a quienes solicitaban concretar su jornada en un turno específico, mientras que en otros se denegaba esta adscripción al considerar que excedía los límites establecidos legalmente.

La tarea del Tribunal no era fácil, ya que debía efectuar dos análisis jurídicos. Por un lado, examinar si la configuración legal del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo presenta alguna dificultad interpretativa o, por el contrario, es clara y no alberga dudas hermenéuticas en cuanto al derecho y a las condiciones de su ejercicio.

### 2.3.1. La sentencia de contraste

La recurrente invoca de contraste la STSJ Madrid 24/2018, de 15 de enero (Rec. 936/2017), que desestima la pretensión de una trabajadora de suprimir el turno de tarde en el contexto de su derecho a la reducción de jornada. La empresa accede a la reducción de jornada, pero no admite el horario pretendido dado el puesto que ocupaba, las funciones de responsabilidad que conllevaba, y los incentivos vinculados a las mismas, ofreciéndole en otro centro de trabajo un puesto de dependienta que podía realizar, al no llevar vinculadas tales responsabilidades ni incentivos. En esta ocasión, el Tribunal entiende que no procede estimar la petición actora dado que la reducción de jornada por cuidado de hijo sólo es posible dentro de la jornada ordinaria y la pretensión de proyectar tal reducción en un único turno implica desbordar tal jornada ordinaria.

Según informa el Ministerio Fiscal, se presenta una contradicción en los términos establecidos en el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En ambos casos, la trabajadora solicita una reducción de jornada por cuidado o guarda legal, conforme el artículo 37 ET, y ambas empresas acceden a esta reducción, mas no aceptan el cambio al régimen de trabajo a turnos, excluyendo el turno de tarde, que es lo que busca realmente la trabajadora. Las pretensiones y los fundamentos son idénticos, y los pronunciamientos son contradictorios, puesto que, mientras que la sentencia recurrida reconoce abiertamente que la reducción de jornada y la fijación de un turno específico, cuando antes se desempeñaban dos, no implica una modificación de la jornada ordinaria, la sentencia de contraste sostiene que lo solicitado supone una modificación de jornada no amparada en el artículo 37.5 del ET, ya que con ello se produce una alteración de la jornada ordinaria (FJ 2.2).

### 2.3.2. Normativa base del conflicto: El artículo 37.6, 7 y 34.8 ET

El análisis jurídico se centra en la interpretación de la configuración legal del derecho a la reducción de jornada por guarda legal. A la luz de la posición del Tribunal Supremo, el artículo 37 (apartados 6 y 7) no admite interpretaciones ambiguas en relación con las condiciones de su aplicación. Así, entiende que el precepto es inequívoco al facultar a la persona trabajadora a concretar las características específicas de la reducción, con un único límite: que la reducción se comprenda "dentro de su jornada ordinaria". Por lo tanto, es la trabajadora la que, en este caso, puede concretar el horario que pretende realizar, una vez ejercitado el derecho de su reducción de jornada diaria; ahora bien, esa concreción solo puede hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria.

El término "jornada de trabajo" hace referencia al período específico y definido durante el que la persona trabajadora está obligada a cumplir con sus responsabilidades laborales. En otras palabras, se trata del tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios por parte de la persona trabajadora, ya sea en un cálculo diario, semanal o anual, tal y como ha establecido la Sala en las sentencias de 20 de junio y 19 de marzo de 2017[36]. Por otro lado, la "jornada ordinaria" se refiere al tiempo que la persona trabajadora suele desempeñar sus labores de manera habitual, dentro de los límites establecidos legal o convencionalmente (FJ 3.2). En base a lo expuesto, el tribunal concluye que la

[36] SSTS 534/2017, del 20 de junio, (Rec. 170/2016); 229/2019, del 19 de marzo, (Rec. 30/2018).

reducción debería llevarse a cabo sin modificar el régimen de trabajo a turnos que la empleada venía realizando y que constituía una característica específica de su jornada laboral ordinaria. Esto se debe a que la previsión del artículo 35.6 del Estatuto de los Trabajadores no contempla la posibilidad de alterar el régimen ordinario de la jornada (según la STS de 18 de junio de 2008, Rec. 1625/2007), ni la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos (según la STS de 13 de junio de 2018, Rec. 897/2007).

Además, en este caso, es de aplicación el convenio colectivo para Grandes Almacenes, publicado en el BOE el 7 de octubre de 2017, que no introduce mejoras significativas en esta materia, ya que limita el derecho de la persona trabajadora a la concreción horaria a su régimen de trabajo ordinario, excluyendo cambios de turno y/o sistema de rotación (Art. 39. VI. 2). En este sentido, aunque contempla la situación en la que un/a trabajador/a solicita la concreción horaria fuera de su turno y jornada habituales, así como el derecho a que el empresario considere la posibilidad de concederlo en su puesto actual o mediante un cambio en área/departamento/división, e incluso, si es factible, un cambio de centro de trabajo, el convenio no establece una obligación para el empresario de concederlo, quien podrá negarse por razones organizativas o productivas y presentar alternativas más adecuadas para la situación de la empresa (Art. 39. VI. 3)[37].

Otro argumento que respalda la decisión del Tribunal de no reconocer la pretensión de la demandante es que la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con un cambio en el sistema de trabajo a turnos no parece carente de fundamento o razón, ni tampoco parece constituir fraude o abuso de derecho. Por el contrario, según lo establecido en los hechos probados, la empresa arguye razones organizativas y productivas vinculadas al hecho de que la aceptación de la solicitud resultaría en una descompensación de personal. En consecuencia, no encuentra ningún motivo para considerar que la negativa empresarial deba ser calificada como irrazonable (FJ 3.3).

Asimismo, se recoge la doctrina comunitaria para reforzar este posicionamiento, de modo que debe entenderse que la normativa española sobre conciliación laboral y familiar está en consonancia con el derecho comunitario, al establecer que la reducción de jornada debe llevarse a cabo dentro de la jornada ordinaria, sin permitir la conversión de la jornada, cambio de horario o turno. Esta interpretación se alinea con la decisión del TJUE en la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (Asunto C-366/18), que considera que la normativa española no infringe el derecho comunitario al exigir que la reducción de jornada se realice "dentro de la jornada ordinaria", sin posibilidad de requerir, salvo por acuerdo mutuo, la transformación de una jornada partida en continuada o el cambio de horario o turno de trabajo, pasando de un sistema de turnos a un turno fijo. Además, establece que la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que implementa el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental acordado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional que reconoce el derecho del trabajador o trabajadora a reducir su jornada laboral ordinaria para cuidar directamente de menores o familiares a su cargo. Es decir, esta regulación no permite que la persona trabajadora, cuyo régimen laboral habitual sea de turnos con horarios variables, opte por un horario de trabajo fijo en virtud de dicha Directiva (FJ 4).

### 2.3.3. Reducción o adaptación de jornada en el cambio de trabajo a turnos

La literalidad de la normativa española no abre camino a ninguna duda o ambigüedad que pueda justificar una interpretación distinta a lo que realmente expresa la norma, que no es otra que reconocer el derecho de la persona trabajadora a cuidar de su hijo o familiar dependiente con reducción de su

[37] El Artículo 40 VI del renovado Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 137, con fecha 9 de junio de 2023, reitera la misma disposición.

jornada y salario, en los términos que mejor le convenga, dentro de su jornada ordinaria, salvo que el convenio colectivo de aplicación haya previsto alguna mejora en relación a esta concreción horaria. Cualquier interpretación contraria a esto equivaldría a distorsionar el espíritu de la medida, claramente definida en la Ley, y a extender su alcance, de manera que incluya supuestos ya contemplados por otras disposiciones, como la referida a la adaptación de jornada.

Desde el año 2019, es posible solicitar la adaptación y distribución de la jornada, sin necesidad de reducirla, y manteniendo la retribución, con el propósito de facilitar la conciliación entre la vida familiar y laboral, según lo establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata, en todo caso, de un derecho a solicitar y no a exigir, ya que no constituye un derecho absoluto, por lo que la empresa podrá negarse si existen razones para ello. La novedad de esta nueva posibilidad radica en la obligación para la empresa de entablar negociaciones y, en caso de negativa, justificar la denegación. Además, se trata de un paso adelante en el compromiso por hacer efectiva la conciliación laboral y familiar, al acoger supuestos que, otras medidas, como la reducción de jornada, no preveían. El ejemplo más claro parece ser el derecho a modificar el horario, por ejemplo, para obtener un turno fijo. Así lo ha entendido la STSJ de Andalucía de 11 de abril de 2019, al establecer que el hecho de que se solicite un cambio de horario para obtener un turno de mañana fijo frente al turno rotatorio que venía realizando, desde una situación de jornada reducida consolidada, lleva a considerar que el derecho que se está ejercitando no es el contemplado en los apartados 6 y 7 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, sino el que le confiere el artículo 34.8, que establece el derecho de la persona trabajadora a solicitar un cambio de horario (distribución de la jornada de trabajo) como medida para promover la conciliación de la vida familiar y laboral[38].

Pretender que el artículo 37 (apartados 6 y 7), referido al ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal, acoja supuestos previstos en otro artículo (art. 34.8, referido a la adaptación de jornada) implicaría despojar de su significado a este último y, al mismo tiempo, malinterpretar el primero, con independencia de la noble intención de favorecer la conciliación la persona trabajadora afectada.

El Tribunal Supremo pone fin a esta controversia, que ha generado numerosos pronunciamientos en distintas direcciones y ha provocado cierta inseguridad jurídica, al determinar que el cambio de un sistema de trabajo por turnos a un sistema de turno único de mañana no constituye simplemente una reducción de jornada, sino que implica una modificación de la jornada laboral ordinaria. En otras palabras, la fijación específica de horarios asociada a la reducción de jornada no debe dar lugar a cambios en el sistema de trabajo por turnos, ni en la alteración unilateral del sistema laboral ni en ninguna otra modificación de la jornada regular de trabajo. En consecuencia, cualquier empleado que desee pasar de un sistema de trabajo por turnos a un turno único debe ejercer esta posibilidad mediante el derecho establecido para la adaptación de su jornada laboral, de acuerdo con el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, en lugar de hacerlo a través del derecho a la reducción de jornada, que está destinado a otros casos que no conlleven una alteración completa de su régimen laboral o cambios en su jornada habitual.

La aspiración de transitar de un régimen de trabajo a turnos a un sistema de turnos único tiene cabida en el marco legal respaldado por la jurisprudencia, específicamente en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. En el ámbito de aplicación de este precepto, la Sala ya ha reconocido la posibilidad de convertir una jornada no continua en continua (STS 661/2017, de 24 de julio, Rec. 245/2016), modificar el horario de trabajo (STS de 13 de junio de 2008, Rec. 897/2007) y adoptar un horario flexible de entrada y salida del trabajo (STS 454/2016, de 31 de mayo, Rec. 121/2015). En sede judicial, también se ha reconocido que el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se

[38] STSJ Andalucía 623/2019, de 11 de abril (Rec. 1082/2019), FJ 3.

limita exclusivamente al derecho de reducción de jornada por motivos de conciliación, mientras que el artículo 34.8 aborda de manera más amplia el derecho a la adaptación del trabajo por razones de conciliación. En virtud de la legislación actual, es evidente que se puede solicitar la adaptación del régimen de turnos de trabajo de forma independiente o en combinación con la reducción de jornada. Sin embargo, queda claro que no es posible realizar dicha solicitud exclusivamente a través del derecho a la reducción de jornada, a menos que se invoque también el artículo 34.8 ET[39].

Se trata de una solución admitida por la STSJ GAL 3915/2020, de 21 de septiembre (Rec. 1904/2020), y posteriores[40], que encuentra respaldo en 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, tras la nueva redacción que le ha dado al artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Volviendo a la sentencia objeto de estudio, y en base a la doctrina y jurisprudencia expuesta, el Tribunal termina por reconocer que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste y, por tanto, estima el recurso y casa y anula la sentencia recurrida, para resolver que la concreción horaria vinculada a la reducción de jornada no implica un derecho a pasar a un turno fijo único para poder conciliar. Con este fallo, se resuelve uno de los debates más vivos en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, al tiempo que se establece un precedente para futuras decisiones. No obstante, debe matizarse lo siguiente: la solución dada por dicha sentencia servirá para casos en los que exclusivamente se solicite la reducción de jornada con concreción horaria, y no una adaptación de jornada, en que sí será posible modificar el turno de trabajo y adscribirse a un turno fijo con motivo de poder conciliar la vida familiar y laboral. Concuerdo con Cano (2023) en que los tribunales no pueden abordar asuntos que no hayan sido planteados, so pena de incurrir en una "suerte de incongruencia extra petita". Por lo tanto, la solución alcanzada en la sentencia comentada no podrá extenderse a otros escenarios en los que también se solicite la adaptación de la jornada[41]. Es posible que este hito incluso sirva como impulso para que los interlocutores sociales busquen mejoras concretas que amplíen el alcance de ciertos derechos conciliatorios reconocidos legalmente. También puede motivar al legislador a considerar la extensión de este derecho o a otorgar mayor poder a la persona trabajadora en la negociación de la adaptación y distribución de la jornada, contribuyendo así a lograr la tan ansiada corresponsabilidad.

## 3. VALORACIÓN CRÍTICA

El presente estudio no solo pretende abordar la nueva doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo en una de las cuestiones más controvertidas de los últimos años, en relación a la conciliación

[39] La doctrina iuslaboralista, que cuenta con voces destacadas como De Heredia Ruiz, se posiciona a favor del criterio adoptado por el tribunal, al considerar que la fundamentación seguida abre la posibilidad de explorar otras vías para concretar el cambio que la trabajadora demandante busca. En este sentido, sugiero la lectura de: De Heredia Ruiz, I. B. (8/12/2023). La reducción de jornada por cuidado de hijo menor ex art. 37.6 y 7 ET no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo (STS 21/11/23). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. https://ignasibeltran.com/2023/12/08/la-reduccion-de-jornada-por-cuidado-de-hijo-menor-ex-art-37-6-y-7-et-no-permite-pasar-de-un-sistema-de-trabajo-a-turnos-a-uno-unico-fijo-sts-21-11-23/ [Fecha de consulta: 02/02/2024].

[40] SSTSJ Galicia 3915/2020, de 21 de septiembre (Rec. 1904/2020), FJ 2; de 12 de febrero de 2021 (Rec. 4587/2020), FJ 5; 2144/2021, de 26 de mayo (Rec. 1120/2021), FJ 5; 2003/2022, de 28 de abril (Rec. 1365/2022), FJ 5; 4846/2022, de 25 octubre (Rec. 3605/2022), 4947/2022, de 4 de noviembre (Rec. 5220/2022); FJ 3; 5638/2022, de 15 de diciembre (Rec. 6198/2022), FJ 5; 622/2023, de 3 de febrero (Rec. 102/2023), FJ 2; 979/2023, de 20 de febrero (Rec. 6242/2022), FJ4; 2953/2023, de 15 de junio (Rec. 1785/2023), FJ 3; 4440/2023, de 11 de octubre (Rec. 3009/2023), FJ 4; 5108/2023, de 22 de noviembre (Rec. 3043/2023), FJ 5.4).

[41] Cano Galán, Y.: "Reducción de jornada y concreción horaria por motivos de conciliación su alcance respecto de la solicitud de adscripción a un turno fijo de trabajo", *Diario La Ley*, núm. 10424, 2024.

laboral y familiar, sino que también tiene la intención de incentivar a la reflexión sobre el papel que debe ostentar el órgano judicial a la hora de resolver interrogantes que carecen de consenso.

La posición más sensata parece encontrarse en la defensa del órgano judicial como mero intérprete y aplicador de las leyes, de manera que, en términos simples, no se exija al juez que haga el trabajo del legislador. Aunque estemos de acuerdo en la importancia de integrar la perspectiva de género en la interpretación normativa y en seguir el principio pro operario, esto no implica que el juez deba distorsionar la norma para acoger situaciones que no están contempladas legalmente, incluso cuando la intención sea genuina y busque realmente mejorar la corresponsabilidad en el trabajo y fortalecer la posición de las mujeres trabajadoras, quienes son las principales beneficiarias de las medidas de conciliación.

El artículo 37, en sus apartados 6 y 7, establece claramente que una persona trabajadora puede reducir su jornada diaria con una disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella, con la condición de ajustarse a su jornada ordinaria, a menos que el convenio colectivo indique lo contrario. Si el legislador hubiera pretendido que esta medida también incluyera la posibilidad de adscribirse a un turno específico, lo habría contemplado expresamente. Sin embargo, no lo ha hecho. La facultad de unirse a un turno específico tiene cabida en el marco de otro precepto: el artículo 34.8, que reconoce el derecho de la persona trabajadora a solicitar la adaptación de la duración y distribución de su jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo tanto, es este precepto (y no el referido a la reducción de jornada) sobre el que descansa el derecho a cambiar de jornada y turno, con la pretensión de poder conciliar la vida familiar y laboral.

Es un hecho que, hasta la fecha, la corresponsabilidad sigue siendo un desafío más que una realidad, a pesar de los esfuerzos realizados por todos los actores involucrados para materializarla. En este sentido, la configuración y mejora de las medidas conciliatorias se erigen como la mejor vía para alcanzar este objetivo. Si bien es válido debatir sobre la necesidad de ampliar su alcance y seguir mejorándolas, no debemos atribuir al juez una responsabilidad que no le corresponde, sino que recae en el legislador y, en su caso, en los interlocutores sociales.

Con el propósito de preservar la seguridad jurídica y establecer un marco jurídico sólido que guíe futuros pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha emitido una sentencia concisa y clara que no da lugar a ambigüedades. Esta resolución no debe percibirse como un retroceso en materia de conciliación o igualdad de género, dado que estas medidas afectan principalmente a las mujeres. Mas bien, como hemos mencionado, debería servir para instar al legislador y a los interlocutores sociales a seguir mejorando la normativa, en caso de que consideren que la configuración actual no aborda todas las realidades. Reiteramos que la vía para hacerlo es a través de la legislación o la negociación colectiva, no mediante procesos judiciales.

En definitiva, sigamos trabajando por lograr una corresponsabilidad real y pongamos fin a la feminización de los roles de cuidado que perpetúa una posición desigual para las mujeres. Es el momento de asumir responsabilidades de manera equitativa, en consonancia con una sociedad avanzada y justa. No obstante, recordemos que no es responsabilidad del juez crear nuevos escenarios y derechos, sino intentar y aplicar la Ley sin manipularla, independientemente de las buenas intenciones que se persigan.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

Abril Stoffeks, R.: "El coste de la no conciliación en el ámbito del empleo", *El Comité Económico y Social Europeo y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, Madrid, CEU Ediciones, 2012.

De Heredia Ruiz, I. B. (8/12/2023). La reducción de jornada por cuidado de hijo menor ex art. 37.6 y 7 ET no permite pasar de un sistema de trabajo a turnos a uno único fijo (STS 21/11/23). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. https://ignasibeltran.com/2023/12/08/la-reduccion-de-jornada-por-cuidado-de-hijo-menor-ex-art-37-6-y-7-et-no-permite-pasar-de-un-sistema-de-trabajo-a-turnos-a-uno-unico-fijo-sts-21-11-23/ [Fecha de consulta: 02/02/2024].

Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M.: "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo", Relaciones laborales: *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011.

Cano Galán, Y.: "Reducción de jornada y concreción horaria por motivos de conciliación su alcance respecto de la solicitud de adscripción a un turno fijo de trabajo", *Diario La Ley*, núm. 10424, 2024.

García Rubio, Mª A.: "Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011.

Instituto de las Mujeres: "Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2023)", Ministerio de Igualdad, 2023.

Instituto Nacional de Estadística (6 de junio de 2019). *Encuesta de Población Activa (EPA) Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018.* [Nota de prensa]. https://ine.es/prensa/epa_2018_m.pdf

Instituto Nacional de Estadística (INE): "Mujeres y hombres en España", Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2022.

Miñarro Yanini, M.: "Prohibición de discriminación por circunstancias familiares versus división sexista de roles en la pareja. El afortunado reconocimiento a nivel constitucional del papel del padre en el cuidado de la prole", *Revista de derecho social*, núm. 56, 2011.

Pacheco Zerga, L.: "La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social", *Revista IUS*, vol. 6, núm. 29, 2012.

Perán Quesada, S.: "La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014.

Reche Tello N.: "Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, 2014.

Rey Martínez, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.

Rodríguez Ruiz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# Nulidad de un despido disciplinario ante la vulneración del derecho fundamental a la libertada ideológica -Comentario a la STC de 3 de julio de 2023-

# Nullity of a disciplinary dismissal due to the violation of the civil right to ideological freedom -Commentary to the Constitutional Court of July 3, 2023-

Rafael José López Bedmar *Contratado predoctoral FPU*
*Universidad de Granada*
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

Cita Sugerida: LÓPEZ BEDMAR, R.J. «Nulidad de un despido disciplinario ante la vulneración del derecho fundamental a la libertada ideológica -Comentario a la STC de 3 de julio de 2023-». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 231-245.

**Resumen**

En una cuestión de gran trascendencia jurídico-laboral e interés constitucional, en la que existen pronunciamientos contrarios por parte del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2023, de 3 de julio, otorga el amparo a un trabajador al confirmar la interpretación judicial que considera nulo, por vulneración de los derechos fundamentales, un despido disciplinario. En el mismo se alegaba pérdida de confianza por parte del empleador. Este despido se basaba en la difusión por parte del trabajador de fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo y compartidas en redes sociales.

La Sentencia sostiene que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad ideológica del trabajador, en conexión con los derechos a la libertad de expresión y de reunión, tras su participación en una manifestación. En consecuencia, se declara la nulidad del despido llevado a cabo por el empleador.

**Palabras clave**

Derechos fundamentales; nulidad; despido; garantía hacia trabajador frente a represalias empresariales; libertad ideológica; redes sociales

**Abstract**

In a matter of great labour law significance and constitutional interest, in which there are contrary pronouncements by the Social Court and the High Court of Justice, the Constitutional Court's Ruling 79/2023, of 3 July, grants protection to a worker by confirming the judicial interpretation that considers null and void, for violation of civil rights. The dismissal alleged a loss of confidence on the part of the employer. This dismissal was based on the worker's dissemination of photographs with political messages taken at his workplace and shared on social networks.

The judgment held that the employee's civil right to ideological freedom, in connection with the rights to freedom of expression and assembly, had been violated following his participation in a demonstration. Consequently, the dismissal by the employer was declared null and void.

**Keywords**

Civil rights; nullity; dismissal; guarantee of the worker against company reprisals; ideological freedom; social networks

*"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".*
(DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948).

Fecha Recepción: 05/02/2024 - Fecha Revisión: 03/03/2024 - Fecha Aceptación: 11/03/2024
Págs. 231-245

## 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA FIGURA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO CON IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CORRESPONDIENTE NULIDAD COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO.

### 1.1. La protección frente al despido y su conexión con los derechos fundamentales

Antes de entrar a valorar y debatir esta sentencia del Tribunal Constitucional respecto a la temática que se analiza, es importante hacer referencia al marco teórico-doctrinal.

La máxima sanción, avalada por la legislación laboral, que puede recibir una persona trabajadora por parte de su empleador es el despido disciplinario. Esta figura es necesaria para que se pueda lograr la disciplina idónea dentro de la empresa ante potenciales incumplimientos sumamente graves y culpables de la parte trabajadora[1]. Se puede decir que este tipo de despido es una respuesta del empresario ante una desobediencia grave de los deberes laborales, reflejados contractualmente, en el progreso ordinario de la actividad laboral[2].

Desde una perspectiva jurídica se considera una medida de autotutela privada, donde el empleador unilateralmente rescinde el contrato de trabajo sin necesidad de recurrir previamente a un juez[3]. No obstante, aunque el poder disciplinario es una prerrogativa del empleador, está sujeto a límites[4]. Además, el despido disciplinario tiene efectos extintivos inmediatos, independientemente de su validez, ya que la decisión empresarial se vuelve automáticamente efectiva[5].

Es importante conocer que, las posibilidades que originan o desembocan en un despido disciplinario están tasadas. Al ser posibilidades cerradas, *numerus clausus*, no es posible establecer de ningún modo una clasificación de supuestos distinta a la ya prevista legalmente[6].

La protección del despido se fundamenta en la premisa de que los empleados son componentes de la empresa, concebida como una organización productiva que involucra personas y recursos en una actividad dirigida al mercado. Según esta concepción, las personas trabajadoras no son elementos "externos" de la empresa, sino que son netamente una parte activa del personal de la empresa, que es la que funciona gracias a los empleados que están a su servicio y bajo su subordinación[7]. Es 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 (en adelante, Estatuto de los Trabajadores), el que recoge en su artículo 54 que "*el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*".

---

[1] 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", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022 (recurso electrónico).

[2] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 31.

[3] Hernández García, C.: "El despido disciplinario. Concepto y causas", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2804, 2004, p. 1002.

[4] VV.AA.: "Despido y sanciones disciplinarias", *Memento Práctico Social 2023*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023 (recurso electrónico).

[5] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 33.

[6] *Passim*, 36.

[7] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)". *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017, p. 835.

El despido es una institución que no solo cuenta con protección a nivel nacional, sino que también se encuentra respaldada internacionalmente. Un ejemplo que demuestra esto es la existencia de la Carta Social Europea -revisada-, que es un tratado del Consejo de Europa, que otorga en su artículo 24 protección en caso de despido[8]. Este tratado interpreta que la persona trabajadora es una parte más de la organización productiva, por lo que busca alejar la arbitrariedad de la parte empleadora[9].

Como es lógico, la formalización de un contrato de trabajo no implica la renuncia a los derechos que la Constitución Española otorga al trabajador en su calidad de ciudadano. Quiere decir esto que se ha de preservar un equilibrio real entre las obligaciones nacidas con el contrato y el ámbito de libertad constitucional de la parte trabajadora, dada la posición de primacía otorgada a los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico[10].

El despido podrá catalogarse como procedente, improcedente o nulo, a depender de las circunstancias del caso. El Estatuto de los Trabajadores establece en el artículo 55.5 la consideración de despido nulo. Concretamente, recoge que, "*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora*". Además, recoge, también, los supuestos de embarazo, ejercicio del derecho a los permisos y excedencias.

El citado párrafo tiene un origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dado que es el responsable de responder ante las vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas, en base a la atribución de garantías constitucionales que le hace la propia Constitución Española[11].

También la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, Ley reguladora de la jurisdicción social), recoge en su artículo 108.2 este hecho al hacer remisión al Estatuto de los Trabajadores: "*el despido será nulo en los supuestos señalados en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores*".

Por esto, las reformas legales se han encaminado a conectar la nulidad del despido con las causas sobre las que se asienta la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores[12].

Los derechos categorizados como fundamentales destacan por su importancia material y su rango formal. Además, su importancia deriva de la relación con la dignidad de la persona y el carácter imprescindible de estos en un contexto democrático[13]. Es conveniente recordar que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran en la Sección primera del Capítulo segundo del Título

[8] Publicada en el BOE en fecha de 11 de junio de 2021.

[9] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)". *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017, pp. 835.

[10] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 160.

[11] Casas Baamonde, M.E.: "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales". En, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 4, 2021, (recurso electrónico).

[12] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 143.

[13] Solozábal Echavarría, J.J.: "Los derechos fundamentales en la Constitución Española", en *Revista de estudios políticos*, núm. 105, 1999, p. 11.

primero, junto con los artículos 14 y 30.2 -este último referido a la objeción de conciencia-[14]. En cuanto a estos derechos existe una indisponibilidad por el poder legislativo, sin que pueda haber derechos fundamentales que no hayan sido constitucionalizados[15]. Por otra parte, la eficacia real de los derechos fundamentales siempre va a depender de la concurrencia de una serie de presupuestos objetivos[16].

Ante una potencial vulneración de estos derechos, el trabajador tiene la legitimidad para recurrir a los órganos jurisdiccionales y obtener una decisión fundamentada en el derecho, según lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española[17]. En caso de no lograr satisfacción a través de este proceso, la parte demandante puede interponer un recurso de amparo, una garantía establecida en el artículo 53.2 de la Constitución española para la protección de los derechos fundamentales. Cabe recordar que los principios y derechos sociales han sido constitucionalizados como derechos subjetivos, gozando de unas débiles previsiones garantistas recogidas en el apartado tercero del mismo artículo[18].

## 1.2. La nulidad del despido como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

### 1.2.1. Supuestos y causas de la nulidad del despido

La consideración de nulidad se reserva para aquellos despidos que vulneran los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En estos casos, se establece una protección reforzada que resulta en la clasificación del despido como procedente o nulo, excluyendo automáticamente la posibilidad de declarar la extinción como improcedente[19].

Como se ha expuesto, la consecuencia del despido causado mediante la vulneración de derechos fundamentales es la nulidad del mismo. La doctrina constitucional se basa en la premisa de que la firma de un contrato de trabajo no implica de ninguna manera la privación o renuncia a los derechos que la Constitución española reconoce al trabajador como ciudadano, cuya protección está garantizada[20].

Es numerosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha apreciado la nulidad del despido en estos supuestos. Por esto, el Alto Tribunal ha avalado dicha nulidad cuando su causa originaria era: el ejercicio de la libertad de expresión (SSTC 88/1985, 126/1990, 6/1995, 106/1996, 186/1996 y 1/1998), el ejercicio de la libertad de información (SSTC 6/1998, 126/1990 y 4/1996), el derecho a la propia imagen (STC 99/1994) o el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 y 14/1993), entre otros[21].

---

[14] Como así se reconoce en el artículo 53.2 de la Constitución Española referente a las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

[15] Ibáñez Macías, A.: "Identificando derechos fundamentales en la Constitución española", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 44, 2021, p. 282.

[16] Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009, p. 31.

[17] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 161.

[18] 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*, núm. 45, 2017, pp. 56.

[19] Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi*, Milán, CEDAM, 2021, p. 265.

[20] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 160.

[21] Casas Baamonde, M.E.: "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales". En, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 4, 2021, (recurso electrónico).

Son varios los supuestos que pueden producir un menoscabo de los derechos fundamentales, generando la nulidad del despido de la persona trabajadora[22]:

a) Derecho a utilizar los medios de prueba oportunos. Ningún despido puede menoscabar el derecho a la libertad de información recogido en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española.

b) Derecho a la libertad de expresión. Siendo un derecho que implica la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, aunque puedan molestar a su destinatario.

c) Derecho a que la persona trabajadora comunique información veraz. Por lo que el trabajador no podrá ser sancionado si se niega a elaborar informaciones que contradigan los principios éticos de la comunicación.

d) Derecho a la propia imagen de la persona trabajadora. Es una cuestión conflictiva en la que el derecho fundamental prevalecerá en las actividades que por su propia naturaleza no exijan su restricción.

e) Derecho a la intimidad de la persona trabajadora. En ocasiones el despido se lleva a cabo tras investigar conductas o hábitos del trabajador en su ámbito personal o en el entorno laboral.

f) Caso de pruebas obtenidas con transgresión de derechos fundamentales de la persona trabajadora. Es un tema controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en la que no hay un criterio unánime acerca de si el empleador ha de avisar previamente al trabajador.

En los supuestos en los que se alega vulneración de los derechos fundamentales, la persona trabajadora tan sólo deberá aportar los correspondientes indicios para que sea la parte empleadora la que tenga la obligación de probar que existe una causa fundada para llevar a cabo el despido, y que, por tanto, no se ha producido por la violación de un derecho de este tipo. De este modo se está ante una "facilitación" de la carga de la prueba en beneficio de la persona trabajadora o si se quiere "inversión de la carga probatoria", pero siempre con la previa aportación de unos indicios[23].

Así se recoge en la Ley reguladora de la jurisdicción social, concretamente en su artículo 96.1, que establece que "*en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*".

### 1.2.2. Consecuencias de la declaración de nulidad del despido de la persona trabajadora y potenciales recursos judiciales. Garantías específicas.

La consecuencia directa de la declaración de nulidad del despido por parte del juzgado o tribunal es la obligación que impone a la empresa de reintegrar en su puesto de trabajo a la persona trabajadora, por lo que cesan los efectos del despido[24]. Es decir, se está ante una sentencia con valor

[22] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 161-164

[23] Monereo Pérez, J.L.: "Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización", en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3, 2022, (recurso electrónico).

[24] Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi*, Milán, CEDAM, 2021, p. 128.

declarativo y de condena, que repone la situación al momento inmediatamente anterior a producirse el despido[25]. Existen tres excepciones a la readmisión del trabajador, que son las contempladas para los casos de: despido nulo por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el ámbito laboral; la imposibilidad de readmisión por causa material o legal; y, la existencia de condición resolutoria válida o contrato temporal que no sea fraudulento[26]

Otra consecuencia es la necesidad, a su vez, de que le se le abone a la persona trabajadora los salarios desde el momento en que fue despedida[27]. Estos son los conocidos como salarios de tramitación.

La última de las consecuencias, sólo para los casos de violación de derechos fundamentales -objeto del presente estudio- es la reclamación de una indemnización adicional en calidad de daños y perjuicios. Son los daños morales, que van unidos a la vulneración de un derecho fundamental y plantean la problemática de una difícil cuantificación[28].

Son varias las garantías específicas que tiene el despido en caso de invocar lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, pudiendo destacar: la intervención del Ministerio Fiscal, la posibilidad de imponer como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado, el alcance extenso del contenido del fallo, o la personación del sindicato al que pertenezca el trabajador como coadyuvante[29].

En cuanto al esquema de recursos frente a una sentencia de despido dictada por un juzgado, cabe, en todo caso, la posibilidad de interponer un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia competente. Frente a la resolución de este Tribunal, siempre que concurran los requisitos, se podrá interponer un recurso extraordinario, como el de casación para la unificación de doctrina. Tras esto, será cuando la persona trabajadora pueda recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional al haber agotado la vía ordinaria y haber alegado la vulneración de un derecho fundamental[30].

## 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79/2023, DE 3 DE JULIO

Al analizar e interpretar la sentencia del Tribunal Constitucional relacionada con este caso, es importante destacar, en primer lugar, que la cuestión central reside en determinar la aplicabilidad del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores a una situación en la que la parte empleadora ha despedido a un trabajador

Para lograr esto, se ha de resolver la petición de amparo planteada, con arreglo al artículo 53.2 de la Constitución española, en el procedimiento que se plantea entre Jaouad Ballasah -persona trabajadora- y el Banque Chaabi du Maroc -parte empleadora-.

[25] *Passim*, 211.
[26] VV.AA.: "Despido y sanciones disciplinarias". *Memento Práctico Social 2023*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023 (recurso electrónico).
[27] Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi*, Milán, CEDAM, 2021, p. 128.
[28] VV.AA.: "Despido y sanciones disciplinarias". *Memento Práctico Social 2023*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023 (recurso electrónico).
[29] Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018, p. 187.
[30] VV.AA.: "Despido y sanciones disciplinarias". *Memento Práctico Social 2023*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023 (recurso electrónico).

Según establece el artículo 44.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional[31], "*las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial; b) que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional; y, c) que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello*". De esta forma, el Tribunal Constitucional está habilitado -al contar con esta competencia- para resolver si se han vulnerado los derechos fundamentales de la persona trabajadora, y, por tanto, se estaría ante un despido nulo.

### 2.1. Problemática suscitada. Hechos y antecedentes

El origen del conflicto se sitúa el día 2 de junio de 2017, cuando Jaouad Ballasah, director de la sucursal en Madrid del Banque Chaabi du Maroc desde el año 2009, asiste, junto con una compañera de trabajo, a una manifestación en Madrid, convocada en defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del Rif. En esta manifestación, se denunciaba la situación política de esta región dentro del Estado marroquí, una postura compartida por la parte actora, que era de origen rifeño. Este suceso tuvo una notable repercusión en los medios de comunicación marroquíes debido a la destacada posición de Jouad como director de oficina.

El siguiente día hábil, esto es, el lunes 5 de junio, la entidad bancaria comunicó a Jouad que habían decidido abrirle un proceso de investigación. La razón detrás de esta determinación, según la parte empleadora, era que había cometido acciones que podrían considerarse como una falta laboral muy grave. Por consiguiente, como medida cautelar, se le suspende de empleo, pero no de sueldo. Ese mismo día, la compañera de trabajo fue despedida alegando causa de falta de rendimiento y descontento por parte de la clientela.

La investigación sobre la conducta del recurrente se extendió quincenalmente mediante una serie de comunicados con contenido similar, en los cuales no se detallaban los hechos bajo investigación. A su vez, la entidad notificó al director de la sucursal sobre el inicio de un expediente contradictorio. Esto se debió a que, además de la presunta infracción laboral de gran gravedad cometida, se evidenciaba una clara transgresión al código deontológico en vigor dentro de la empresa.

La entidad indicó a la persona trabajadora que había hecho un uso indebido de la imagen del banco en la red social *Facebook*. Esto se debe a que la parte empleadora alegó haber encontrado una fotografía en el perfil público de Jaouad en esta red social, en la que el trabajador aparecía en su despacho con un cartel institucional del banco de fondo, que incluía varios mensajes. Entre estos había expresiones como: "Orgulloso de ser rifeño", "Los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista", o "¿Sois un gobierno o una banda de delincuentes?".

Ante esta situación, el empleador consideró que existió una violación de la buena fe contractual debido al uso indebido y no autorizado de los recursos de la entidad para publicar contenido privado en redes sociales. Se entendía que estas opiniones generaban un perjuicio a la entidad al poder atribuírsele erróneamente las mismas generando confusión y produciendo un potencial daño económico. Como es sabido, de acuerdo con el art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, la trasgresión de la buena

[31] Publicada en el BOE en fecha de 5 de octubre de 1979.

fe contractual y el abuso de confianza, son causas de extinción del contrato de trabajo por parte del empresario.

Por consiguiente, el 10 de agosto de 2017, la parte empleadora notificó a Jaouad la carta de despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, al realizar un uso inapropiado de la imagen de la empresa tras compartir en su cuenta de la red social *Facebook* una foto de sí mismo en su lugar de trabajo, donde se muestra el lema publicitario del banco, junto con los mensajes mencionados con anterioridad.

En este momento, la parte actora decidió formular una demanda instando la declaración de nulidad de su despido, por lesión de varios derechos fundamentales. En concreto, alegó vulneración de varios derechos, siendo estos: el derecho a no ser discriminado por ser rifeño y apoyar al movimiento del Rif, el derecho de reunión por haber participado en la manifestación, el derecho a la libertad de expresión por haber sido penalizado tras la difusión en *Facebook* de esos mensajes, y el derecho a la libertad sindical, ya que era representante de los trabajadores.

Además, la persona trabajadora afirmó en la demanda que, a mediados de junio de 2017, la directora del banco le informó que estaba siendo presionada por la embajada de Marruecos y el director del banco en Francia para despedirle debido a su participación en la manifestación y sus opiniones en apoyo al pueblo rifeño.

Por otra parte, la entidad bancaria pidió que se calificara el despido como procedente debido a que se había utilizado la imagen de la empresa para divulgar las opiniones del trabajador sobre un asunto político marroquí.

La pretensión de la persona trabajadora fue estimada en primera instancia por parte del Juzgado de lo Social número 27 de Madrid, declarando la nulidad del despido de Jaouad Ballasah. Son varios los motivos que consideró para la toma de esta decisión, destacando: que el despido ocurriera en el primer día laborable después de la manifestación, la prolongada demora en el proceso de investigación, la falta de concreción de los hechos en dicho proceso investigador, la verdadera inexistencia de causa legítima para el despido y las presiones por parte de la embajada marroquí y del director del banco en Francia para llevar a cabo el despido. De esta forma, según el juzgado de primera instancia, el Banque Chaabi du Maroc habría procedido a despedir a Jaouad por el mero hecho de haber acudido a la manifestación.

Frente a esta sentencia, ambas partes decidieron interponer un recurso de suplicación. La parte empleadora solicitaba la calificación del despido como procedente. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió el recurso estimando la pretensión de la entidad bancaria, rompiendo con el razonamiento esgrimido por el Juzgado de lo Social. Dicho Tribunal esgrimió como fundamento, que, el hecho que dio causa al despido era lo suficientemente grave para declarar la procedencia del mismo. El uso que el trabajador hizo de esa fotografía, sin ninguna autorización, con el propósito de inmiscuirse en un asunto político, era una razón de peso que culminaba con la pérdida de confianza por parte de la parte empleadora. Entendió que Jaouad, como director de la sucursal -cargo de especial confianza y responsabilidad-, actuó incumpliendo las obligaciones marcadas y extralimitándose en sus funciones. Se podía observar un comportamiento contrario a la buena fe, al utilizar las instalaciones del banco para un uso personal, haciendo comentarios vejatorios sobre las autoridades del Estado marroquí. Por todo esto, era correcta y proporcionada la sanción impuesta por la entidad bancaria.

Como consecuencia de esta última decisión judicial, el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina. No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que es la competente para resolver, inadmite el recurso mediante auto alegando ausencia de contradicción.

Finalmente, Jaouad Ballasah decide acudir en amparo al Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho a la libertad ideológica, establecido en el artículo 16.1 de la Constitución española. Para justificar la especial trascendencia constitucional, la persona trabajadora alega que se está ante un asunto novedoso, que puede servir para fijar doctrina sobre las injerencias empresariales en asuntos que afectan a la libertad ideológica de los empleados.

El Alto Tribunal admite la demanda al considerar que plantea un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no existía doctrina.

### 2.2. Normativa aplicable al caso. Jurisprudencia relacionada

Para abordar la oportuna interpretación es necesario analizar la normativa aplicable al caso.

En primer lugar, dispone el art. 16.1 de la Constitución Española que: "*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*". Se está ante un derecho subjetivo que posee una doble faceta, por un lado, avala la libre formación de la conciencia y la libertad de pensamiento -dimensión interna-; y, por otro lado, implica la actuación libre de acuerdo a las ideas y convicciones de cada persona sin padecer por ello sanciones o deméritos[32].

En segundo lugar, recoge el art. 20.1.a) de la Constitución española que se reconoce y se protege el derecho a: "*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*". Este tipo de libertad comprende las opiniones, ideas, creencias o juicios, por lo que se está ante categorías indeterminadas que no son susceptibles de la prueba de la verdad o la diligencia de su averiguación. Una definición de esta libertad es la de un derecho fundamental a manifestar (mediante la expresión y la difusión) juicios de valor (esto abarca a los pensamientos, las ideas y las opiniones)[33].

En tercer lugar, la ya referida Constitución Española, señala en el art. 21.1 que: "*se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas*". A continuación, el párrafo segundo establece que: "*en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes*". Se trata de un derecho de carácter político que sirve para plasmar el principio democrático participativo, puesto que los ciudadanos se reúnen como una manera de participar en los asuntos públicos[34].

Por último, en cuanto a la legislación, concreta el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se considera un incumplimiento contractual, y por tanto, deriva en un proceso de despido disciplinario, "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

---

[32] Balaguer Callejón, F. y otros: "Derechos individuales (II)", en *Manual de Derecho Constitucional*, 10.ª edición, vol. 2, Madrid, Tecnos, 2015, p. 137.

[33] P*assim*, pp. 223-224.

[34] P*assim*, p. 251.

Es el momento de citar algunos ejemplos de jurisprudencia relacionada en cierta medida con el caso objeto de análisis. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca del alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral en su Sentencia del Asunto Herbai contra Hungría[35]. El Tribunal razona que, los sucesos de carácter general gocen de la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, aunque estén relacionados con asuntos laborales y comerciales de la empresa en la que se prestan los servicios. Por lo que, de acuerdo a esta resolución, la persona trabajadora podía expresar en redes sociales sus opiniones, siempre y cuando no afectasen negativamente -cosa que se ha de demostrar- a los intereses de la empresa. Además, será necesario hacer una ponderación proporcionada de los derechos de la parte empleadora y de la persona trabajadora.

En el marco nacional es recomendable hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 2019[36]. El Tribunal advierte de que la libertad de expresión también abarca a la crítica en el entorno laboral, aunque en ocasiones pueda molestar a la parte empleadora. Enuncia que es un derecho que hay que respetar en todo momento, siempre y cuando no trate de atentar contra el honor de la parte empleadora. En consecuencia, los derechos fundamentales de la persona trabajadora no desaparecen con motivo del vínculo laboral existente con la empresa, ya que la existencia de un contrato laboral no acarrea la privación de los derechos que la Constitución española garantiza en calidad de ciudadano.

### 2.3. Parte dispositiva y pasajes decisivos

#### 2.3.1. Alegaciones del Ministerio Fiscal y de la parte recurrida

El Tribunal Constitucional pasa a analizar el caso, tras pronunciarse positivamente acerca de su admisibilidad. Lo admite aceptando la especial trascendencia constitucional del asunto debido a que se plantea una problemática novedosa, que no es otra que la posible vulneración de la libertada ideológica a raíz del despido de un trabajador por parte de una empresa que carece de ideario, tras una discrepancia de ideas políticas. A continuación, se personan las partes interesadas y comienzan a formular alegaciones, de conformidad con el art. 52.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

Presentó alegaciones el Ministerio Fiscal, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 2019, citada en el epígrafe anterior. Destaca de forma notoria que no es pertinente el despido de un trabajador por la simple discordancia con las ideas políticas de la dirección del banco, sobre todo porque no es una empresa con un ideario definido, como podrían ser los centros de enseñanza católicos. El Ministerio Fiscal entiende de forma palmaria que el motivo real del despido había sido la asistencia a esa manifestación crítica con la monarquía marroquí, y no la publicación en *Facebook* de esos mensajes, los cuales, evidentemente, también reconoce como veraces. Lo fundamenta en hechos como que las imágenes estaban en un perfil público de esa red social con bastante anterioridad, el excesivo tiempo del proceso de investigación en el que no se mencionó el objeto del mismo, la masiva difusión de la noticia en los medios de comunicación y la mención de la asistencia a la manifestación en el recurso de suplicación a pesar de no haber sido alegada en la carta de despido. Por todo esto, afirma que el despido se hizo vulnerando el derecho fundamental a la libertad ideológica de la persona trabajadora.

[35] STEDH 5 de noviembre de 2019, asunto Herbai contra Hungría [TEDH 2019\152]. Consultada en: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-197216

[36] STC 25 de noviembre de 2019 [RTC 2019/146]. Consultada en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-164

Después llegó el turno de las alegaciones de la parte recurrida, esto es, del Banque Chaabi du Maroc. La parte empleadora pretendía en todo momento resaltar los incumplimientos laborales de Jaouad, recogidos en la carta de despido. Destacó las que las infracciones por parte del trabajador constituían una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, especialmente claves para un puesto como el de director de sucursal. Insistió en afirmar que no se le despidió por asistir a una manifestación, sino que fue por valerse de la empresa para realizar las publicaciones referidas. No observa ninguna relación lógica entre las publicaciones en *Facebook* y los intereses de la empresa. De este modo, enuncia que no se ha vulnerado la libertad ideológica del recurrente.

### 2.3.2. Análisis y decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal, tras rechazar cualquier cuestión de defecto procesal, entra a valorar si el despido de Jaouad se produjo vulnerando el derecho a la libertad ideológica del mismo, al poder tener como causa su asistencia a una manifestación pública por los derechos de los ciudadanos del Rif en la que se criticaba la situación política de esta región en el conjunto del territorio marroquí. Se aclara que esto es lo que abarca la delimitación del objeto del recurso, y no en exclusiva lo alegado por la parte empleadora en la carta de despido, por lo que hay que dilucidar si la participación en la manifestación fue la causa real del despido. Acto seguido, el Tribunal Constitucional rechaza que se trate de un conflicto entre la libertad de expresión del trabajador y el derecho al honor de la empresa, expresando que es un conflicto entre la libertad ideológica de la persona trabajadora y el poder disciplinario de la parte empleadora.

En primer lugar, ¿puede la entidad bancaria, en este supuesto, restringir o limitar la libertad ideológica de sus empleados? La respuesta a esta pregunta es crucial para poder avanzar en la resolución del caso. En un primer lugar, se hace necesario diferenciar entre empresas con actividad neutra y empresas ideológicas. Las empresas ideológicas -también denominadas, empresas de tendencia- son aquellas que buscan la difusión de una concreta ideología, con el objetivo de lograr diversos fines, aunque, de forma paralela persigan el lucro económico[37]. A pesar de esto, dentro de las propias empresas ideológicas resulta conveniente hacer una diferenciación entre las tareas destinadas a divulgar la ideología en cuestión y las tareas consideradas como neutras. En este sentido, no se deberían incluir a los trabajadores bajo esta legislación especial, sino sólo a aquellos que realicen su trabajo en ese terreno específico de tendencia[38].

En el caso del Banque Chaabi du Maroc, independientemente de la mayor o menor proximidad a la monarquía marroquí o de que la entidad tuviera unos valores distintos de los de la persona trabajadora, se está ante una empresa no ideológica. La consecuencia directa de la anterior calificación es que no es posible exigirles a los trabajadores un respeto hacia ninguna ideología o ideario particular. Esta postura ha quedado fijada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 106/1996, de 18 de junio, al establecer que en los casos de empresas que, o son neutras o cuentan con personal que cuyas actividades son catalogadas como neutras, se ha de cumplir la legalidad laboral "no permitiendo al empresario exigir al trabajador más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato laboral que las une".

De esta forma, se aprecia que no hay una base adecuada para limitar los derechos fundamentales del trabajador en aras de la defensa de un determinado ideario de la parte empleadora. Los derechos fundamentales del trabajador tienen primacía sobre el interés de la empresarial en sostener una posición específica en este ámbito.

[37] Perales Agustí, M.: "Presente y futuro de las empresas ideológicas confesionales", en *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica*, vol. 89, núm. 351, 2014, p. 811.

[38] *Passim*, p. 812.

En segundo lugar, otro punto trascendente, que es desarrollado por la sentencia, es el referente al panorama indiciario. Se trata de analizar, si los indicios aportados lo son suficientes para estimar la pretensión del recurrente, siendo esta la conexión entre el despido de la persona trabajadora y su vulneración de la libertad ideológica. Son varios los indicios a resaltar: a) la asistencia a la manifestación el 2 de junio; b) la posterior apertura de un proceso de investigación, del que no se concretan los motivos, tres días después; c) el encargo hacia la directora general en España del banco, por parte de los responsables marroquíes de la empresa, para que investigue los actos y la conducta del trabajador; d) las numerosas prórrogas en la investigación, que harían que no sea hasta el 28 de julio cuando se le abra un expediente contradictorio a la persona trabajadora; e) el haber mantenido al trabajador en suspensión de empleo, como medida cautelar; f) que la notificación del despido se produjese el 10 de agosto, alegándose haber transgredido la buena fe contractual y haber un abuso de confianza por la publicación de las imágenes en *Facebook*; g) que la entrada en el perfil de *Facebook* (público) de la persona trabajadora, no se hiciese hasta el 13 de julio, de acuerdo con la carta de despido; y, h) que realmente se podía acceder a las publicaciones referidas en la red social del trabajador desde hacía meses, concretamente desde el 10 de enero.

La totalidad de los indicios presentados hace llegar a la conclusión de que hay una fundada sospecha a la hora de vincular el despido de Jaouad con su asistencia a la manifestación por los derechos de la población del Rif, y no con la publicación de las imágenes corporativas en *Facebook*. Queda plasmada la cercanía temporal entre la asistencia a la manifestación por parte de la persona trabajadora y el inicio de la investigación. Además, las imágenes que, según la entidad bancaria, acarrearon el despido de Jaouad fueron descubiertas más de un mes después del inicio de la investigación. Por consiguiente, esto no pudo ser el motivo que implicó la suspensión de empleo. Otro dato conexo es que la entidad bancaria hubiese despedido a otra empleada de la empresa alegando disminución en el rendimiento y nefasta relación con la empresa, cuando nada de esto fue acreditado[39].

La consecuencia del párrafo anterior es que se puede afirmar que existe un inmenso panorama indiciario notablemente razonado por el que se consideraría que la persona trabajadora fue despedida por la asistencia a la referida manifestación política en la que se expresaron ideas y reclamaciones contrarias a la política del gobierno de Marruecos.

En tercer lugar, como colofón al análisis del caso, la sentencia analiza la inversión del *onus probandi*. Como se ha expuesto al inicio del presente artículo, en los casos de despido y posible vulneración de los derechos fundamentales, se produce una "inversión" o "facilitación de la carga probatoria", siempre y cuando la persona trabajadora haya alegado algún indicio previamente. En este caso, el Banque Chaabi du Maroc, no demostró que las razones reales del despido no tuviesen nada que ver con los indicios ofrecidos por el recurrente. Lo único que hizo la parte recurrente fue insistir en la existencia de un incumplimiento laboral que era sancionable con el despido, pero que había sido descubierto en la investigación puesta en marcha tras la asistencia a la manifestación, y no antes.

Este hecho lleva a deducir, como así hizo el juzgado de instancia, que la apertura del expediente hacia el trabajador perseguía en exclusiva "intentar encontrar una causa en la que fundamentar legítimamente el despido ya decidido, y que no fuera la mera asistencia a una manifestación desconectada con la actividad empresarial que pudiera incurrir en vulneración de derechos fundamentales". Es decir, la parte empleadora no había conseguido desvincular el motivo de la discriminación (vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica) de la extinción de la relación laboral (mediante despido disciplinario de Jaouad).

[39] Y por este motivo, el despido fue catalogado de improcedente.

Tras estos argumentos principales, el Tribunal Constitucional establece que se había producido "una injerencia empresarial en el ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente que contraviene nuestra Constitución, al haber permitido que un trabajador fuera sancionado con el despido por tener unas determinadas convicciones ideológicas opuestas a las de su empresa (derecho a la libertad ideológica en su dimensión interna) y por haber actuado de conformidad a ellas (dimensión externa de *agere licere*), expresándolas de forma pacífica, junto a otros que las compartían, en un foro público de protesta y reivindicación ajeno a la relación laboral". Continúa recordando que "nuestro sistema constitucional de relaciones laborales impone la tutela del trabajador frente a las injerencias injustificadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, procedan de los poderes públicos o de los particulares, dada la «posición prevalente» que ocupan aquellos dentro del ordenamiento jurídico en cuanto «proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático (art. 1 CE)» [STC 18/2020, de 10 de febrero, FJ 5 d)], sin que exista un «deber genérico de lealtad con significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial» (entre muchas, STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 5)".

Finalmente, tras este análisis pormenorizado del caso en cuestión, la Sala Segunda Tribunal Constitucional emite una conclusión. Recalca la insuficiencia de la prueba aportada por la parte empleadora para desvirtuar los indicios alegados por la persona trabajadora, hecho que hace, por consiguiente, que estos indicios desplieguen toda su operatividad. De este modo, aclara que es la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la que no alcanzó los estándares constitucionales acerca de la distribución de la carga de la prueba, y como consecuencia de ello, quedó lesionado el derecho a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a la libertad de expresión y de reunión.

Por todo esto, el Tribunal Constitucional emite el fallo estimando el recurso de amparo interpuesto por Jaouad Ballasah, y en consecuencia declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad ideológica. Se reestablece el derecho de la persona trabajadora declarando nula la conducta de la parte empleadora. Finalmente, dictamina la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid. Esta resolución ha sido dictada por unanimidad de todos los miembros de la Sala Segunda.

## 3. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES JURÍDICO-CRÍTICAS

En este estudio de doctrinal-judicial, se ha analizado un supuesto de nulidad de un despido disciplinario de un trabajador en el que se habían visto afectados derechos fundamentales (concretamente el derecho a la libertad ideológica, en conexión con los derechos a la libertad de expresión y reunión). Para ello se ha tratado inicialmente el marco teórico referente a la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales, para luego analizar en profundidad el caso en cuestión.

La libertad ideológica, a pesar de ser un derecho fundamental -o precisamente por ello-, no es un derecho absoluto. Uno de sus límites, en el contexto de las relaciones laborales lo marca la categorización de empresa "ideológica". En estos supuestos, esto es, en los casos de las empresas con un ideario marcado y definido, es posible limitar este derecho fundamental de sus empleados. No obstante, el Tribunal Constitucional aclara que en este caso no es factible, debido a que la sociedad es una entidad bancaria, que, por tanto, se configura como una empresa neutra. De este modo se puede afirmar que, en ausencia de un ideario específico, las empresas no tienen la potestad de imponer restricciones a la libertad ideológica de sus empleados.

La conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional revela una postura decidida en favor de la preeminencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente por lo referido acerca de que la entidad empleadora no sigue una orientación ideológica específica. El análisis meticuloso de los indicios presentados por la persona trabajadora resalta la importancia de la conexión temporal entre su participación en una manifestación y el posterior proceso disciplinario que resultó en su despido. La inversión del *onus probandi* refuerza la noción de que la empresa no logró desvincular la motivación discriminatoria, basada en las convicciones ideológicas del trabajador, de la decisión de poner fin a la relación laboral.

Los motivos establecidos en la carta de despido por parte de la entidad empleadora no se ponen en cuestión (referentes a las imágenes publicadas en Facebook en las que el trabajador salía en su despacho con mensajes políticos). Lo que sucede es que se le abre expediente tan sólo tres días después de asistir a la manifestación, pero estos hechos alegados se descubren mucho más tarde, por lo que se le empieza a investigar sin tener ninguna otra sospecha sobre su conducta. Por consiguiente, se habría estado buscando una verdadera excusa legal, que, inserta en la carta de despido, como así sucedió, buscase despedir al trabajador.

En mi opinión, la empresa, que en este caso es el Banque Chaabi du Maroc, comete dos errores flagrantes en la gestión del despido del trabajador. Por un lado, suspende de empleo al trabajador prácticamente de forma consecutiva a su asistencia a la manifestación, hecho que siembre verdaderas sospechas, no dejando ni siquiera transcurrir un tiempo prudencial para maquillar su plan. Por otro lado, resulta curioso cómo no entra a desmontar los indicios que alegó la persona trabajadora y no aporta ningún tipo de prueba en contrario. La consecuencia de ello, tal y como se ha estudiado, no puede ser otra que la declaración del despido disciplinario como despido nulo.

Al salir del marco concreto del derecho a la libertad ideológica, esta sentencia deja de manifiesto que será muy probable que, si en un despido disciplinario se involucran a los derechos fundamentales de la persona trabajadora, se dictamine la nulidad del despido, con las consecuencias ya expuestas que ello acarreará. De esta forma, será necesario advertir a las empresas para que, al menos, sean conscientes de la casuística al respecto, y persuadirles para que eviten entrar en el terreno de una limitación injustificada de esta clase de derechos, inherentes a la persona.

Desde una perspectiva crítica se argumenta que este supuesto no debe de servir como salvaguarda directa para que un trabajador alegue deliberadamente la conexión del despido con la vulneración de un derecho fundamental, si verdaderamente no hay ningún tipo de relación. Por esto, es necesario seguir manteniendo el criterio imprescindible de que la parte trabajadora tenga que alegar una serie de indicios de forma previa.

Ve la luz, por tanto, una sentencia muy adecuada por parte del Tribunal Constitucional, ya que pone en valor el verdadero papel que juegan los derechos fundamentales, también en las relaciones laborales, que no es otro que el de proteger a los propios trabajadores para así conseguir una relación laboral equitativa.

En definitiva, esta resolución marca un hito en la protección de esta categoría de derechos, al arrojar luz sobre la problemática suscitada: la ponderación entre las convicciones personales de un empleado y el poder disciplinario de una entidad empleadora. Sin duda es una trascendente sentencia que marca un importante precedente jurisprudencial.

## 4. BIBLIOGRAFÍA


Balaguer Callejón, F.: "Derechos individuales (II)", en *Manual de Derecho Constitucional,* 10.ª edición, vol. 2, Madrid, Tecnos, 2015.

Casas Baamonde, M. E.: "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales". En, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 4, 2021.

García-Perrote Escartín, I.: "La garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales en la jurisprudencia constitucional (un nuevo supuesto de despido nulo por lesión de derechos fundamentales)". *El proceso laboral : estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, 2001.

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", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022.

Hernández García, C.: "El despido disciplinario. Concepto y causas", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2804, 2004.

Ibáñez Macías, A.: "Identificando derechos fundamentales en la Constitución española", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 44, 2021.

Mateo Dieste, J.L. y Feliu Martínez, L.: "Revueltas y movilizaciones populares en el Rif: de Abdelkrim al Hirak" en *Revista De Estudios Internacionales Mediterráneos*, núm. 34, 2023.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a protección en caso de despido (artículo 24)". *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización", en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3, 2022.

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*, núm. 45, 2017.

Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna. Causali e costi*, Milán, CEDAM, 2021.

Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018.

Perales Agustí, M.: "Presente y futuro de las empresas ideológicas confesionales", en *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica,* vol. 89, núm. 351, 2014.

Solozábal Echavarría, J.J.: "Los derechos fundamentales en la Constitución Española", en *Revista de estudios políticos*, núm. 105, 1999.

VV. AA.: *Memento práctico. Social 2023*, Madrid, Francis Lefebvre, 2023.

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La validez de las cláusulas de garantía de condiciones laborales para trabajadores en contratas tras la aprobación del art. 42.6 ET. A propósito de la STSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de abril de 2023

# The validity of the clauses guaranteeing working conditions for contract workers after the approval of art. 42.6 ET. Regarding the STSJ of the Canary Islands, Social Court of Las Palmas, April 28, 2023

José Manuel Sánchez Torrado *Contratado Predoctoral*[1]
*Universidad de Sevilla*
https://orcid.org/0000-0002-4974-8103

Cita Sugerida: SÁNCHEZ TORRADO, J.M. «La validez de las cláusulas de garantía de condiciones laborales para trabajadores en contratas tras la aprobación del art. 42.6 ET. A propósito de la STSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de abril de 2023». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 247-261.

**Resumen**

La STSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de abril de 20232, dilucida la aplicación de una cláusula de garantía de condiciones de laborales para trabajadores de empresas contratistas, prevista en el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal. A pesar del reconocimiento de este tipo de cláusulas por la jurisprudencia del TS, la sentencia objeto de estudio contiene un voto particular que cuestiona la validez y funcionalidad de la cláusula referida tras el RDL 32/2021. El presente trabajo pretende analizar la sentencia indicada, destacando especialmente los aspectos que hemos considerado más relevantes y mostrando singular atención al voto particular que sostiene un cambio de doctrina al respecto tras el RDL 32/2021.

**Palabras clave**

Subcontratación; negociación colectiva; condiciones de trabajo

**Abstract**

The STSJ of the Canary Islands, Social Court of Las Palmas, April 28, 2023, elucidates the application of a clause guaranteeing working conditions for workers of contracting companies, provided for in the sectoral collective agreement applicable to the main company. Despite the recognition of this type of clauses by the jurisprudence of the TS, the ruling under study contains a dissenting opinion that questions the validity and functionality of the clause referred to after RDL 32/2021. This work aims to analyze the indicated ruling, especially highlighting the aspects that we have considered most relevant and showing particular attention to the dissenting vote that supports a change in doctrine in this regard after RDL 32/2021.

**Keywords**

Outsourcing; collective bargaining; working conditions

[1] Este trabajo es parte de la ayuda PRE2022-104936, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+. Asimismo, este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial" (PID2021- 12225377NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] STSJ de Canarias, Sala de lo Social de las Palmas de Gran Canarias, de 28 de abril de 2023, rec. supl. 2284/2022, ECLI:ES:TSJICAN:2023:1338.

Fecha Recepción: 15/02/2024 - Fecha Revisión: 01/03/2024- Fecha Aceptación: 12/03/2024
Págs. 247-261

## 1. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

La sentencia objeto de estudio resulta relevante y de interés, entre otras razones, porque refleja la incidencia del RDL 32/2021 en el supuesto de hecho de la sentencia en materia de negociación colectiva y subcontratación[3]. Como veremos seguidamente, el presente caso afecta a trabajadores de una empresa multiservicios (EMS, en adelante) que prestan servicios para una empresa hotelera, realizando labores de jardinería. La representación de los trabajadores de la EMS solicita la aplicación del Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de las Palmas (convenio de hostelería, en adelante)[4]. En este sentido, antes del RDL 32/2021 la empresa contratista venía aplicando su convenio colectivo de empresa a los trabajadores que prestaban servicio en beneficio de la empresa hotelera[5]. Si bien, después la reforma referida, la empresa contratista empieza a aplicar el Convenio colectivo del sector de la jardinería (convenio de jardinería, en adelante) tras la derogación de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial[6]. Asimismo, el art. 42.6 ET, introducido por el RDL 32/2021, aunque no resulta aplicado en esta sentencia para resolver el litigio, sí será objeto de tratamiento por la misma y principalmente relevante para el voto particular.

A efectos de contextualización, antes de la reforma laboral de 2021 la empresa contratista se venía amparando en la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial. De la misma manera, aunque los trabajadores de la contratista presten servicios para un establecimiento hotelero, la referida empresa elude el reconocimiento de las condiciones laborales presentes en el convenio de hostelería a pesar de lo dispuesto en su art. 1, párrafo segundo, que garantiza a los trabajadores de la contratista las mismas condiciones esenciales de la empresa principal.

Consecuentemente, observamos un doble efecto devaluador de condiciones de trabajo utilizado por las EMS antes del RDL 32/2021: primero, utilizando la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial y, segundo, por el efecto huida del convenio colectivo aplicable a la empresa principal, en este caso el convenio de hostelería.

En este sentido, según la exposición de motivos del RDL 32/2021, la reforma pretende abordar la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa; y, en materia de subcontrata, el art. 42.6 ET pretende evitar que la externalización de servicios se utilice como mecanismos de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. De esta forma, con la reforma de contratas y subcontrata, se pretende desincentivar la externalización como mero instrumento de reducción de costes, y avanzar hacia la equiparación de condiciones de trabajo de quienes trabajan en contratas.

A este respecto, a pesar de que la sentencia objeto de estudio no aplica el art. 42.6 ET para resolver el litigio, resulta de interés el debate sobre la validez de las cláusulas de garantía de condiciones laborales para las personas trabajadoras de empresas contratistas, tras la introducción del precepto referido por el RDL 32/2021. Aunque hubiese sido de interés un análisis jurídico de la aplicación del nuevo apdo. 6 del art. 42 ET y su relación con las cláusulas referidas, por motivos procesales la sentencia objeto de estudio no aplica el mismo para resolver la cuestión controvertida, reduciendo su objeto a la aplicación o no de la cláusula de garantía. Sin perjuicio de lo anterior, en la presente sentencia se produce un debate entre la resolución judicial y el voto particular, que resulta de interés para la ciencia jurídico-laboral dada la necesidad de aportar soluciones a la interpretación de las

[3] 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 marcado de trabajo (BOE 30-12-2021).

[4] Convenio colectivo de del sector de hostelería de la provincia de Las Palmas (BOP 17-03-2017).

[5] Convenio colectivo de la empresa Gesgroup Siete Outsourcing S.L. U. (BOC 20-03-2017).

[6] Convenio colectivo del sector de la jardinería (BOE 9-2-2018).

normas. Con este objetivo, a continuación, se analiza la sentencia objeto de estudio para, finalmente, realizar unas consideraciones críticas de los aspectos que hemos considerado de mayor relevancia.

## 2. STSJ DE CANARIAS, SALA DE LO SOCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIAS, DE 28 DE ABRIL DE 2023

De la presente sentencia destacan dos cuestiones jurídicas que, aunque serán tratadas más adelante, conviene anticipar. En primer lugar, el cuestionamiento de la legalidad y funcionalidad de la cláusula de garantía prevista en el convenio de hostelería después de la aprobación del art. 42.6 ET. Y, en segundo lugar, la presencia de posibles aspectos discordantes entre la jurisprudencia del TS sobre el reconocimiento de las cláusulas de garantía, que determinan la naturaleza jurídica de las mismas, y la aplicación de estas cláusulas como indicaremos en el tercer apartado[7].

### 2.1. Problemática y antecedentes de hecho

La sentencia objeto de estudio resuelve si resulta aplicable a los trabajadores de la EMS contratista, con categoría de jardineros, que prestan servicios en una empresa hotelera el convenio de hostelería, específicamente, si le resulta aplicable su art. 1, párrafo segundo, (cláusula de garantía de condiciones laborales), como solicita la representación de los trabajadores a través del procedimiento de conflicto colectivo o, por el contrario, el anterior precepto no resulta aplicable a los trabajadores de la empresa contratista, como sostiene la empresa recurrente. Como hemos reflejado anteriormente, nos encontramos ante una materia muy controvertida en la que existen pronunciamientos del Alto Tribunal validando la aplicación de cláusulas de garantía de condiciones laborales mínimas para trabajadores externalizados, pero que con aprobación del RDL 32/2021, concretamente el art. 42.6 ET, parece reabrirse la controversia en torno a la legalidad de este tipo de cláusulas y si las mismas siguen siendo necesarias tras la reforma legal.

En relación a los antecedentes de hecho, el actor, en su condición de representante de los trabajadores, plantea un conflicto colectivo para solicitar que se declare la obligación de la EMS de aplicar el convenio de hostelería a sus trabajadores con la categoría de jardineros y auxiliares de jardinería que presten servicios en hoteles de Lanzarote. Por su parte, la empresa demandada (Gesgroup) es una empresa multiservicios que tiene por objeto dar apoyo a las empresas. Según los hechos probados, Gesgroup presta servicios de conservación y mantenimiento para distintos establecimientos hoteleros ubicados en la isla de Lanzarote y viene aplicando su convenio de empresa.

Por lo que se refiere a los antecedentes, la sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el delegado de personal frente a la empresa empleadora y declara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que les sea de aplicación el convenio hostelería con todas las consecuencias legales inherentes al pronunciamiento. Frente a la sentencia de instancia, la empresa interpone recurso de suplicación, que es resuelto en la STSJ que aquí analizamos.

### 2.2. Fundamentación jurídica de la sentencia de instancia

Entre la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia conviene destacar que parte de la premisa de que la EMS demandada "presta su personal para realizar funciones englobadas (jardinería) dentro del ALEH" que "recoge la categoría profesional de Jardinero en la extinta Ordenanza Laboral

[7] En este sentido, téngase en cuenta que la mayoría de sentencias relativas a las cláusulas de garantía de condiciones de trabajo para trabajadores en contratas se encauzan a través de procedimientos de impugnación de convenios colectivos y, en cambio, la sentencia que justifica nuestro de estudio tiene por objeto la aplicación de cláusula referida a través de un procedimiento de conflicto colectivo.

de Hostelería y la transfiere en el citado ALEH con la categoría de "especialista de mantenimiento y servicios auxiliares y especialista de mantenimiento y servicios técnicos de catering (flota, instalaciones y edificios)"[8].

Partiendo de ese hecho probado, entiende el Juzgado de lo Social que "La empresa demandada entra dentro del supuesto recogido en el apdo. 2 del art. 1 del Convenio de Hostelería, pues si bien es cierto que su objeto social es ajeno al convenio cuya aplicación se pretende, lo que no ofrece dudas es que en el presente caso los trabajadores prestan servicios en distintos establecimientos hoteleros de la isla de Lanzarote a los que resulta de aplicación evidente el Convenio de hostelería".

En apoyo de este argumento, la sentencia de instancia trae a colación, entre otras sentencias, a la STSJ de Canarias de 29 de enero de 2015, rec. supl. 621/2014[9], que sigue el criterio mantenido por la STSJ de Canarias de 30 de octubre 2013, rec. supl. 839/2013[10], en relación con el precepto convencional controvertido, en base al cual "ello no implica que las empresas de servicios entren en el ámbito funcional de la actividad de hostelería, sino que perteneciendo ellas a un ámbito funcional distinto, si prestan servicios en régimen de contrata deberán retribuir a sus trabajadores que temporalmente presten servicios en aquellas empresas hoteleras, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio colectivo de dicho sector de actividad.

Llegados a este punto hay que destacar que la empresa de servicios concurre libre y voluntariamente a la contrata, y obviamente, ajustará sus cálculos económicos al coste que le suponga la participación en dicha contrata.

Es decir, las empresas de servicios que realizan actividades externalizadas por otras empresas, en régimen de contrata, conocen la regla del Convenio Colectivo y ajustarán sus ofertas a dichos costes, sin que sea invocable perjuicio alguno, pues puede la empresa ofertar en la contrata un precio que obviamente ha de tener en cuenta la regla del art. 1 del Convenio Colectivo, que por otra parte no es más que reflejo de la aplicación del art. 14 de la CE (principio de igualdad) en el sentido de que a igual trato igual salario".

Seguidamente, la empresa disconforme con la sentencia de instancia interpone recurso de suplicación en base a los motivos que se detallarán seguidamente.

### 2.3. Posición de las partes y motivos de impugnación de la recurrente

En relación con la posición de las partes, la representación legal de los trabajadores a través del procedimiento de conflicto colectivo, con fundamento en el art. 1 del convenio hostelería, solicita, en tanto la plantilla presta su actividad profesional en el marco funcional del convenio hostelería, que se reconozca el derecho a la aplicación del referido convenio.

Por su parte, la empresa se opone a la demanda defendiendo que el V ALEH no contempla las categorías de jardinero y auxiliar de jardinería, por lo que de conformidad con lo previsto en el apdo. 3 del art.1 del convenio hostelería quedan excluidas de la "obligación" que en su apdo. 2 se establece ("aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al Anexo I").

[8] Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. (BOE 21-05-2015).

[9] ECLI:ES:TSJICAN:2015:358.

[10] ECLI:ES:TSJICAN:2013:3698.

Asimismo, la empresa sostiene que el convenio de empresa era aplicable a la relación con los trabajadores implicados en el objeto del litigio en base a los arts. 42 y 84.2 ET, y que una vez trascurrido el período de transición previsto en la DT 6ª del RDL 32/2021 lo sería el convenio jardinería, ex arts. 42.6 y 84.2 ET en su nueva redacción.

Tras ser estimada en instancia las pretensiones de la demanda, la empresa alza recurso de suplicación por tres motivos: infracción de normas o garantías del procedimiento, revisión de hechos probados e infracción de normas sustantivas o jurisprudencia. Sin perjuicio de la exposición de todos ellos, el último es el que presenta mayor interés y el que sirve de base al voto particular.

En primer lugar, en relación con la infracción de normas o garantías del procedimiento, la empresa demandada alega insuficiencia de hechos probados y falta de motivación o incongruencia omisiva. Concretamente, la empresa se muestra disconforme: por un lado, con los hechos probados dado que no hay mención a la prueba solicitada relacionada con la aplicación o no del convenio de jardinería, que fue para esta parte el nudo gordiano que debía ser resuelto en la sentencia; y, por otro lado, la motivación de la sentencia no permite conocer la razón por la que el magistrado entiende que no hay que aplicar desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 el convenio de jardinería a trabajadores que, con independencia de si trabajan en hoteles o no, realizan dentro de su ámbito funcional trabajos de jardinería.

En segundo lugar, la recurrente solicita la revisión del relato de hechos declarados probados, concretamente tres. Según el primero y el tercero se pretende incluir hechos nuevos, concretamente, que los trabajadores de la empresa recurrente fueron subrogados de conformidad con el convenio jardinería, y la solicitud del trabajador de unas cantidades salariales basadas en el convenio referido. Asimismo, según el segundo, se pretende precisar en el hecho probado cuarto que los servicios de conservación y mantenimiento a los que se refiere son "de jardinería.

En tercer lugar, la empresa alega infracción de normas o de jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el apdo. c del art. 193 LRJS. A este respecto, la recurrente denuncia interpretación errónea del art. 42.6 ET en la redacción dada por el RDL 32/2021, conforme al cual el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la "actividad desarrollada en la contrata o subcontrata". Y ello, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET, a salvo que la empresa contratista o subcontratista cuente con convenio propio.

En base a lo anterior, la recurrente sostiene que el convenio colectivo aplicable es el estatal de jardinería por tres motivos: primero, porque la jardinería es la actividad desarrollada en la contrata, siendo irrelevante que el cliente sea establecimiento hotelero; segundo, porque la actividad de jardinería que realizan los trabajadores está incluida en el convenio de jardinería (art.2, ámbito funcional y, art. 3, ámbito personal); y, tercero, porque el convenio colectivo de empresa carece tras la reforma de prioridad aplicativa en materia de "cuantía del salario base y de los complementos salariales (art. 84.2 ET y DT 6ª del RDL 32/2021).

Consecuentemente, el recurrente suplica que declare la nulidad de la sentencia o, en su caso, la revoque y desestime íntegramente la demanda "al no ser de aplicación el Convenio de Hostelería de Las Palmas a la plantilla de trabajadores al no prestar dichos trabajadores su actividad profesional en el marco funcional de Hostelería"; subsidiariamente "declare que el Convenio Colectivo de aplicación a los trabajadores de jardinería de la mercantil Gesgroup Siete Outsourcing SLU en Lanzarote es el Estatal de Jardinería desde la aprobación del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, DT 6ª".

## 2.4. Normativa aplicable

En cuanto a la normativa aplicable al caso, debemos tener en cuenta la siguiente:

El art. 1 del Convenio colectivo de hostelería de la provincia de Las Palmas, relativo a su ámbito funcional de aplicación, según el cual "El presente convenio colectivo afecta y obliga a todas las empresas y establecimientos dedicados a la actividad de hostelería que figuran en el ámbito funcional del vigente Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería.

Igualmente afectará a todas aquellas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al Anexo I.

Quedan excluidos de esta obligación aquellos servicios o tareas especializadas, prestados por trabajadores o trabajadoras cuya categoría profesional y/o funciones no se encuentren incluidas en el Acuerdo Laboral de ámbito Estatal de Hostelería".

De otro lado, y aunque el fallo de instancia no tiene en cuenta la aplicación del art. 42.6 ET, relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa que contrata y subcontrata, conviene hacer referencia a este precepto dado que el voto particular tiene como motivo principal la funcionalidad de la regla que establece el citado precepto, para fundamentar una posición contraria al voto mayoritario.

En este sentido, según el art. 42.6 ET "El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84".

## 2.5. Doctrina aplicable y resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias

El TSJ de Canarias en la sentencia objeto de nuestro estudio, en relación a los motivos de impugnación alzados por la empresa y siguiendo el orden de formulación, se pronuncia de la forma siguiente:

En primer lugar, respecto a la infracción de normas o falta de garantías del procedimiento, la Sala rechaza este motivo, principalmente, por tres razones: primero, porque el objeto del conflicto no es determinar si el convenio de jardinería es el aplicable a los trabajadores afectados; segundo, puesto que para resolver el conflicto jurídico exclusivamente es de interés un dato incontrovertido, esto es, si la contratista presta servicios de jardinería en instalaciones hoteleras de Lanzarote; y, tercero, porque la recurrente cuenta con el cauce previsto en el apdo. b) del art. 193 LRJS para intentar integrar la resultancia fáctica con hechos que considere trascendentes al fallo, no concurriendo indefensión en este caso. Consecuentemente, el TSJ desestima el motivo porque el relato fáctico es suficiente para la resolución del conflicto y de cuantas cuestiones pudieran suscitarse vía recurso.

En lo que atañe a la falta de motivación (incongruencia omisiva), el TSJ de Canarias trae a colación la STS de 8 de marzo de 2023, rec. 277/2021[11], según la cual "hay que distinguir de las alegaciones o argumentos aducidos por la parte para fundamentar sus pretensiones (…) y las auténticas pretensiones en sí mismas consideradas", indicando esta doctrina jurisprudencial que la obligación de congruencia se impone solo respecto de las auténticas pretensiones en razón a que cada una de ellas se convierte en una "causa petendi" que exige una respuesta concreta. En relación a este argumento, el TSJ de Canarias insiste en que "lo que se somete a debate no es la determinación del convenio de aplicación a las relaciones de Gesgroup con su personal de jardinería, sino si a este personal, cuando presta servicios en el marco de contratas con establecimientos hoteleros de Lanzarote, le alcanza la previsión contenida en el apdo. 2 del art. 1 del Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de las Palmas".

Asimismo, el TSJ sostiene que este pronunciamiento excede del marco del conflicto, siendo propio de una demanda reconvencional que no se ha formulado. De este modo, añade que "podía la empresa haber cuestionado la vigencia de la previsión convencional tras la nueva redacción del art. 42.6 ET, pero no lo hizo. Por consecuencia, y toda vez que su oposición residió en que las categorías de los afectados por el conflicto no se contemplaban en el V ALEH, supuesto en que quedaba excluida la operancia del apdo. 2 del art. 1 del Convenio, no había razón para entrar a examinar el alcance del nuevo art. 42.6, y la DT 6 del RDL 32/2021".

Concluye, pues, la Sala que "no puede ser tachada la sentencia de instancia de falta de motivación e incongruencia omisiva al no ofrecer respuesta a una cuestión que no fue planteada y excede del marco del litigio".

En segundo lugar, acerca de la revisión de hechos probados, la sentencia que se comenta desestima el primero y el tercero por falta de incidencia con el fallo, aceptando que se especifique en el hecho probado cuarto que los servicios de conservación y mantenimiento a los que se refieren son "de jardinería" [12].

En tercer lugar, respecto a la infracción de norma, el TSJ de Canarias no entra a valorar a fondo la aplicación del art. 42.6 ET, sosteniendo que "no cabe atribuir a la sentencia interpretación errónea de un precepto que ni siquiera cita" y, por ende, desestima el motivo. En este sentido, la Sala sostiene que "el conflicto colectivo no tiene por objeto determinar el convenio de aplicación para Gesgroup en el marco de la contrata de conservación y mantenimiento de jardines de establecimientos hoteleros, sino si los trabajadores de esas contratas en Lanzarote han de ser equiparados en condiciones laborales a los propios de aquellos establecimientos de conformidad con la previsión contenida en el art. 1, párrafo segundo, del Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Las Palmas.

La empresa no planteó siquiera la posibilidad de que esta previsión pudiera quedar afectada por el art. 42.6 ET, sustentando su oposición en que las categorías de jardineros y auxiliares de jardinería no estaban contempladas en el ALEH y consecuentemente no les era de aplicación la equiparación prevista en el art. 1.2".

Sin perjuicio de la existencia de error procesal, la Sala se pronuncia de forma breve sobre la relación entre el art. 42.6 ET y la cláusula de garantía prevista en la regulación convencional. En este sentido, el TSJ de Canarias sostiene que el precepto referido "no limita ni impide que a través

[11] ECLI:ES:TS:2023:849.

[12] Tanto el primero como el segundo motivo de impugnación pretende que la sentencia pueda valorar la aplicación del convenio colectivo de jardinería, intentando abrir el objeto del debate más allá de la cuestión de si resulta aplicable el art. 1, párrafo segundo, del convenio colectivo de hostelería a los trabajadores de la empresa contratista.

de la negociación colectiva se haya producido o pueda producirse la equiparación de condiciones laborales, especialmente salariales, de tal forma que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas disfruten de las mismas que habrían tenido si hubieran sido contratados directamente por la empresa principal".

A este propósito la Sala trae a colación su propia doctrina, validada por el TS, que reconoce la validez de esta cláusula de equiparación de condiciones de trabajo en un proceso de impugnación de convenio colectivo[13], considerando aptas la cláusula de extensión de condiciones laborales previstas en el convenio hostelería a los trabajadores en contratas. Según esta doctrina jurisprudencial del TS, en relación al principio de correspondencia entre los sujetos firmantes del convenio y su ámbito de aplicación, sostiene que "los únicos destinatarios de la obligación controvertida son los empresarios principales (…), los negociadores del convenio han querido que la externalización de los servicios, actividades o tareas propios del servicio de hostelería (…) asegure que los trabajadores afectados disfruten de las mismas condiciones que si no se hubiera producido dicha externalización. Consiguientemente, cuando se produzca la externalización, la empresa principal estará obligada a garantizar dicha equiparación, lo cual comporta necesariamente que el cumplimiento de dicha obligación repercuta en el precio de la contrata".

Asimismo, respecto de la posible incidencia del art. 42.6 ET en este tipo de cláusulas, el TSJ de Canarias sostiene que "La situación no ha cambiado tras el RDL 32/2021; en este aspecto es la misma que ya existía antes de la reforma. No existe un antes y un después, aunque la recurrente se empeñe en ello. Y el que la reforma entrara en vigor en el ínterin entre la prestación del escrito de promoción ante el TLC y la interposición de la demanda no tiene ningún interés al caso".

En conclusión, por todos los fundamentos jurídicos expuestos anteriormente, el TSJ de Canarias desestima el recurso de suplicación interpuesto por Gesgroup contra la sentencia de 5 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife.

### 2.6. Voto particular

El magistrado discrepante formula voto particular en la modalidad de redacción de sentencia alternativa, radicando la disidencia en el fundamento jurídico IV. Particularmente, el magistrado sostiene que discrepa: primero, con el criterio de aceptación de la regulación de un convenio colectivo (convenio hostelería) en el ámbito funcional o sectorial de otro (convenio jardinería), es decir, el magistrado considera que existe una invasión del ámbito de aplicación del convenio de hostelería en el respectivo ámbito del convenio de jardinería; y, en segundo lugar, disiente de la no aplicación del nuevo art. 42.6 ET que resuelve la cuestión controvertida y justificaría un vuelco a la doctrina según el voto particular.

Más concretamente, el magistrado que emite el voto particular discrepa de dos afirmaciones del voto mayoritario: de un lado, "la situación no ha cambiado", referida a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021; y, de otro lado, que la previsión de la norma "no limita ni impide que a través de la negociación colectiva se haya producido o pueda producirse la equiparación de condiciones laborales, especialmente salariales, de tal forma que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas disfruten de las mismas que habrían tenido si hubiesen sido contratados directamente por la empresa principal". A este respecto, el voto particular argumenta que tal afirmación omite la situación en la que las condiciones laborales fueran peores en el convenio invasor, respecto al convenio invadido. En este sentido, observamos cómo el voto particular parte de una premisa clara,

[13] STSJ de Canarias, de 30 de diciembre de 2019, rec. supl. 48/2018, ECLI:ES:TSJICAN:2019:3882, confirmada por la STS de 13 de septiembre de 2022, rec. 10/2021, ECLI:ES:TS:2022:3348.

según la cual existe un convenio invasor (convenio de hostelería) y un convenio invadido (convenio de jardinería).

El voto particular, reconociendo la doctrina del TS que valida la referida cláusula, se opone a la sentencia mayoritaria por los siguientes motivos: redacción confusa de la cláusula, falta de legitimación de las partes negociadoras del convenio de hostelería para introducir la cláusula de garantía, vulneración de principios aplicativos de convenios colectivos y efectos anómalos de la aplicación de la cláusula, y, por último, la incidencia del art. 42.6 ET.

En primer lugar, el voto discrepante en base a la redacción de la cláusula referida anteriormente, y a pesar de haber sido refrendada su validez por el TS, sostiene que adolece de confusión y que la referencia inicial se refiere a las contratas y, posteriormente, alude a términos relativos a la ETT, siendo esto suficiente para declarar la no aplicación del anterior a las contratas.

En segundo lugar, a pesar también de la doctrina del TS que el mismo voto cita, el magistrado disidente sostiene que el intento del convenio de hostelería de abarcar a las contratas no procedería por la existencia de un déficit de legitimación de quienes lo suscriben, considerando inaplicable a las contratas en base a la imposibilidad de que un convenio colectivo extienda sus efectos fuera de su actividad "natural" (el ámbito funcional), en atención a la falta de representatividad de las partes, sin que la temporalidad de esta sujeción (aplicable sólo mientras se preste servicios en la empresa cliente) pueda disculpar tal déficit. A este respecto, el voto particular alega como doctrina jurisprudencial, relativa a los arts. 82.3 y 87 ET, las STSS de 28 de octubre de 1996, rec. 566/1996[14], 14 de marzo de 2005, rec. 6/2004[15], o 23 de julio de 2003, rec. 75/2002[16].

En este sentido, según el voto particular las partes negociadoras no pueden desplazar a los sujetos obligados por un determinado convenio (suscritos por sus representantes legítimos: los de su ámbito) a otro convenio (el suscrito por otros, carentes de representatividad en ese otro). Para reforzar el argumento anterior, el voto particular sostiene que ni siquiera la referida extensión podría realizarse en ausencia de convenio de procedencia, debiendo utilizarse el mecanismo legal previsto en el art. 92.2 ET relativo a la extensión de convenio colectivo.

En tercer lugar, el voto discrepante señala que los efectos que genera la extensión son contrarios a principios relativos a la aplicación de convenios colectivos fijados en la jurisprudencia del TS. Concretamente, sostiene que "la solución de extensión de un convenio fuera de su ámbito, de forma temporal y selectiva a determinados trabajadores quiebra el principio de unidad de la institución del convenio colectivo, en una especie de "espigueo" variable temporal (mientras se presten servicios mediante contrata con la empresa de hostelería) y subjetivamente (sólo a quienes los prestan)". En este sentido, el voto particular sostiene que el convenio colectivo aplicable debe ser el de la actividad principal de la empresa que aquí es el de jardinería siguiendo la STS 17-03-15, rud. 1464/2014[17].

En cuarto lugar, el magistrado discrepante rechaza la posición mayoritaria en atención a los efectos anómalos que podrían devenir de este tipo de invasión de convenios, tanto en los casos en que beneficie a los trabajadores de la contrata, como en los casos en que perjudique, puesto que en ambos casos la decisión de qué trabajadores se benefician o se perjudican por el cambio de convenio, "sería unilateral de la empresa contratista, pues de ella dependería, en el ejercicio de la potestad patronal de la movilidad funcional (art.39 ET) o en su caso, la movilidad geográfica (art. 40 ET) qué

[14] ECLI:ES:TS:1996:5900.
[15] ECLI:ES:TS:2005:1581.
[16] ECLI:ES:TS:2003:5303.
[17] ECLI:ES:TS:2015:1539.

trabajadores asignaría a la contrata con una empresa cliente cuyo Convenio Colectivo tiene mejores condiciones que las de la contrata (trabajadores obviamente beneficiados) o qué trabajadores asignaría a la contrata con otra empresa cliente cuyo Convenio Colectivo las tiene inferiores (trabajadores obviamente perjudicados)".

Finalmente, incluso obviando los argumentos anteriores, el voto particular indica que el criterio extensivo validado por el fallo mayoritario ha quedado superado por la nueva redacción del art. 42.6 ET aprobada por el RDL 32/2021 que resuelve esta cuestión. Según la tesis anterior, la aplicación del precepto referido determina la aplicación del convenio de jardinería. Por ello, concluye el magistrado que suscribe el voto disidente que "no puede aplicarse el Convenio de Hostelería a una empresa de jardinería que tiene una contrata (lícita, a salvo de la eventual operatividad del mecanismo de la cesión ilegal del art. 43 ET) sino el aplicable a esta (sea el propio de la empresa o el del sector).

Queda fuera del debate del presente litigio si –como aparece por su art. 2- deban las partes quedar sujetas al Convenio Estatal de Jardinería, dada la operatividad de la Disposición Transitoria Sexta del R.D. 32/2021, o se aplican los mecanismos de Convenios prevista en el art. 84 ET por remisión del último párrafo del art. 42.6 ET".

## 3. COMENTARIO CRÍTICO

Tras la exposición de la referida sentencia realizaremos algunas consideraciones críticas del contenido de la sentencia y, principalmente, de su voto particular.

### 3.1. La incidencia de la reforma 32/2021 en el supuesto de hecho enjuiciado

En el presente caso podemos observar la incidencia del RDL 32/2021. De forma muy breve y únicamente refiriéndonos al ámbito salarial, podemos observar las diferencias relevantes de los convenios colectivos aplicables en los casos de trabajos en contratas relacionados con el presente supuesto.

Antes de la reforma laboral la empresa contratista venía aplicando su convenio de empresa que reconoce a la categoría de jardinero/a un salario base mensual para el año 2019 de 715,78 €. Por lo que respecta a los convenios sectoriales, mientras que el convenio de jardinería estatal prevé un salario de 1.119,82 €, el convenio de hostelería de la provincia de Las Palmas prevé un salario mensual que dependiendo de la categoría del hotel puede ir desde los 1.386,87 a 1181,82 €.

En este supuesto, tras la entrada en vigor del RDL 32/2021 y conforme a su disposición transitoria sexta, la empresa deja de aplicar el convenio colectivo de empresa con la supresión del art. 84.2 a) ET, para aplicar el convenio estatal de jardinería. En este sentido, la relación laboral de las personas afectadas por este litigio sale de ese nivel salarial más bajo, generándose la controversia en el segundo nivel salarial relativo al convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa contratista, donde la reforma laboral de 2021 pretende incidir como muestra su exposición de motivos.

No obstante, la presente sentencia no aborda la aplicación del art. 42.6 ET, pues el debate jurídico se centra en la aplicabilidad o no de la cláusula de garantía salarial prevista en el art. 1, párrafo segundo, del convenio colectivo de hostelería de Las Palmas a los trabajadores de la contrata de jardinería que prestan sus servicios en el hotel. Pero, incluso en los casos en los que sí resulte aplicable el art. 42.6 ET, entendemos que este tipo de cláusulas siguen siendo válidas y plenamente compatibles con dicho precepto, pues las previsiones de éste no elimina de forma total, como sí lo

hace por ejemplo la regulación de las ETT, la posibilidad de que algunas prácticas patológicas que permiten la competencia desleal a través de la reducción de condiciones de trabajo permanezcan[18].

### 3.2. El restringido objeto del litigio

Otra cuestión destacable de la sentencia, como se puede comprobar, es la singular delimitación del objeto del litigio. En este sentido, los motivos de impugnación previstos en el recurso de suplicación van encaminados a que se valore el convenio aplicable a la empresa contratista y, concretamente, que se aplique el art. 42.6 ET. En este marco, hubiese sido de interés que la sentencia hubiese realizado un análisis jurídico con mayor profundidad de la aplicación del art. 42.6 ET en relación con la cláusula de garantía prevista en el art. 1, párrafo segundo, del convenio de hostelería.

No obstante, según la sentencia "Lo que se somete a debate no es la determinación del convenio colectivo de aplicación a las relaciones de Gesgroup con su personal de jardinería, sino si a este personal, cuando presta servicios en el marco de contratas con establecimientos hoteleros de Lanzarote, le alcanza la previsión contenida en el apartado 2 del art. 1 del Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de Las Palmas"[19].

### 3.3. El reconocimiento jurisprudencial de las cláusulas de garantía de condiciones laborales del trabajo en contratas y su naturaleza

La legalidad de las cláusulas de garantía de condiciones laborales mínimas de los trabajadores en contratas ha sido reconocida por la jurisprudencia en diferentes ocasiones. Precisamente, la STS de 13 de septiembre de 2022, rec. 10/2022, se pronuncia sobre la sobre la validez del art. 1, párrafo segundo, del convenio de hostelería cuya aplicación se dilucida por la STSJ de Canarias objeto de nuestro estudio. Según la citada STS, "pese a que la literalidad del precepto podría indicar que los negociadores han pretendido incorporar directamente en su ámbito funcional a las empresas contratistas y subcontratistas, una lectura hermenéutica lleva a concluir que los destinatarios de la obligación controvertida son los empresarios principales". Consecuentemente, consideramos que actualmente la jurisprudencia reconoce la validez de este tipo de cláusulas, las cuales respetan el principio de correspondencia derivado de los arts. 83.1 y 87 ET.

De este modo, en relación a la naturaleza jurídica de este tipo de cláusulas, según la sentencia referida, "el mandato convencional se dirige esencialmente a las empresas incluidas naturalmente en su ámbito funcional, quienes deberán asegurar, cuando subcontraten dichos servicios, actividades o tareas, que las contratistas cumpla lo pactado convencionalmente, tal y como advierte la sentencia recurrida, lo cual justifica sobradamente que las empresas contratistas, cuando se les contrate para la realización de dichas actividades, deberán repercutir en el precio el coste de la aplicación del convenio controvertido".

En el mismo sentido, la STS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018, refiriéndose a una cláusula similar sostiene que "por consiguiente, el artículo no predetermina, de ningún modo, cuál es el convenio colectivo aplicable a los terceros contratistas o subcontratistas y sus trabajadores,

[18] Respecto al alcance del art. 42.6 ET, *vid*. Sánchez Torrado, J. M.: "El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contratas tras la reforma 32/2021", *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y soluciones de conflictos laborales en Andalucía*. Celebradas en Granada, 2023.

[19] A este respecto, sigue indicando el tribunal que "Por consecuencia, y toda vez que su oposición residió en que las categorías de los afectados por el conflicto no se contemplaban en el VALEH, supuesto en que quedaba excluida la operancia del apartado 2 del artículo 1 del Convenio, no había razón para entrar a examinar el alcance del nuevo artículo 42.6 ET, y DT 6ª del Real Decreto-Ley 32/2021".

como no podría ser de otro modo, puesto que dependerá de las circunstancias concurrentes en dichas empresas, quienes no están incluidas a priori en el ámbito funcional del convenio, limitándose a asegurar la garantía antes dicha, cuando el convenio de hostelería no sea aplicable directamente, lo cual nos permite concluir que el artículo impugnado no expulsa ni excluye del ámbito funcional del convenio a las empresas que contraten o subcontraten las actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurantes, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, a quienes se aplicará o no se aplicará el convenio colectivo impugnado, dependiendo de las circunstancias concurrentes, que el artículo no predetermina. –Es así, porque los negociadores no pueden regular de antemano el marco convencional aplicable a las empresas dedicadas a contratar o subcontratar dichos servicios, ya sea como empresas especializadas en los mismos, ya se trate de empresas multiservicios".

En base a la doctrina anterior, la argumentación del voto particular partiría de una premisa errónea, consistente en considerar que se produce una "invasión" del convenio de hostelería en el ámbito de aplicación del convenio de jardinería, motivo por el cual se determina la existencia de vulneración del principio de correspondencia o legitimación, cuando en realidad no es así como podemos comprobar en la citada doctrina del TS.

Asimismo, en base a la naturaleza de este tipo de cláusulas, se podría indicar que la propia resolución de instancia –al menos siguiendo el sentido literal de la misma- no resuelve de forma coherente con la naturaleza de este tipo de cláusula, puesto que declara el derecho de los trabajadores a que les sea de aplicación el convenio de hostelería sin precisar los preceptos que resultan de aplicación y el efecto de dicha aplicación. En este sentido, como se indicaba anteriormente, las referidas cláusulas no afectan a la empresa contratista sino a las empresas principales que deben garantizar el cumplimiento de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la fundamentación jurídica del TSJ de Canarias sí sigue la doctrina del TS sobre el reconocimiento de la cláusula prevista en el art. 1, párrafo segundo, del convenio colectivo de hostelería de la provincia de Las Palmas.

### 3.4. Respecto de los principios de unidad y legitimidad de los convenios colectivos, y la validez de las cláusulas en atención a sus efectos

El voto particular argumenta, en contra de la aplicación del convenio hostelería, que "la solución de extensión de un Convenio fuera de su ámbito, de forma temporal y selectiva a determinados trabajadores quiebra el principio de unidad de la institución del Convenio Colectivo, en una especie de "espigueo" variable temporal (mientras se presten servicios mediante contrata con la empresa de hostelería) y subjetivamente (sólo a quienes lo prestan)". Sin embargo, conviene advertir nuevamente que la empresa contratista no aplica el convenio de hostelería, sino que la empresa principal debe de garantizar el cumplimiento de las condiciones laborales incluidas en la cláusula de garantía prevista en su convenio para los trabajadores de la contratista a través del contrato mercantil que suscriban ambas mercantiles. Consecuentemente, la fuerza vinculante de las condiciones referidas tendría naturaleza contractual, dado que como hemos indicado el convenio colectivo únicamente resulta aplicable para las empresas principales que se dedican a la hostelería, sin perjuicio de que se garanticen a los trabajadores de las empresas contratistas las condiciones esenciales y, concretamente las salariales, lo que no supone la ruptura del principio de unidad del convenio colectivo aplicable a la empresa. A mayor abundamiento, incluso asumiendo la hipótesis de la falta de unidad de convenio en la empresa, conviene recordar que ese principio de unidad de convenio ha sido flexibilizado en las empresas multiservicios y en las empresas contratistas cuando presten servicios diferenciados incluidos en el ámbito funcional de distintos convenios colectivos[20].

[20] *Vid*. STS de 17 de marzo de 2023, rcud. 933/2020, ECLI:ES:TS:2022:3348; y STS de 6 de octubre de 2022, rec.35/2021, ECLI:ES:TS:2022:3649.

Por otro lado, el voto particular argumenta que este tipo de cláusulas invasoras presentan efectos anómalos perjudiciales, tanto en los supuestos en que las cláusulas sean más beneficiosas como más perjudiciales para los trabajadores de la empresa contratista, porque la decisión de perjudicar o empeorar al trabajador reside unilateralmente en la empresa contratista que será la que asignará siguiendo los procedimientos del ET a cada trabajador una determinada contrata. En este sentido, no consideramos que esto perjudique al trabajador, sino que beneficia y el posible argumento relativo al trato desigual entre los trabajadores de la contratista quedaría superado por prestar servicios en una determinada contrata con unas específicas características funcionales.

Por lo que se refiere al supuesto en el que las condiciones del convenio sectorial de hostelería fueran más perjudiciales que las previstas en el convenio sectorial de jardinería debemos de indicar que en ese caso se aplicaría las condiciones previstas en el segundo convenio. Y ello porque las cláusulas de garantía son precisamente eso; garantía de que los trabajadores de contratas tendrán unas condiciones mínimas equiparables a las que perciben los trabajadores de la empresa principal, lo que ya presupone que la equiparación está prevista para cuando las condiciones salariales de los trabajadores en contratas sean inferiores –algo que sucede en la mayoría de los casos-.

Asimismo, en la hipótesis de que las condiciones laborales previstas en la cláusula de garantía fuesen inferiores a las viniesen percibiendo los trabajadores de la contratista no habilitaría a la empresa a aplicar éstas. No solo porque iría en contra de la finalidad de este tipo de cláusulas sino porque, además, esa modificación no tendría base jurídica dado que la aplicación de las cláusulas de garantía no supone, como hemos reiterado, la sustitución de un convenio colectivo por otro, sino la obligatoriedad de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio de hostelería de garantizar las mismas a través del contrato mercantil con la empresa contratista.

### 3.5. La incidencia del art. 42. 6 ET en las funciones de la negociación colectiva

Para finalizar, realizaremos algunas consideraciones breves relativas a la posible afectación del art. 42.6 ET a las cláusulas de garantía de condiciones de trabajo para trabajadores de empresas contratistas.

En este sentido, en la sentencia objeto de estudio se observa una discrepancia entre la sentencia y el voto particular. Mientras que para la sentencia "la situación no ha cambiado tras el RDL 32/2021; en este aspecto es la misma que ya existía antes de la reforma. No existe un antes y un después, aunque la recurrente se empeñe en ello", para el voto particular la posición de la sentencia "ha quedado superado por la nueva redacción que el RDL 32/2012 da al art. 42.6 ET precisamente por resolver normativamente esta cuestión". En este marco, lo que se plantea tras la aprobación del 42.6 ET es si la negociación colectiva sectorial puede seguir pactando cláusulas de garantía de condiciones de trabajo para los trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas.

A nuestro entender este tipo de cláusulas sectoriales viene a desarrollar una doble función: la primera, evitar el uso de contratas con el fin de reducir costes laborales, con la consiguiente precariedad y discriminación para los trabajadores de contratas. Y, en segundo lugar, la función clásica de la negociación colectiva de evitar la competencia desleal, que provoca el dumping social. Respecto a esta función CRUZ VILLALÓN sostiene que la negociación colectiva "intentará que la competencia entre empresas se base en otros elementos, como serían los relativos a la productividad, el desarrollo tecnológico, la mayor calidad de los productos y servicios ofrecidos, pero garantizando que la igualdad

*Vid*. Sepúlveda Gómez, M.: "La gestión del cambio laboral en las empresas multiservicios desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable", en VV.AA.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio,* Cruz Villalón, J., (Dir.), Madrid, Cinca, 2017, p. 142.

de trabajo no se produzca diferencias de costes laborales entre unas y otras empresas"[21]. Si bien es cierto que la competencia desleal se ha ubicado siempre entre empresas del mismo sector, el uso de contratas a través de empresas multiservicios ha hecho que desdibujen los contornos de los sectores, pues este tipo de empresas pueden actuar en todos ellos, sin llegar a pertenecer a ninguno.

En términos similares lo expresa la cláusula de garantía del convenio colectivo del sector de la hostelería de Alicante, que en su art. 20, relativo a la contratación y subcontratación indica "A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurantes, bar cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos servicios con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los arts. 42 y 64 ET"[22].

Por tanto, en este sentido, observamos como este tipo de cláusulas podrían considerarse dentro de la función clásica de regulación de la competencia del sector garantizando la eficacia de la misma ante el uso de contratas que actúan en ese sector. En este sentido, conviene volver a indicar que el efecto de este tipo de cláusula vincula a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio que recoge la cláusula de garantía, y que serán estas empresas las que deberán garantizar que se cumplen las condiciones referidas a través del contrato mercantil con la empresa contratista o subcontratistas. De la misma manera, este tipo de cláusulas convencionales presentan una relación de suplementariedad respecto de lo fijado por la normativa, en este caso, el art. 42.6 ET.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que las cláusulas de garantía como la que es objeto de análisis en la sentencia que hemos analizado, son legales y efectivas en los supuestos en los que el 42.6 ET no garantice la igualdad de condiciones de trabajo entre los trabajadores de las empresas principales y contratistas que realicen trabajos de igual valor, evitando la competencia desleal en el sector a través de la contratación y subcontratación basada en la precarización de las condiciones laborales.

## 4. BIBLIOGRAFIA

Cruz Villalón, J.: "Nuevas funciones de la negociación colectiva y su impacto sobre las relaciones entre ley y convenio", en VV.AA.: *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Cruz Villalón, J., Gómez Muñoz, J.M., Rodríguez Ramos P. (Ed), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.

Sánchez Torrado, J. M.: "El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contratas tras la reforma 32/2021", *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y soluciones de conflictos laborales en Andalucía*. Celebradas en Granada, 2023.

[21] Cruz Villalón, J.: "Nuevas funciones de la negociación colectiva y su impacto sobre las relaciones entre ley y convenio", en VV.AA.: *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Cruz Villalón, J., Gómez Muñoz, J.M., Rodríguez Ramos P. (Ed), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp.156-157.

[22] Para potenciar la eficacia de este tipo de cláusulas ante posibles incumplimientos, resulta relevante prever cláusulas responsabilidad que habiliten al trabajador de la empresa contratista a reclamar contra la empresa principal. En este sentido, el Convenio colectivo provincial de industrias de hostelería de la provincia de Alicante (BOP nº 187, 28-09-2017) sostiene "La empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente de las obligaciones previstas en el presente artículo". En este sentido, *vid.* STS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018, ECLI:ES:TS:2020:1718.

Sepúlveda Gómez, M.: "La gestión del cambio laboral en las empresas multiservicios desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable", en VV.AA.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio,* Cruz Villalón, J., (Dir.), Madrid, Cinca, 2017.

Laborum

# Derecho Comparado y Derecho Extranjero

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La laboralidad de los trabajadores de plataformas en Alemania, a la luz de los progresos actuales

# The employment of platform workers in Germany, in the light of current developments

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)*

Cita Sugerida: BRECHT-HEITZMANN, H. «La laboralidad de los trabajadores de plataformas en Alemania, a la luz de los progresos actuales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 265-275.

**Resumen**

Este escrito aborda la cuestión de si los ocupados en plataformas pueden ser trabajadores. Al respecto, se estudia ante todo el concepto alemán de trabajador, con una valoración especial de una decisión del Tribunal Federal de Trabajo sobre el crowdworking. Se añade la toma en consideración del Derecho de la Unión, tanto respecto de la decisión del TJUE en el caso Yodel, como del proyecto de Directiva que se ha realizado para la mejora de las condiciones laborales del trabajo en plataformas. Además, se problematiza la relación de los conceptos nacionales y europeo de trabajador.

**Palabras clave**

Alemania; Derecho del Trabajo; Economía de plataformas; Trabajadores asalariados; Trabajadores autónomos

**Abstract**

This paper addresses the issue of whether people who work in platforms can be employees. In this sense, it studies before all the German concept of employee, making a special assessment of a Federal Labor Court decision about the crowdworking. The taking into consideration of the European Union Law is added, both with respect to the EUCJ Yodel case and the Directive draft made for improving employment conditions of workers in platforms. Furthermore, the relationship between the national and European concepts of employee is discussed.

**Keywords**

Germany; Labor law; Platform economy; Employees; Independent contractors

## 1. INTRODUCCIÓN[1]

En la actualidad, la actividad de los empleados de plataformas es también objeto de numerosas contribuciones jurídicas en Alemania[2]. El debate se concentra al respecto, ante todo, en cuatro

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Traducción del artículo al castellano, desde su alemán original ("*Die Arbeitnehmereigenschaft von Plattformbeschäftigten in Deutschland im Lichte aktueller Entwicklungen"*), realizada por Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón.

[2] Véanse únicamente las tesis doctorales de Kress, S.: *Crowdwork*, 2021; Mayr, D.: *Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbstständiger am Beispiel der Plattformarbeit*, 2021; Schneider-Dörr, A.: *Crowd Work und Plattformökonomie: Eine arbeitsrechtliche Fallstudie*, 2021; Walzer, S.: *Der arbeitsrechtliche Schutz der Crowdworker: Eine Untersuchung am Beispiel ausgewählter Plattformen*. Entre la multitud de otros trabajos, en especial, *cfr*. Ranjana A.: Achleitner, ZESAR 2020, 363 y ss.; Eichenhofer, E., en: *Festschrift Preis*, 2021, págs. 191 y ss.; Fuhlrott, M. y Oltmanns, S.: NJW 2020, 958 y ss.; Heckelmann, M.: SGb 2022, 410 y ss.; Henssler, M. en: *Festschrift Preis*, 2021, págs. 433 y ss.; Kocher, E.: ZEuP 2021, 606 y ss.; Mangold, S.: RDi 2022, 478 y ss.; Rech, A.: ZfA 2023, 279 y ss.; Riesenhuber, K.: ZfA 2021, 5 y ss.; Schubert, C.: RdA 2020, 248 y ss.; Thüsing, G. y Hütter-Brungs, G. en: *Festschrift Schmidt*, 2021, págs. 939 y ss.; Waltermann, R.: NZA 2021, 297 y ss.; Wenckebach, J.: Soziales

ámbitos: El estatus de los empleados de plataformas como trabajadores o, al menos, como trabajadores autónomos económicamente dependientes; los perjuicios inadecuados por causa de las condiciones generales del negocio de plataformas, la autonomía colectiva de los autónomos solitarios, y la mejora *de lege ferenda* de la situación jurídica[3]. En todos estos temas, así como en su dimensión jurídica de seguridad social, se expone la situación jurídica de estos puestos de trabajo en Alemania, desde hace ya algunos años[4]. El debate ha recibido un nuevo impulso, ante todo, por medio de un proyecto de Directiva de la Comisión para la mejora de las condiciones laborales del trabajo en plataformas, así como de algunas decisiones judiciales recaídas entre tanto. Estas decisiones tratan las principales cuestiones sobre los empleados de plataformas, a saber, el estatus al amparo de ellas. Los empleados de plataformas sólo disfrutan de la protección del Derecho del Trabajo cuando su relación jurídica significa una relación laboral. Por causa de ello, la laboralidad debe colocarse en esta contribución como punto central.

## 2. EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL SENTIDO DEL PARÁGRAFO 611A DEL CÓDIGO CIVIL

Desde 2017, el contrato de trabajo está codificado en el parágrafo 611a del Código Civil (BGB)[5]. Esto compendia la definición del Tribunal Federal de Trabajo y la reproducción literal de los principios de la más importante jurisprudencia[6]. Según el parágrafo 611a, apartado 1, inciso 1, del BGB, el trabajador se obliga a través del contrato de trabajo a la prestación de un trabajo sujeto a dirección, con dependencia personal, al servicio de otro. De ello se derivan tres características objetivas centrales.

### 2.1. Relación de Derecho privado

No se menciona explícitamente en la definición legal la existencia de un contrato de Derecho privado[7], aunque ello se desprende de la colocación sistemática del precepto en la parte del Código Civil reguladora del Derecho privado. La característica objetiva sirve a la delimitación frente a la relación jurídica de Derecho público, como la que existe en el caso de los funcionarios, jueces, soldados, prestadores de servicios civiles y bélicos, prestadores de servicios de voluntariado federal, o participantes en el año voluntario social o ecológico[8]. Asimismo, se valora como jurídico-pública la actividad de los penados en el marco de la ejecución de penas, que tampoco implica una relación laboral[9]. Dado que en las partes contractuales del trabajo en plataformas se trata en la práctica

Recht 2020, 165 y ss., y Soziales Recht 2023, 162 y ss., así como los demás artículos citados en este trabajo. Además, desde la perspectiva del Derecho comparado, véase Hiessl, C.: *Case law on the classification of platform workers*, 2021; Ladas, D.: EuZA 2021, 25 y ss.; Uscinska, G.: en: *Festschrift Fuchs*, 2020, 769. Empíricamente: Baethge, B., Boberach, M., Hoffmann, A. y Wintermann, O.: *Plattformarbeit in Deutschland: Freie und flexible Arbeit ohne soziale Sicherung*, 2019; International Labor Office, *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 2021.

[3] Así, el certero resumen de Schubert, C.: NZA-Beilage 2022, 5.

[4] *Cfr*. Brecht-Heitzmann, H. y Meyer, U.: «El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), 17 y ss.

[5] Artículo 2 de la Ley para la modificación de la Ley de cesión de trabajadores y de otras leyes, de 21.2.2017, B[oletín] O[ficial] F[ederal], parte I, 258.

[6] *Cfr*. Acta de la Cámara Baja núm. 18/9232, pág. 31.

[7] Sin embargo, esta circunstancia fáctica se encuentra explícitamente en la definición del T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo], que se reitera en jurisprudencia constante: «Trabajador es quien, en virtud de un contrato de Derecho privado al servicio de otro, está obligado a realizar una prestación de trabajo sujeto a instrucciones heterónomas y en dependencia personal»; últimamente, T[ribunal] F[ederal] de T[rabajo] 31.1.2023, 9 AZR 244/20, NZA 2023, 818, 819.

[8] *Cfr*. Vogelsang, H. en: Schaub, G.: *Arbeitsrechts-Handbuch*, 19ª ed., 2021, § 8, marg. 14.

[9] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 18.11.1986, 7 AZR 311/85, AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979.

exclusivamente de partes privadas, se sostiene como no problemático el carácter jurídico-privado de la relación jurídica.

### 2.2. Dependencia personal

El punto de vista central de la laboralidad es la dependencia personal. La dependencia personal se concreta a través de la sujeción a órdenes, así como a través de la ajenidad. Pero sólo a la sujeción a órdenes otorga la Ley puntos explicativos detallados. Según el parágrafo 611a, apartado 1, inciso 2, del BGB, el poder de dirección afecta al contenido, realización, tiempo y lugar de la actividad[10]. En virtud del parágrafo 611a, apartado 1, inciso 3, del BGB, está a ese respecto sujeto a órdenes quien no es libre, en lo esencial, de organizar su actividad y no puede decidir sobre su tiempo de trabajo[11].

Además, la definición legal contiene advertencias ulteriores, que en conjunto se refieren a la dependencia personal, y que resultan relevantes tanto para la sujeción a órdenes como para la ajenidad. Según el parágrafo 611a, apartado 1, inciso 4, del BGB, el grado de dependencia personal también depende de las peculiaridades de la actividad respectiva. Así, en caso de actividades sencillas y no sujetas a instrucciones, existe más bien dependencia personal, al igual que en las actividades sujetas[12]. Lo que se corresponde claramente, a la inversa, en cuanto que característica de la actividad, con los servicios de naturaleza más elevada, como, por ejemplo, los de los directivos o médicos, que van acompañados en mayor medida de libertad de organización, iniciativa propia, así como de autonomía real[13].

En virtud del parágrafo 611a, apartado 1, inciso 5, del BGB, para la declaración de si existe contrato de trabajo, hay que realizar una valoración conjunta de todas las circunstancias. Se trata, consecuentemente, de una decisión casuística[14]. También la posibilidad de poder contratar a terceros para realizar la prestación sólo representa una de las varias señales, en el marco de la valoración conjunta a tener en cuenta, que abogan contra la existencia de relación laboral[15]. Si se prueba que en la realización objetiva de la relación contractual se trata de una relación laboral, no importa la denominación del contrato, según dispone el parágrafo 611a, apartado 1, inciso 6, del BGB.

El Tribunal Federal de Trabajo ha establecido por su parte, en una decisión fundamental, la relación entre sujeción a órdenes y ajenidad[16]. Esta sentencia pionera se conoce como la «decisión

[10] Al respecto, corresponde el poder de dirección a que se refiere el parágrafo 106, inciso 1, de la Ordenanza Industrial: «El empresario puede determinar los detalles del contenido, lugar y tiempo de la prestación laboral a su razonable discreción, supuesto que estas condiciones de trabajo no están establecidas en el contrato de trabajo, por las disposiciones de un acuerdo de empresa, de un convenio colectivo aplicable o por disposiciones legales».

[11] Se trata de una inversión de la definición de trabajo por cuenta propia que se encuentra en el parágrafo 84, apartado 1, inciso 2, del Código de Comercio: «Es trabajador autónomo quien puede organizar su actividad de manera esencialmente libre y puede determinar su tiempo de trabajo».

[12] *Cfr*. Preis, U. en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23ª ed., 2023, § 611a BGB, marg. 41.

[13] *Cfr*. Maties, M. en: *BeckOGK*, a fecha de 1.9.2023, § 611a BGB, marg. 126.

[14] *Cfr*. Schubert, C.: RdA 2018, 200, 203.

[15] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 27.6.2001, 5 AZR 561/99, NZA 2002, 742, 743.

[16] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 1.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552. En general, de acuerdo con Deinert, O.: AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Junker, A.: ZFA 2021, 502, 507; Martina, D.: NZA 2021, 616 y ss.; Waltermann, R.: NJW 2022, 1129 y ss.; Warter, J. y Gruber-Risak, M.: ArbuR 2021, 329, 334; Wenckebach, J.: ArbuR 2021, 1. Bastante crítico, *cfr*. Dombrowsky, A.: SAE 2021, 59, 65 y ss.; Fuhlrott, M.: ArbRAktuell 2021, 261; 263 y ss.; Häferer, K. y Koops, C.: NJW 2021, 1787, 1789 y ss.; Heckelmann, M.: NZA 2022, 73, 76 y ss.; Rech, A.: ZfA 2023, 279, 284 y ss.; Schubert, C.: NZA-Beilage 2022, 5, 9; Söller M.: NZA 2021, 997 y ss.; Thüsing, G. y Hütter-Brungs, G.: NZA-RR 2021, 231, 235; Vraetz, M.: ZTR 500, 502 y ss.; Wisskirchen, G. y Haupt, J.: RdA 2021, 355 y ss.

del *crowdworking*»[17]: el actor trabajaba como *crowdworker* para una plataforma *online*, que proponía, entre otras cosas, controlar la presentación de productos de mercado. En un período de once meses, diligenció casi 3.000 encargos y percibió, en concepto de gastos por su trabajo en promedio semanal de aproximadamente 20 horas, un pago mensual promediado de alrededor de 1.750 euros. En el acuerdo de base entre la plataforma online y el *crowdworker*, se dispuso que había que asignar el encargo al *crowdworker* con plena libertad, sin que existiese al respecto ninguna obligación. A la inversa, no existía para la plataforma *online* la obligación de ofrecer encargos. El contratista tenía derecho a realizar el encargo contratando sus propios colaboradores o haciendo partícipes a subcontratistas. El acuerdo podía extinguirse en cualquier momento por ambas partes. Las actividades de control requerían la instalación y utilización del propio software para teléfonos inteligentes usado por la empresa (App) y la utilización de una cuenta personal del sitio en Internet de la plataforma *online*. En las «condiciones generales de gestión y utilización» de la App, se disponía, entre otras cosas, que con la aceptación de un encargo se establecía la relación contractual entre el *crowdworker* y la plataforma *online*, no con los clientes de la plataforma *online*. La relación contractual no creaba ninguna relación laboral. Sólo podía instalarse una cuenta de usuario que no fuese transferible. Además, sólo podía utilizarse el propio teléfono móvil. La repartición de la cuenta de usuario y/o la manipulación del localizador GPS, que estaban protocolizadas a través de la App, representaban una fractura contractual y podían conducir al cierre de la cuenta de usuario. Tras la activación de la App, se mostraban al *crowdworker* posibles encargos en un radio de hasta 50 km, pudiendo también contratar en un radio más reducido, y tenía la opción de recibir posibles encargos sólo tras activar la App. Para las ofertas de encargos que aceptaba, el *crowdworker* recibía los datos de lugar y tiempo de la actividad, así como una descripción clara de las señas comerciales concretas para llevar a cabo el encargo a realizar. Junto a los datos del período de tiempo requerido, había un margen temporal para la realización del encargo, que ordinariamente ascendía a dos horas. Además de la retribución, el *crowdworker* percibía puntos de viaje en su cuenta de usuario, a través de los cuales podía asumir un mayor número de encargos.

El Tribunal Federal de Trabajo afirmó la existencia de una relación laboral[18]. Las nociones de sujeción a órdenes y ajenidad están ligadas recíprocamente de manera estrecha, y se entrecruzan parcialmente. Una actividad sujeta a órdenes, como regla general, es simultáneamente por cuenta ajena. El criterio de la ajenidad incluye, en especial, los diseños contractuales que se separan del tipo normal de contrato de trabajo, y se evidencia, en especial, con la inserción del trabajador en la organización laboral del empresario[19]. También las imposiciones objetivas, a través de una estructura organizativa lograda por el comitente, podían ser apropiadas para ordenar a los empleados los comportamientos deseados, sin que debieran expresarse concretas órdenes a ese respecto. Así, cabía sostener que existe relación laboral cuando el comitente está en posición de controlar decisivamente la forma y alcance de la ocupación, y de disponer a través de ello de seguridad en la planificación, como ocurre típicamente en los encargos de un trabajador. Al respecto, el comitente debe haber adoptado medidas organizativas, a través de las cuales se pongan continuamente encargos a disposición del trabajador —también cuando no se ordenen directamente, sino que se manejan indirectamente—, y haya que efectuarlos personalmente en un período de tiempo determinado, de acuerdo con indicaciones precisas. Esto también podría lograrse a través del sistema de estímulos de la plataforma[20].

Ciertamente, el Tribunal Federal de Trabajo negó la existencia de una relación laboral basada en el acuerdo base celebrado entre las partes, y habló igualmente de relación laboral por la realización objetiva de la relación de encargo en su totalidad, basada en la oferta y aceptación[21]. El Tribunal

[17] Así, por ejemplo, Gräf, S.: NZA 2021, 911, 916. Alternativamente: «Crowdworker-Entscheidung», Carmen Freyler, ZfA 2022, 533; Jakob Schneck, RdA 2022, 85.

[18] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 1.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 555 y ss. (margs. 26 y ss.).

[19] *Ibidem*, 555 y ss. (marg. 31).

[20] *Ibidem*, 556 y ss. (marg. 36).

[21] *Ibidem*, 558 (margs. 42 y ss.).

contempló al *crowdworker* de acuerdo con una valoración completa de todas las circunstancias del caso concreto, tanto en lo relativo a la sujeción a órdenes como a la ajenidad[22]. Tenía que realizar personalmente los encargos de control[23]. En el ejercicio de los pequeños encargos, sólo se indicaban escasas exigencias de cualificación[24]. Las condiciones de empleo unilateralmente prescritas sobre la App estaban así organizadas para que el respectivo usuario debiera aceptar regularmente encargos durante un período dilatado de tiempo, permitiendo la realización económica y útil de las actividades de control. La plataforma gobernaba la utilización por medio del corte y la combinación de encargos, de acuerdo con sus necesidades de ocupación, sin que fuesen necesarias instrucciones concretas. De ello se deriva la ajenidad de la actividad[25]. La ocupación duradera y continuada del *crowdworker* conducía a un encadenamiento de los concretos encargos en una relación laboral unitaria[26].

Por numerosos autores se concluye justamente, a causa de ello, que no se deriva del caso concreto ninguna clasificación general de los *crowdworker* como trabajadores[27]. Con la precisión de la característica objetiva de la ajenidad, que también puede darse sin sujeción a órdenes por medio de la inserción organizativa en un sistema de control y de estímulos, sería posible, sin embargo, la clara asunción de un contrato de trabajo en actividades sencillas.

### 2.3. Contrato de servicios

Por último, debe considerarse la relación jurídica como contrato de servicios a efectos del parágrafo 611 del BGB, pues el contrato de trabajo es un supuesto concreto de contrato de servicios[28]. Según el parágrafo 611, apartado 2, del BGB, pueden ser objeto del contrato de servicios los servicios de cualquier clase. Ante todo, hay que delimitar el contrato de obra a que se refiere el parágrafo 631 del BGB. Según el parágrafo 631, apartado 2, del BGB, el contrato de obra puede referirse tanto a la fabricación o modificación de una cosa como a un resultado a materializarse a través de otro trabajo o prestación de servicios. Mientras que en el contrato de servicios se debe sólo un esfuerzo objetivo correspondiente a la capacidad de obrar personal[29], el resultado debido en forma de un logro determinado es la característica decisiva del contrato de obra[30]. Por eso, puede hablarse de acuerdo sobre pago dependiente de un logro para la existencia de un contrato de obra[31].

Dado que los trabajadores de plataformas son retribuidos principalmente según el número de encargos realizados, hay que advertir que esto se parece mucho a un contrato de obra. Pero para la delimitación resulta decisivo si se debe un resultado laboral determinado o, en su caso, un logro laboral, o sólo una prestación determinada de servicios en cuanto tal. Esencialmente, lo que se plantea es en qué forma se ejercitan los poderes de dirección y en qué medida se inserta el receptor del

[22] *Ibidem*, marg. 45.
[23] *Ibidem*, marg. 46.
[24] *Ibidem*, marg. 47.
[25] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 1.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 558 y ss. (margs. 48 y ss.).
[26] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 1.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, 559 (margs. 52 y ss.).
[27] *Cfr*. sólo Benkert, D.: NJW-Spezial 2021, 306, 307; Deinert, O.: AP Nr. 132 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Fuhlrott, M.: ArbRAktuell 2021, 285 y ss.; Kressel, E.: DB 2021, 1671, 1679; Martina, D.: NZA 2021, 616, 618; Reiserer, K. y Lachmann, M.: BB 2021, 1972, 1976; Schwager, H. y Zöllner, A.: SAE 2021, 98, 108; Schwarze, M.: ZfS 2021, 566, 567.
[28] *Cfr*. Ulber, D. en: Deinert, O., Wenckebach, J. y Zwanziger, B.: *Arbeitsrecht*, 11ª ed., 2023, § 2 marg. 3. Respecto de la delimitación de prestaciones sobre la base de una relación de afiliación, *cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 25.4.2023, 9 AZR 253/22, NZA 2023, 1175.
[29] *Cfr*. Spinner, G. en: Münchener Kommentar zum BGB, 9ª ed. 2023, § 611a BGB margs. 14 y ss., con la indicación de que para los contratos de prestación de servicios de miembros de profesiones independientes, el estándar de desempeño subjetivo está relativizado por deberes típicos de cuidado.
[30] *Cfr*. Krauss, J. en: Personal-Lexikon, 40ª ed. 2023, Dienstvertrag – Abgrenzung zum Werkvertrag.
[31] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal] C[ivil] 16.7.2002, X ZR 27/01, NJW 2003, 3323, 3324.

encargo en un proceso organizado del lado del que lo encarga[32]. Por consiguiente, sólo puede ser parte del contrato de obra aquel que también tiene la correlativa libertad en la consecución del logro debido. Quien, en cambio, está sujeto a órdenes o actúa por cuenta ajena de otro modo, estará empleado en el marco de un contrato de trabajo. Con ello, la dependencia personal se mantiene como criterio decisivo de la laboralidad: La afirmación de que existe sujeción a órdenes o ajenidad excluye la existencia de un contrato de obra. Si igualmente se sostiene la dependencia personal en el caso del *crowdworker*, tampoco cabe que trabaje en el marco de un contrato de obra.

### 2.4. Conclusión intermedia

El Tribunal Federal de Trabajo con una decisión pionera ha puesto al día el concepto de trabajador del Derecho alemán del Trabajo. Ha concluido justamente que no sólo las personas sujetas a órdenes pueden ser personalmente dependientes, sino también las personas que actúan de otro modo por cuenta ajena. La ajenidad se puede probar con la inserción en una organización empresarial de otro. Para los trabajadores de plataformas, esto es posible especialmente por su sujeción a un sistema de control y de incentivos. La existencia del contrato de trabajo hay que valorarla en conexión con la ejecución contractual objetiva, de manera que hay que penetrar en las circunstancias reales del caso concreto. Por causa de ello, los trabajadores de plataformas pueden ser más bien clasificados ahora como trabajadores, como fue éste el caso enjuiciado por la decisión del T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo]. No obstante, existen todavía muchas constelaciones de casos, en los que la jurisprudencia rechaza la existencia de contrato de trabajo en el supuesto de los ocupados por plataformas.

## 3. CONCEPTO EUROPEO DE TRABAJADOR

Se plantea la cuestión de si, por causa del influjo del Derecho de la UE, podría lograrse una noción más amplia de trabajadores de plataformas.

### 3.1. El caso *Yodel* del TJUE

En el asunto enjuiciado en *Yodel*[33], el TJUE habría tenido que adoptar declaraciones fundamentales sobre el concepto europeo de trabajador. Se trataba aquí de un mensajero, que trabajaba, según su acuerdo de mensajería, como «contratista autónomo independiente». Al respecto, utilizaba su propio vehículo, así como su propio teléfono móvil. Teóricamente, el mensajero podía emplear subcontratistas o representantes, en relación con lo cual *Yodel* disponía, en caso de capacidades o cualificaciones defectuosas, de un derecho de veto. El mensajero también podía entregar paquetes para otros comitentes, incluso cuando se tratase de empresas competidoras. El tenor del contrato no establecía la obligación de *Yodel* de ejercitar los servicios de mensajero, sin que tampoco estuviese obligado el mensajero a la aceptación de encargos. Más bien, existía para él la posibilidad de establecer un contingente máximo. Con excepción del tramo de entregas entre las 7:30 y las 21:00, podía el mensajero decidir por sí mismo especialmente el momento de la entrega, el orden y la ruta. Se le pagaba de acuerdo con una tarifa establecida por paquete, que variaba en función del correspondiente lugar de entrega[34].

La decisión del TJUE no se refiere a cuestiones específicas de los trabajadores de plataformas. Se limita, más bien, a remitirse a jurisprudencia anterior del TJUE: El concepto de trabajador tiene un

[32] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 25.9.2013, referencia oficial 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, 1350.

[33] *Cfr*. T[ribunal de] J[usticia de la] U[nión] E[uropea] 22.4.2020, C-692/19 (B/Yodel Delivery Network Ltd), NZA 2021, 1246.

[34] Resumen de los hechos con apoyo en Maximilian Schmidt, NZA 2021, 1232 y ss.

significado jurídico europeo propio[35]. Su uso obliga a los tribunales nacionales a tener que demostrar si y en qué modo una persona natural desarrolla su actividad bajo las órdenes de otra. Su clasificación, en ese caso, debería apoyarse en criterios objetivos y realizar una valoración conjunta de todas las circunstancias dependientes del objeto litigioso, que afecten a la forma de las actividades en discusión y a la relación entre las partes en cuestión[36]. Dado que la relación laboral requería la existencia de una relación jerárquica entre trabajador y empresario, en cada caso concreto y dependiendo de todos los puntos de vista y de todas las circunstancias, debería probarse la existencia de dicha relación de subordinación, caracterizante de las relaciones entre los afectados[37]. La nota esencial de la relación laboral existe supuesto que durante un tiempo determinado se realicen prestaciones para otros, sujeto a sus órdenes, por las que percibe como contraprestación un pago[38]. La clasificación como «realizador autónomo de prestaciones» no excluye, según el Derecho nacional, que una persona sea clasificada como «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión, cuando su autonomía sólo fuese ficticia y, por ello, se encubra una relación laboral real[39]. Es importante a este respecto la actuación de acuerdo con las instrucciones de su empresario, especialmente si estaba afectada su libertad de elección del tiempo, lugar y contenido de su trabajo, y si durante la existencia de la relación laboral se insertaba en su empresa, y de ahí que se crease con él una unidad económica[40]. Constituían características de un prestador autónomo de servicios, en cambio, un ámbito de discrecionalidad mayor en relación con el modo del trabajo y funciones a realizar, con las modalidades de ejecución de estas funciones o, en su caso, de los trabajos, de los tiempos y lugares de trabajo, así como la contratación de personal propio[41].

Desde el punto de vista del TJUE, no parece que fuese ficticia la autonomía del mensajero y *a priori* que no existiese ninguna relación de subordinación entre él y su supuesto empresario[42]. El supuesto empresario podía controlar sólo de manera limitada la elección de un subcontratista o representante[43]. El mensajero también tenía el derecho absoluto de no aceptar las funciones a él encomendadas, y de realizar prestaciones de servicios iguales para terceros[44]. Finalmente, en la naturaleza de esta prestación de servicios, existe el dato de la entrega a realizar dentro de un margen de tiempo determinado[45].

El TJUE ha perdido, con esta decisión suya, la oportunidad de adoptar declaraciones fundamentales sobre el concepto de trabajador en la economía de plataformas[46]. A ello se oponía el que el TJUE no fuese ningún juzgador de hechos y que las solicitudes de las decisiones previas no contuviesen ningún extremo sobre circunstancias específicas de las plataformas[47]. En este sentido, el TJUE advierte que el examen de la sujeción a órdenes y la aplicación del concepto de trabajador obliga a los tribunales nacionales. Al respecto, es importante que la praxis vivida[48] se traiga a colación. Cuando la posibilidad de contratar a terceras personas, el rechazo de encargos o la actividad para otras

[35] *Cfr*. T[ribunal de] J[usticia de la] U[nión] E[uropea] 22.4.2020, C-692/19 (B/Yodel Delivery Network Ltd), NZA 2021, 1246, 1247 (marg. 26).
[36] *Ibidem*, marg. 27.
[37] *Ibidem*, marg. 28.
[38] *Ibidem*, marg. 29.
[39] *Ibidem*, marg. 30.
[40] *Ibidem*, marg. 31.
[41] *Ibidem*, marg. 32.
[42] *Ibidem*, marg. 43.
[43] *Ibidem*, marg. 39.
[44] *Ibidem*, marg. 40 y ss.
[45] *Ibidem*, marg. 42.
[46] *Cfr*. Gruber-Risak, M.: ArbuR 2020, 524, 526. A. A. Schmidt, NZA 2021, 1332, 1234 y ss.
[47] *Cfr*. Schmidt, M.: NZA 2021, 1332, 1234.
[48] *Cfr*. Gruber-Risak, M.: ArbuR 2020, 524, 527. Más contenida, Schubert, C.: NZA-Beilage 2022, 5, 9, que también se refiere a las condiciones reales.

empresas sólo se dan teóricamente, se encubre fácilmente por medio constelaciones de contratos semejantes el contenido real de la relación jurídica.

### 3.2. El proyecto de Directiva

Posiblemente, se comprende la contención del TJUE, teniendo en cuenta que no quería adoptar consideraciones específicas sobre plataformas en vista de las cuestiones prejudiciales planteadas, para no limitar el ámbito de actuación político[49]. Y es que la Comisión de la UE ha presentado el 9 diciembre 2021 un paquete de medidas sobre las actividades de las plataformas. De él, en especial, forma parte una propuesta de Directiva para la mejora de las condiciones laborales del trabajo en plataformas[50]. En el artículo 3, apartado 1 (que se corresponde con los considerandos 19 y 20), del Proyecto de Directiva, en relación con la laboralidad, se remite a la jurisprudencia del TJUE, así como a las disposiciones legales, contratos o convenios colectivos o a las costumbres de los Estados miembros. Sin embargo, de ello no se deriva ninguna mejora real de clarificación, como ha constatado BAYREUTHER agudamente, en relación con la regulación similar del artículo 1, apartado 2, en conexión con el considerando 8, de la Directiva de transparencia 2019/1152[51]: «Según ello, los empleados en plataformas *online* son trabajadores, cuando son trabajadores»[52]. En cambio, es más importante el artículo 3, apartado 2, del proyecto de Directiva. De acuerdo con él, se apoya la constatación de que existe relación laboral, ante todo, por las circunstancias que se relacionen con la prestación real de trabajo. En relación con ello, se tiene en cuenta el empleo de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas. Además, no es significativo en ese caso cómo se califica la relación en el acuerdo eventualmente celebrado entre las partes interesadas. Esto lo confirma la remisión del considerando 21 a la Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo de 2006, en virtud de la cual la determinación de la existencia de la relación laboral debe realizarse, ante todo, a la vista de los hechos que se refieren en conjunto al pago de la prestación laboral real, y no a la denominación de la relación efectuada por las partes[53]. Y es que precisamente la problematización ausente de la praxis real puede considerarse como el punto de gravedad central de la decisión *Yodel* del TJUE.

El artículo 4, apartado 1, del proyecto de Directiva plantea, con fundamento en el considerando 24, una presunción legal. De acuerdo con él, se considera relación laboral la relación contractual entre una plataforma digital, que controla el trabajo, y la persona que presta trabajo sobre esa plataforma. Según el artículo 4, apartado 2, del proyecto de Directiva, el control de la prestación laboral se basa en el cumplimiento por la plataforma, al menos, de dos de cinco puntos enumerados (declaración de pago simplificadamente formulada, reglas vinculantes sobre aspecto físico y conducta, vigilancia y comprobación de la calidad del trabajo, limitación efectiva de la libertad de organización laboral, así como limitación efectiva para la creación de una clientela fija o para el trabajo con terceros). Con ello, junto a la indicación tradicional de la subordinación jurídica, también se menciona la indicación moderna de que puede prescindirse de la sujeción a órdenes si son suficientes la dirección y control digitales de los empleados por la plataforma[54]. El artículo 5 del proyecto de Directiva regula la posibilidad de rebatir la presunción legal, en cuyo caso la carga de la prueba corresponde a la

[49] *Cfr*. Gruber-Risak, M.: ArbuR 2020, 524, 526.
[50] COM(2021) 762 final.
[51] Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.6.2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.
[52] *Cfr*. Bayreuther, F.: RdA 2020, 241, 245.
[53] *Cfr*. núm. 10 R 198 – Recomendación sobre la Relación de Trabajo, adoptada en la 95ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional, el 15.6.2006.
[54] *Cfr*. Krause, R.: NZA 2022, 521, 528.

plataforma digital[55]. Aquí se plantea justificadamente la cuestión de los referentes a aplicar[56]. Sería consecuente y digno de valorarse, si ello repercutiría en la definición del concepto de trabajador[57]. En este sentido, el proyecto de Directiva se queda a medio camino[58].

### 3.3. Relación con el concepto nacional de trabajador

Posiblemente, lo que aclara la falta de entusiasmo del proyecto de Directiva es la falta de competencia regulatoria de la Unión Europea, que puede apoyarse en este sentido en el artículo 153 del TFUE[59]. Además, un concepto europeo de trabajador más amplio no garantizaría que el mismo consiguiese ser aplicable al conjunto de Derechos nacionales del Trabajo. Esto lo acredita de modo convincente el Tribunal Federal de Trabajo en una decisión de 2017[60].

En el litigio, se trató la cuestión de si había que considerar trabajador a un miembro de la llamada «Hermandad-CRA». La Hermandad de la Cruz Roja Alemana está organizada con la forma jurídica de asociación registrada. Según los estatutos de la asociación, las personas pueden basar su afiliación en el ejercicio profesional, cuando tengan derecho a ejercer en el terreno del cuidado de la salud y de la enfermedad. Estos afiliados se obligan a poner a disposición de la hermandad toda su capacidad de trabajo. Su actividad se ejerce en la hermandad o, en el marco de contratos con terceros, en instituciones de atención de la salud y la enfermedad. Perciben, entre otras cosas, un pago mensual, cuyo cálculo se rige por los criterios usuales de la actividad respectiva, costes de viaje y de mudanza, la expectativa de un subsidio de descanso complementario, vacaciones, así como el pago continuado de la retribución, en caso de accidente o enfermedad que provoquen incapacidad laboral[61].

En el litigio, resultó decisivo si la cesión de asociados en el marco de los contratos con terceros estaba comprendida en la Directiva de cesión de trabajadores y, consecuentemente, si resultaba aplicable la Ley de cesión de trabajadores (AÜG)[62]. Y es que, según la jurisprudencia tradicional, los miembros de la Hermandad-CRA o, también, los de otras organizaciones similares[63], no son trabajadores a pesar de su dependencia personal. El Tribunal Federal de Trabajo vio el fundamento de los servicios prestados no en el contrato privado de servicios requerido para la laboralidad, sino en su ingreso en la asociación basado en la autonomía privada y en el deber vinculado a él de realizar la prestación de servicios con dependencia personal[64].

El TJUE decidió que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2008/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19.11.2008, sobre cesión de trabajadores, hay que interpretarlo en el sentido

[55] El Ministerio federal de Trabajo y Seguridad Social (BMAS) también quiere introducir una regulación sobre la carga de la prueba a favor de los empleados en plataformas: «Si el trabajador de la plataforma presenta indicios de la existencia de una relación laboral con el operador de una plataforma, la carga de la prueba de la inexistencia de la relación laboral (como la condición de trabajador) recae en el operador de la plataforma». Ministerio federal de Trabajo y Seguridad Social, *Eckpunkte des BMAS: Faire Arbeit in der Plattformökonomie*, 27.11.2020, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-faire-plattformarbeit.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última consulta: 16.11.2023), pág. 4.

[56] *Cfr*. Junker, A.: EuZA 2022, 141.

[57] *Cfr*. Wank, R.: EuZW 2023, 747, 755.

[58] *Cfr*. Krause, R.: NZA 2022, 521, 528. En la dirección opuesta, en cambio, va la crítica de Fuhlrott, M.: ArbRAktuell 2022, 191 y ss.; Lelley, J. T. y Bruck, J.M.: RdA 2023, 257 y ss.; Stöhr,A.: EuZA 2022, 413 y ss.

[59] A ello se refiere Waas, B.: ZRP 2022, 105, 107.

[60] T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 21.2.2017, referencia oficial 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662.

[61] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 17.3.2015, referencia oficial 1 ABR 62/12 (A), EzA § 1 AÜG Nr. 19 (marg. 3).

[62] *Cfr*. Ley de cesión de trabajadores, en su versión publicada el 3.2.1995, B[oletín] O[ficial] F[ederal], parte I, pág. 158, últimamente modificada por Ley de 28.6.2023, B[oletín] O[ficial] F[ederal], parte I, núm. 172.

[63] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 7.2.1990, referencia oficial 5 AZR 84/89, NJW 1990, 2082.

[64] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 17.3.2015, referencia oficial 1 ABR 62/12 (A), EzA § 1 AÜG Nr. 19 (marg. 12).

de que, en el supuesto de una asociación que no persigue ninguna actividad empresarial, la retribución derivada de la cesión de un afiliado a una empresa cesionaria, en la que el afiliado realiza prestaciones laborales profesionales y percibe por ellas un pago, queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, supuesto que el afiliado esté protegido con base en esta prestación laboral en el Estado miembro afectado, lo que era cosa a probar por el tribunal instante. Esto también se aplicaba cuando el afiliado no fuese trabajador según el Derecho nacional, porque no hubiese celebrado ningún contrato de trabajo con la asociación[65].

Consecuentemente, el Tribunal Federal de Trabajo decidió que en el caso de la Hermandad-CRA se trataba de enjuiciar, de conformidad con el Derecho de la Unión, la cesión de trabajadores a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1, inciso 1, de la AÜG[66]. Simultáneamente, pero con claridad, el Tribunal puso de relieve que mantenía, por principio, su jurisprudencia anterior sobre el concepto de trabajador[67]. Esto condujo a la falta de integración del concepto europeo de trabajador en el del Derecho del Trabajo alemán[68] —una consecuencia jurídica que no puede considerarse deseable. No obstante, pone en claro que la noción ampliada de trabajador del Derecho de la Unión Europea sólo debería poder resultar imperativamente aplicable en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión Europea.

## 4. CONCLUSIÓN

A los trabajadores de plataformas sólo les cubre la protección total del Derecho del Trabajo cuando su relación jurídica se caracterice como un contrato de trabajo. En relación con ello, el Tribunal Federal de Trabajo ha dictado una decisión pionera, en la que precisó la característica de la ajenidad en el marco de la dependencia personal: También sin sujeción a órdenes, pueden los empleados poseer ajenidad, especialmente a través de su inserción en el sistema de control y de incentivos de la plataforma *online*. En ese caso, resulta decisiva la valoración de todas las circunstancias del caso concreto y la ejecución contractual real, y no, en cambio, los acuerdos formales de las partes contratantes. De este modo, puede confirmarse en el caso concreto como relación laboral la actividad en plataformas.

El TJUE ha desaprovechado en su decisión *Yodel* la oportunidad de desarrollar el concepto de trabajador en el mundo laboral moderno y digital. La decisión repasa la jurisprudencia actual y se limita a una valoración de las reglas contractuales, sin indagar en ese caso en la ejecución real del contrato. En este sentido, es más comprensivo el proyecto de Directiva para la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. En él, se remarca la importancia de la prestación laboral real. Además, el proyecto de Directiva contiene una presunción legal de laboralidad, cuando se cumpla en aspectos determinados el control de la prestación laboral. Con él, se traza un tránsito escrito desde la noción tradicional de subordinación jurídica a la noción moderna de tomar en consideración la dirección y control digitales. Sería deseable que no sólo se produjese la inversión de la carga de probar, sino más bien que se lograse una definición moderna de la laboralidad.

Por último, existe igualmente un problema competencial: El concepto europeo de trabajador es sólo imperativo para el Derecho del Trabajo nacional, en la medida en que resulten suficientes los poderes regulatorios de la Unión Europea. En este sentido, el Tribunal Federal de Trabajo ha sostenido en una decisión crítica a tener en cuenta que pueden contradecirse las nociones europea

[65] *Cfr*. T[ribunal de] J[usticia de la] U[nión] E[uropea] 17.11.2016, C-216/15 (Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/ Ruhrlandklinik gGmbH), NZA 2017, 41.

[66] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 21.2.2017, referencia oficial 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662, 664 (marg. 25).

[67] *Cfr*. T[ribunal] F[ederal de] T[rabajo] 21.2.2017, referencia oficial 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662, 665 (marg. 26).

[68] *Cfr*. Preis, U. en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23ª ed., 2023, § 611a BGB margs. 18 y 148.

y alemana de trabajador. La cuestión competencial también pudo haber jugado un papel importante en la elaboración del proyecto de Directiva. Junto a los preceptos expresados, el proyecto también contiene reglas que deben ser aplicables a los trabajadores autónomos de las plataformas. Queda por valorar si con este camino puede lograrse realmente la necesaria protección de los trabajadores de las plataformas.

Laborum

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

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho

# The Legal Organization of Capitalism (Part I): Economic Constitution and Social Rule of Law

José Luis Monereo Pérez *Catedrático 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

Cita Sugerida: 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): 279-333.

**Resumen**

Es lo cierto que el Derecho, más allá de la norma jurídica, se inserta en el sistema social y se comprende en relación a la sociedad, a su historia y a sus contradicciones. En el fondo, el estudio de la naturaleza y función del Derecho no puede ser realizado en abstracto, sino atendiendo a las organizaciones sociales concretas, para poner en el centro de la indagación el análisis de los vínculos institucionales existentes en la relación Estado-sociedad, y a través de ello la determinación de las instituciones jurídicas.

El que se ocupa del Derecho privado, como Derecho regulador de los procesos económicos, percibe fácilmente que las técnicas y el contenido de las instituciones jurídicas se transforman al producirse cambios en los sistemas económicos y las formas de organización de la producción. En realidad, la sociedad no puede reducirse a términos económicos y jurídicos aislados, sino que la anatomía de la sociedad ha de verse en la articulación compleja de la economía y del Derecho que forma y conforma las relaciones económicas y sociales. Se ha tratado de establecer un análisis la "sociedad jurídica" del capitalismo, realizada desde un punto de vista interdisciplinar (no se puede entender el Derecho si no se tiene en cuenta la forma de la economía), y con el objetivo explícito de estudiar el régimen capitalista en sus instituciones y en sus reglas[1]. Se tratar de mostrar las bases constitutivas y el funcionamiento jurídico de la economía y, en general, de la sociedad capitalista

**Abstract**

It is certain that the Law, beyond the legal norm, is inserted in the social system and is understood in relation to society, its history and its contradictions. Basically, the study of the nature and function of Law cannot be carried out in the abstract, but by attending to concrete social organizations, in order to place at the center of the inquiry the analysis of the institutional links existing in the State-society relationship, and through it the determination of legal institutions.

Those who deal with private law, as a law regulating economic processes, easily perceive that the techniques and content of legal institutions are transformed by changes in economic systems and forms of organization of production. In reality, society cannot be reduced to isolated economic and legal terms, but the anatomy of society has to be seen in the complex articulation of the economy and the law that forms and shapes economic and social relations. An attempt has been made to establish an analysis of the "juridical society" of capitalism, carried out from an interdisciplinary point of view (Law cannot be understood if the form of the economy is not taken into account), and with the explicit aim of studying the capitalist regime in its institutions and rules. The aim is to show the constitutive bases and the legal functioning of the economy and, in general, of capitalist society.

**Palabras clave**

Capitalismo moderno; Capitalismo organizado; Capitalismo de Estado; Estado Social de Derecho; Estado de Mercado; Constitución económica; Constitución social; Derecho de la Economía; Derecho Social; Instituciones jurídicas

**Keywords**

Modern Capitalism; Organized Capitalism; State Capitalism; Social State of Law; State of MerConstitution; Economic Constitution; Social Constitution; Economic Law; Social Law; Legal Institutions

[1] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 5.

> *"Ante todo, el Derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva. Ahora bien: vivir es moverse y transformarse. Para el Derecho es más aún; es luchar contra el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social. De esta manera solamente, el Derecho puede seguir siendo director del movimiento que debe incesantemente dirigir.*
>
> Francisco Gény[2]

> *«La participación por primera vez del Derecho en la angustia histórica podría ser una característica de nuestro tiempo. El Derecho era hasta entonces un dispensador de certezas y estaba lleno de certidumbre él mismo, columna de mármol y tabla de bronce».*
>
> Jean Carbonnier[3]

Este ensayo pretende realizar una reflexión sobre las estrechas relaciones entre los cambios sociales y los modelos jurídicos de regulación del capitalismo. Téngase en cuenta que el capitalismo es un sistema económico-cultural, organizado económicamente en base a la institución de la propiedad y la producción de mercancías, y fundado culturalmente en el hecho de que las relaciones de intercambio, las de compra y venta, han invadido la mayor parte de la sociedad, en un proceso expansivo de amplia mercantilización de todas las cosas. El desarrollo histórico del capitalismo ha implicado (e implica todavía) una tendencia a la mercantilización de los procesos sociales (tendencia a la "mercantilización" generalizada de todas las cosas), incluso de aquellos que antes habían sido realizados a través de medios distintos al «mercado»[4]. El capitalismo es un tipo de sociedad histórica; no un simple modo de producción. Es una estructura compleja que define a la sociedad occidental, y que comprende un sistema legal, una determinada organización política, un sistema económico (un modo de producción y de satisfacción de necesidades) y asimismo una estructura tecnológica y científica. Es una civilización[5], donde el aparato del poder, potencia que atraviesa e inviste todas

[2] Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 526-527.

[3] Carbonnier, J.: *El Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1974, págs. 140-141.

[4] Para esta conceptualización más compleja –y menos economicista– del capitalismo moderno, véase Bell, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), Madrid, Alianza, 1994, pág. 27; Wallerstein, I.: The Modern World-system, Nueva York, Academic Press, 1974 (El moderno sistema mundial I, Madrid, Siglo XXI, 1979; Wallerstein, I.: *El moderno sistema mundial II*, Madrid, Siglo XXI, 1983); Wallerstein, I.: *El capitalismo histórico*, Madrid, Siglo XXI, 1983, passim. Se puede describir el capitalismo como una sociedad estratificada en la que la acumulación de riqueza cumple dos funciones: el logro de prestigio, con su carga de necesidades emocionales y sexuales inconscientes, y la expresión del poder, con su propia constelación de requisitos y orígenes inconscientes. Véase Heilbroner, R. L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, Península, 1990, pág. 45. De gran interés es la aportación de Arrighi, G.: *El largo siglo XX. Dinero y poder en los orígenes de nuestra época*, Madrid, Akal, 1999, espec., Capítulos 1 y IV, págs. 42 y sigs., y 288 y sigs. En esta obra se reconstruye los cambios esenciales que han jalonado la relación entre la acumulación de capital y la formación del Estado a lo largo de un período de setecientos años. Sintetiza la teoría social, historia comparativa y narración histórica en este análisis de las estructuras y de los protagonistas que han conformado el curso de la historia mundial durante el último milenio. Arrighi sostiene que la historia del capitalismo ha operado mediante una sucesión de «siglos largos»; épocas durante las cuales una potencia hegemónica ha desplegado una combinación novedosa de redes económicas y políticas que han asegurado el control sobre un espacio económico mundial en continuo proceso de expansión. Analiza los factores determinantes del desarrollo histórico, los poderes en presencia en cada momento histórico, y, en la coyuntura más reciente, las fuerzas que están erosionando la posición hegemónica de los Estados Unidos, y la crisis sistémica de carácter geopolítico.

[5] Se ha señalado que el capitalismo moderno es un vasto complejo de instituciones interrelacionadas, que se basan en la práctica económica racional, más que en la especulativa. Comprende, particularmente, en un plano descriptivo, empresas que se basan en una inversión de capitales a largo plazo; en una oferta voluntaria de trabajo, en el sentido jurídico de la palabra; en una división planificada del trabajo en el interior de las empresas; en una distribución de las funciones de producción entre una y otras, mediante el funcionamiento de una economía de mercado. Sólo bajo

las estructuras fundamentales, es mucho más que el Estado[6]; pero éste se constituye en su principal valedor. Todo ello puede ser útil para realzar la dimensión global, y no meramente sectorial, del análisis crítico del jurista, sobre las bases constitutivas del capitalismo moderno. Lo cual supone un alejamiento del modo de pensar propio del racionalismo formalista.

Es lo cierto que el Derecho, más allá de la norma jurídica, se inserta en el sistema social y se comprende en relación a la sociedad, a su historia y a sus contradicciones[7]. En el fondo, el estudio de la naturaleza y función del Derecho no puede ser realizado en abstracto, sino atendiendo a las organizaciones sociales concretas, para poner en el centro de la indagación el análisis de los vínculos institucionales existentes en la relación Estado-sociedad, y a través de ello la determinación de las instituciones jurídicas.

El que se ocupa del Derecho privado, como Derecho regulador de los procesos económicos, percibe fácilmente que las técnicas y el contenido de las instituciones jurídicas se transforman al producirse cambios en los sistemas económicos y las formas de organización de la producción. En realidad, la sociedad no puede reducirse a términos económicos y jurídicos aislados, sino que la anatomía de la sociedad ha de verse en la articulación compleja de la economía y del Derecho que forma y conforma las relaciones económicas y sociales[8]. Se ha tratado de establecer un análisis la

el capitalismo se encuentra la forma legal de la sociedad anónima; bolsas de comercio y valores, organizadas para negociar en mercancías y acciones; crédito público en forma de bonos del gobierno; organización de empresas destinadas a la producción y no meramente al comercio de bienes. Todo ello, y más, integra una organización racional de tipo capitalista. Cfr. 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, y Bendix, R.: *Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 1979. Para los fundamentos históricos constitutivos del capitalismo, es indispensable la consulta de la obra monumental de Braudel, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, 3 vols.8, Madrid, Alianza Editorial, Madrid, 1984. Es clásica también la concepción del capitalismo como civilización de Toynbee, A. J.: *Estudio de la Historia*, Compendio, en 2 vols., Buenos Aires-Barcelona, Emecé Editores, 1ª ed., 1952; Sombart, W.: El apogeo del capitalismo, 2 Tomos, 1ª edición en alemán 1902, México D.F., 1946; Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios (1904),* trad. Carlos Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009; Polanyi, K.: *La Gran Transformación* (1944), Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989; Shonfield*, A.: El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado*, 1ª ed., en inglés 1965, México D.F., 1967; Maddison, A.: *Historia del desarrollo capitalista. Una visión comparada a largo plazo*, Barcelona, Ariel, 1991; Altvater, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, 1 ª ed., en alemán, 2011, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL)*,,* Estudio preliminar a Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; 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. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; Streeck, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, 1ª ed. En alemán 2013, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2016; Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021)*,* Buenos Aires, Katz Editores, 2023.

[6] Véase Braudel, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, vol. 2, Los juegos del intercambio, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pág. 483.

[7] Véase Lipari, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegido de España, 1980, pág. 681.

[8] Significativamente nos dirá George Ripert que toda revolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica, si no quiere que sea una vana perturbación política. Cfr. Ripert, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno (1946), "*La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL)*,* Estudio preliminar a Ripert,G.: "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág. 2. 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. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525. La (auto)crítica del liberalismo desde el liberalismo social

"sociedad jurídica" del capitalismo, realizada desde un punto de vista interdisciplinar (no se puede entender el Derecho si no se tiene en cuenta la forma de la economía), y con el objetivo explícito de estudiar el régimen capitalista en sus instituciones y en sus reglas[9]. Se tratar de mostrar las bases constitutivas y el funcionamiento jurídico de la economía y, en general, de la sociedad capitalista.

No es difícil constatar que la instauración del nuevo orden jurídico que reflejan los códigos de Derecho privado del siglo XIX, es la expresión del ascenso de la burguesía triunfante frente al sistema de privilegio jurídico-político del antiguo régimen[10]. El programa liberal allí cristalizado recogía la aspiración inicial de la burguesía de separación de la sociedad civil y la sociedad política[11], como consecuencia de la evolución de las mentalidades y de los procesos económico-sociales en curso. De manera que la historia del Derecho deviene en historia de las «instituciones» jurídicas. Esa separación entre Estado y sociedad era elevada a una de las condiciones constitutivas de la sociedad civil dominada por la burguesía. Éste era uno de los elementos de la constitución jurídica de la sociedad liberal individualista. En realidad, el sistema capitalista necesita un conjunto de instituciones y reglas que permitan reunir y emplear los capitales, que aseguren a su posesión la preponderancia en la vida económica e incluso en la política y que den a la producción y a la repartición en el primer lugar en el espíritu de los hombres[12]. Ciertamente, el capitalismo no podría haberse desarrollado plenamente si el legislador no le hubiese dado o permitido tomar los medios propios a la concentración y explotación de los capitales. El derecho común no le bastaba. El capitalismo ha creado su Derecho[13]. En este sentido el Derecho de capitalismo ha tratado de encontrar en cada momento las reglas jurídicas necesarias

la encontramos con una coherencia asombrosa en Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* edición crítica y estudio preliminar, a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.

[9] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 5.

[10] Véase Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., págs. 10 y sigs., y la bibliografía citada infra. Importante Paolo Grossi ha señalado que lo que verdaderamente importa es el clima histórico, la ideología política y la cultura jurídica dominantes, de las que el Código es traducción en el terreno normativo y que lo convierten en un instrumento de un riguroso absolutismo jurídico. En conjunto, el Código es una operación ideológica y cultural notablemente compacta, y bastaría para confirmarlo el poner de relieve el territorio de donde parte la operación, el derecho civil plasmado en costumbres seculares y para ellas reservado. El Código, como resultado de una monopolización de la producción jurídica por parte del poder político, es instrumento de un Estado monoclase; es el instrumento de un Estado centralista que se expresa en una lengua nacional, culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular. El Código queda colocado en su dimensión autoritaria. No sólo por sus contenidos, sino porque el sustancial autoritarismo que está en la exigencia centralista del Estado monoclase, en su consiguiente panlegalismo, en la mitificación del legislador que parece casi un dios fulminador en su Olimpo, omnipresente y omnipotente, en la mitificación del momento de producción del Derecho como momento de revelación de la voluntad del legislador. Y ese autoritarismo intensifica la falta de comunicación entre el Código y la sociedad civil, ya que, respecto al cambio socio-económico incesante, el Código queda inevitablemente como texto impreso cada vez más envejecido y más ajeno a la realidad viva. La legolatría ilustrada inmoviliza el Derecho en su momento de producción; el procedimiento productivo se agota con la revelación de una voluntad suprema, resultándole extraño el momento interpretativo-aplicativo. De cara al futuro los "códigos" que puedan elaborarse no tendrán ni podrán tener el valor del "Code civil" y de los grandes Códigos del siglo XIX, que eran expresión constitucional del Estado monopolizador, fuente de fuentes por ser emanación de la única potestad monopoiética, el Parlamento, fuente formalmente condicionante de todos los órganos aplicadores en su ingenua pretensión de ofrecer un sistema normativo tendencialmente exhaustivo y clausurado. Por lo demás, debe abandonarse la desconfianza ilustrada hacia la sociedad civil y promover un auténtico pluralismo jurídico con los particulares como protagonistas activos de la organización jurídica así como lo son de las transformaciones sociales sucesivas. Cfr. Grossi, P.: *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 67-93.

[11] Respecto a la separación entre el «mundo» civil de los propietarios y el «mundo» del poder político, véase Rodotá, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 97 y sigs.

[12] Cfr. Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 13.

[13] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 15.

para garantizar el más adecuado funcionamiento de la empresas capitalista. Mostrando siempre una extraordinaria capacidad de adaptación y respuesta a los transformaciones en curso[14].

El estudio de las instituciones jurídicas del capitalismo moderno, no se puede realizar desde la pretendida pureza metódica, sino que ha de partir del entendimiento de la ciencia del Derecho como ciencia de la sociedad. Es así como se puede arrojar nueva luz sobre las instituciones fundamentales del Derecho privado: propiedad, empresa, contrato, responsabilidad. Instituciones esenciales de regulación de los procesos económicos. El sistema de Derecho privado, y los institutos jurídicos que lo integran, derivan de una complejísima relación de mediaciones entre distintas fuerzas históricas que se manifiestan en la sociedad moderna. Esos institutos jurídicos han sido, y en lo sustancial, continúan siendo, los pilares principales del capitalismo: del orden liberal e individualista y del orden social intervencionista.

El contexto actual de la globalización de la economía está suponiendo un replanteamiento de los mecanismos de regulación del capitalismo. Hay que tener en cuenta que una economía global es una realidad nueva para la historia, distinta de una economía mundial. Una economía mundial, es decir, una economía en la que la acumulación de capital ocurre en todo el mundo, ha existido en el mundo occidental al menos desde el siglo XVI[15]. La globalización es un fenómeno más complejo. El capitalismo global se caracteriza porque las actividades estratégicas de base, y entre ellas la innovación y la gestión financiera, se realizan a escala planetaria en tiempo real.

No es un problema de mera gestión del capitalismo, sino también de calidad de la democracia. En efecto, en la actual fase de la globalización no existen mecanismos de control democrático de los procesos económicos por parte de los ciudadanos, donde las fuerzas económicas de nuestro tiempo actúan sin límites explícitos, deteriorando la cohesión social. De tal modo, que el mercado «libre» de regulación estatal heterónoma y la democracia acaban disociándose, ya que el sistema democrático reclama la predisposición de instrumentos de regulación específica que establezcan un equilibrio entre la eficiencia económica y la garantía de los derechos fundamentales.

## 1. LA JURIDIFICACIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO

### 1.1. Perspectiva de conjunto

Existe una íntima relación entre el sistema jurídico y el sistema económico. Esto explica que tanto del lado de la doctrina jurídica como del lado de la doctrina económica se preste una especial atención al sistema institucional y jurídico en el que la economía se inserta[16]. No es otro el punto de partida de la investigación desplegada aquí.

[14] Se ha insistido sobre esa dinamicidad del capitalismo como rasgo constitutivo, indicando que «el capitalismo es esencialmente un proceso de cambios económicos [...]. Sin innovaciones no hay empresarios; sin las obras de los empresarios hay beneficios capitalistas y, por lo tanto, no hay propulsión capitalista. La atmósfera de las revoluciones industriales —la atmósfera del 'progreso'— es la única en que el capitalismo puede sobrevivir […]. El capitalismo estabilizado es una contradicción». Cfr. Schumpeter, J.A.: *Business Cycles*, 2 vols., New York, McGraw-Hill, 1939.

[15] Los estudios fundamentales de Ferdinand Braudel o Inmanuel Wallerstein ofrecen prueba y puntos de contraste al respecto. Véanse las obras supracitadas y también Castells, M.: *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Madrid, Alianza, 3 vols., 1997-1998; Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997; Sassen, S.: *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires-Madrid, Katz, 2007; Zolo, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Península, 2000; Teubner, G., Sassen, S. y Krasner, S.: *Estado, soberanía y globalización, Presentación*, D. Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Unidad Javaveriana-Instituto Pensar, 2010.

[16] Y ello se ha hecho desde distintas escuelas de pensamiento económico (escuelas regulacionistas e institucionalistas; análisis económico del Derecho; economía del Derecho; pensamiento liberal social institucionista; Aglietta, Boyer,

La intensa, y constante, juridificación de los procesos económicos incide tanto en el dominio del Derecho público (por las vías propias del intervencionismo legislativo y reglamentario) como en el del Derecho privado (a través de las normas de ordenación de la autonomía privada y del Derecho autónomo negocial o convencional). Cada vez más el Derecho público de la economía (parte integrante del más amplio «Derecho de la economía») se asienta en el entendimiento de que no existe un orden económico natural según se pensaba desde el pensamiento liberal, cuyo exponente más importante y significativo fue Adam Smith[17], que elevó las instituciones de la economía capitalista y el Derecho patrimonial a la categoría de un «orden natural».

Las relaciones entre el Derecho y la economía no son propiamente «externas». No existe una ciencia económica como ciencia del «ser» y una ciencia jurídica como ciencia del «deber ser» correspondientes a dos mundos enteramente separados[18]. En verdad, Derecho y economía, como ámbitos de un mismo sistema social mantienen una relación históricamente mediada, y por ello mismo cambiante.

En el capitalismo avanzado —que pretende ser un capitalismo organizado— el Derecho ha de configurar el sistema económico. El funcionamiento eficiente del sistema económico exige un marco institucional, en el cual se mueven las fuerzas económicas. Instituciones públicas a las que los teóricos de la economía suelen llamar «metamercado»[19]. En realidad, el Derecho es un instrumento fundamental de la organización de la sociedad y de su sistema económico, y, asimismo, de solución de los conflictos que se suscitan en su seno, conforme a los valores esenciales que informan al orden jurídico-político establecido. Por otra parte, en el capitalismo avanzado el modelo de juridificación dominante determina que los procesos económicos se presentan propiamente como procesos jurídicos. Efectivamente, en el modelo de juridificación actual el intercambio de bienes y el capitalismo competitivo se configuran atendiendo a las categorías jurídicas de la autonomía privada y de constitución económica de la economía de mercado. De manera que a dichas categorías se atribuye una relativa autonomía respecto a su base empírica, lo que dificulta la percepción de las condiciones sociales subyacentes. La institución de la autonomía privada y su envoltura formal (el libre acuerdo y la posibilidad de alcanzarlo), permite abstraerse de un elemento esencial en ella: la relación inmediata con la producción de mercancías y el intercambio de las mismas[20]. Todo lo

Coriat, Lipietz; Polanyi, Piore y Sabel; Hayek, Friedmann; Santini; Chandler; Posner, Coase, Williamson) y, en general, desde distintas direcciones del pensamiento jurídico anti-formalista.

[17] La Riqueza de las Naciones (1776). Cfr. Smith, A.: *La riqueza de las naciones*, 3 vols, Barcelona, Folio, 1996.

[18] Desde un planteamiento interdisciplinar estas relaciones fueron estudiadas por K. Marx, en su monumental obra El capital, en OME-40 Obras de Marx y Engels, trad. M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976, y desde una perspectiva crítica neokantiana de crítica del materialismo histórico –que mostraba una cierta incomprensión por desconocimiento de las aportaciones de Marx– por R. Stammler, en 1896 (Stammler, R.: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, trad. de la 4.ª ed., por W. Roces, Madrid, Reus, 1929).

[19] Esto ha sido advertido desde distintos puntos de vista. Así, desde el Análisis Económico del Derecho, se ha afirmado que si se desea la promoción de la riqueza de las naciones, es necesaria la juridificación de las leyes económicas, estableciendo el marco institucional (de libertad o sujeción) en el que las relaciones económicas deben moverse. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, Administración, fuerzas de orden público, sistema de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores riqueza; ya que sin Estado, no hay mercado. Cfr. Ariño, G.: *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 1999, pág.5.

[20] Sobre esa presentación de los procesos económicos como procesos jurídicos, véase la anticipación de Mückenberger, U.: «La legitimación a través de la negación de la realidad», en Barcellona, Hart y Mückenberger.: *La formación del jurista. Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1983, págs.85 y sigs. No debe olvidarse el papel que el la cultura jurídica y en la juridificación de los procesos económicos y sociales tiene la doctrina jurídica, puesto que el ordenamiento jurídico no avanza exclusivamente por impulso de los poderes legislativos y la acción extralegislativa (o, en otras palabras, extraestatal) de los grupos económicos y sociales (derecho económico de autorregulación; derecho social de autorregulación), sino que en todo ello tiene un papel fundamental los juristas, cuya papel, a menudo, pasa desapercibido o cuando no en un segundo plano. Las reflexiones clásicas sobre el

cual facilita que el derecho de contratos eleve las categorías de la ciencia económica a categorías

"*derecho de los juristas*" advirtieron ya sobre los límites de las ilusiones del formalismo legalista. Puede consultarse, paradigmáticamente, Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico,* trad. Ernesto Garzón Valdés, Presentación de L. García San Miguel, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Capítulos VI ("Derecho de los juristas…") y VII ("Derecho de los juristas. Continuación…"), págs. 127 y sigs., y 161 y sigs.

De hecho los juristas –en el ejercicio de "su oficio"– han tenido siempre un papel importante en la vida jurídica y en la política legislativa, no limitándose a la labor "científica" doctrinal, ni a la simple aplicación e interpretación mecanicista o instrumentalista del Derecho vigente. Ese papel quedó realzado con los mismos debates sobre la Codificación del Derecho Privado. Desde las posiciones de la Escuela Histórica clásica la cima la encontramos en Savigny. Véase, Savigny, F.De.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho,* trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Savigny y la nostalgia de la Jurisprudencia como ciencia hegemónica", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008. Savigny, F.De.: *Sistema de Derecho Romano Actual,* traducción por Jacinto Messía y Manuel Poley, revisión, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Savigny, F.De.: *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano,* edición y estudio preliminar, "Ciencia del Derecho en Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Tribaut-Savigny: *La codificación. Una controversia programática,* Introducción y selección de textos de J. Stern, trad. J.Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970.

Pero la reacción vino al tiempo desde dentro de la Escuela Histórica. Así, Ihering maduro reaccionó contra el "culto de la lógica" que quiere transformar la jurisprudencia en una matermática del Derecho. cfr. Ihering, R.von.: *El Fin en el Derecho,* trad. de Diego Abad de Santillán, edición crítica íntegra en su solo volumen y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); Ihering, R.von.: *El Espíritu del Derecho Romano,* versión española de Enrique Príncipe y Satorres, edición crítica íntegra en un solo volumen y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); Ihering, R.von.: *La lucha por el Derecho,* trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; Gierke, O.v: *La función social del Derecho Privado y otros estudios,* traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015; Gierke, O.v.: *La raíces del contrato de servicios,* traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982. A Gierke le seguiría su discípulo Sinzheimer, H.: *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht* (1922), en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie; gesammelte Aufsätze und Reden,* Vol.I, Frankfurt, 1976. Sinzheimer,H.: *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden.* Editado por Otto Kakn-Freund y Thilo Ramm, con una Introducción de Otto Kahn-Freund, 2 vols., Frankfurt a. M-Köln, 1976.

La dirección issocialista y realista normativa sería decisiva con la aportación de Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. Monereo Pérez, J.L.: "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX,* Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494; Menger, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista),* edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. También desde las direcciones iusrealistas más avanzadas ya entre las dos guerras mundiales, Ehrlich,E.: *Die juristische logik",* Tübigen, 1918, págs.299 y sigs.; Heck, PH.: *El problema de la creación del Derecho*", edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1999; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp.XVII-LXXV) a Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; Monereo Pérez, J.L.: *La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social,* en Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII; Clemente De Diego, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016; Holmes, O.W.: *The Common Law,* edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020. Más adelante, Simitis, S.: "Die bedetung von system und dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen problemen des massenverkehrs", en *ACP* 172 (1972), pág.132, y un largo etcétera.

eminentemente jurídicas, reduciendo el espacio de mediación político-jurídica del Derecho, el cual se orientaría preferentemente a sancionar jurídicamente la posición de los poderes económicos. Es éste el sentido de la juridificación de los intercambios económicos en la doctrina liberal del contrato. Tras la hipervaloración de la autonomía de las categorías jurídicas y de la pretensión de que el Derecho determina las formas a las cuales se atiene y adaptan las instituciones económicas se oculta un dato más complejo, consistente en el carácter mutuamente dependiente de la forma jurídica y la forma económica. Esta constatación contradice la pretensión muy extendida en la doctrina jurídica de que los conceptos jurídicos tengan una vida enteramente autónoma respecto a los procesos económicos que formalizan.

El capitalismo exigió un orden jurídico específico (como, en general, lo requiere cada sistema económico-social); exigió su propia «sociedad jurídica»[21]. El Estado liberal requería un modelo de regulación no intervencionista. Manifestada la crisis del modelo liberal, emerge el Derecho económico o Derecho de la economía, que como Derecho de ordenación económico se sitúa, como ha sido advertido, «entre el derecho mercantil (derecho de los negocios, «corporate law») y el derecho administrativo (derecho público, constitucional y administrativo, que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía)»[22].

Con todo, el derecho económico puede ser definido como el conjunto de normas y medidas de Derecho público y Derecho privado con las cuales el poder público repercute en las relaciones económicas entre los sujetos y entre éstos y aquél[23]. Sin embargo, el Derecho económico no se puede confundir con el Derecho público económico, toda vez que comprende el «Derecho de la empresa» y el «Derecho del mercado». Es así que el Derecho de la economía se sitúa en el cruce entre el Derecho público y el Derecho privado. Es una categoría sistemática que penetra en el «ordenamiento

Todos ellos anudaban de manera indisoluble norma y fin en el Derecho, atendiendo a la realidad del tiempo histórico, lo que no se puede eludir en un proceso de razonamiento y justificación de cual deriva la decisión legislativa o interpretativa.

Es manifiesto, por otra parte, que hoy (con la larga crisis del viejo positivismo jurídico legalista, no del positivismo crítico) los antiguos modelos de jurista no son suficientes para responder de manera idónea a las exigencias de producción e interpretación jurídica en sociedades jurídicas tan complejas como las actuales. Los juristas –aunque no son pocos los que lo han intentado e intentan– no puede ocultar sus opciones de política jurídica tras la máscara de una supuesta neutralidad absoluta. Las distintas formas de realismo normativista, en sus numerosas manifiestas, no siempre convergentes, darían pasos decisivos al respecto. En la historia del pensamiento es constatable la tensión permanente entre formalismo y antiformalismo como corrientes de pensamiento en confrontación. Aunque no se puede generalizar, sí existe una tendencia a transitar desde la pretensión de neutralidad al compromiso de los juristas en una configuración iusrealista del Derecho (muy especialmente a través del reclamo crítico de las normas de principios y valores constitucionales y consagrados en el Derecho Internacional).

[21] En verdad, el llamado Derecho de la economía es el Derecho de la ordenación económica, siendo así que siempre estará en función del sistema económico. En este sentido, Galán, E.: «Prólogo» a la obra de Reich,N.: *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, pág.10; Rojo, A.: «El Derecho económico como categoría sistemática», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXX, 2.ª época, núm. 3 (1980), págs. 258-259. Hace notar Rojo que el Derecho económico se presenta «como un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, no sólo con arreglo a simples criterios de jerarquía normativa, sino también en función de la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema». Ahora bien, no puede ignorarse que aunque el derecho económico toma como objeto las realidades económicas, no se limita a reflejarlas, sino que incide sobre ellas formalizándolas y conformándolas a través de opciones de política del Derecho. Dicho en otras palabras, el Derecho económico (como acontece también con el Derecho Social) no es simplemente una "tecnología jurídica", sino una política del Derecho que se materializa, mediante la técnica legislativa, en normas que regulan los procesos económicos, y el papel de los actores públicos y privados en los espacios del mercado en a distinto nivel y "escalas". Pero también con distintos "horizontes" y "modelos" de intervención en la economía; un orden que no es espontáneo, sino eminentemente "artificial" por la acción de las políticas del Derecho de la Economía y de la Competencia.

[22] Cfr. Ariño, G.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 13.

[23] Stober, R.: *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, MAP, 1992, pág. 44.

en diagonal», comprendiendo en su seno materias de Derecho público (constitucional, administrativo, fiscal, penal) y Derecho privado (civil, mercantil, laboral)[24].

Es la misma regulación jurídico-institucional de los mercados la que incide sobre los mecanismos de producción y de distribución. No son sólo los agentes económicos quienes intervienen en los mecanismos de producción, ya que el principio de eficiencia, que rige el mercado económico[25], estuvo siempre vinculado —con mayor o menor intensidad— al llamado «metamercado institucional», donde entran en juego los principios de gobierno de la economía, tanto en el terreno de la producción como en el de la distribución. Es precisamente el equilibrio entre los principios de eficiencia y de ordenación jurídico-política de la economía lo que se ha pretendido desde las políticas económicas y sociales del poder público. De manera que ni la esfera de la producción de riqueza (mercado, empresa) ni la esfera de la distribución están sujetas a pretendidas «leyes naturales»: los mecanismos de regulación institucional (vinculada ésta al modelo de Estado, continúan siendo, pues, dependientes del proceso político) construyen ámbitos de realidad económico y social y son asimismo capaces de introducir cambios en la evolución de los sistemas sociales.

Es necesario un marco legal que encauce correctamente las actividades pero es necesario también analizar económicamente tal necesidad, y asimismo la estructura y organización de tal marco. Esa constatación no es desde luego una aportación exclusiva de la Escuela de «Análisis Económico del Derecho»[26], desde el pensamiento originario de Marx, hasta las direcciones institucionalistas y regulacionistas contemporáneas[27].

En el momento presente existen distintos factores que determinan el curso del Derecho económico. En efecto, sobre el sentido del Derecho económico repercute el proceso de globalización de la economía, con el apogeo de las economías de escala y el acrecentamiento de la competencia mundial. Igualmente influyen otros elementos importantes como el apogeo del individualismo posesivo (individualismo liberal) como recuperación del supuesto central de la teoría política y jurídica liberal[28] y la desconfianza (alentada) hacia el papel regulador del poder público y la función del sector público.

---

[24] En este sentido Rojo, Á.: «El Derecho económico como categoría sistemática», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXX, 2.ª época, núm. 3 (1980), págs. 272 y sigs.

[25] Destacado de antiguo por Stuart Mill, y reelaborado contemporáneamente por Daniel Bell, en su obra *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), Madrid, Alianza, 1994, espec., págs. 252 y sigs.

[26] Véase Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1972; Coase, R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994. Para esta corriente de pensamiento las instituciones jurídicas tienen una lógica económica, que referida a las instituciones económicas del capitalismo se conducen por el principio de eficiencia económica. En esta perspectiva, entre nosotros, se ha afirmado que «en su función de mecanismo para mejorar la eficiencia de la asignación de recursos, el meta-mercado (esto es, el derecho, el sistema institucional) actúa de dos maneras, indicadas por las dos condiciones principales del teorema de Coase: a) mejora la definición de los derechos de apropiación y b) reduce los costes de la transacción que lleva al óptimo de equilibrio». Cfr. Ariño, G.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 28. Una orientación ciertamente diferente es la mantenida por Santini, G.: *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979. (Existe traducción al castellano, El comercio. Ensayo de economía del Derecho, presentación, A. Pérez de la Cruz Blanco, Barcelona, ed. Ariel, 1988). Para Santini, el método de la «economía del derecho» representa «una propuesta de análisis de los fenómenos, que arranque del comportamiento de los agentes económicos y del sector «privado» (o, si se prefiere llamarlo así, del mercado), y que permita una investigación sobre el derecho usado por los propios agentes, diverso del derecho codificado y del elaborado por jueces y doctores» (*Ibid.*, pág. 17).

[27] Marx, K.: *El capital*, cit.; Aglieta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979; Piore y Sabel: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, Alianza, 1990; Polany, K.: *La gran transformación*, Barcelona, La Piqueta, 1989. Recientemente, Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1988, caps. II y III, passim.

[28] 29 En este sentido Macpherson, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. J. R. Capella, Madrid, Laia, 1970, págs. 15 y sigs., y 225 y sigs. Desde otro punto de vista, véase también Dumont. L.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza,1987.

### 1.2. La juridificación de las instituciones económicas como proceso histórico

*«...los factores desencadenantes de procesos complejos son invariablemente múltiples y están invariablemente interrelacionados. Las explicaciones monocausales no son suficientes».*

David S. Landes[29]

Como ha hecho notar Sombart, el capitalismo necesita, para llegar a su pleno desenvolvimiento, la confluencia de tres factores: capital, trabajo y mercados. La realización efectiva de este complejo triple de condiciones constituye los elementos fundamentales de la edificación del sistema capitalista. El proceso capitalista mismo, al desenvolverse, racionaliza la marcha de la vida económica, por lo que provoca un desarrollo forzado en la dirección conforme a su idea. En el proceso histórico se obtiene una configuración capitalista uniforme de la vida económica[30]. Sobre esos tres factores gira la constitución económica y el Derecho económico del capitalismo moderno. Pero esos tres factores (capital, trabajo y mercados) no funcionan en el capitalismo moderno como mecanismos «naturales» y «espontáneos», sino que exigen, por el contrario, la intervención conformadora del Derecho del Estado. Las relaciones entre mercado y Derecho no son en rigor «externas», ya que el funcionamiento del mercado en la edad moderna es incomprensible sin la existencia de reglas e instituciones de Derecho privado y de Derecho público que presiden su dinámica. La experiencia jurídica demuestra la intrínseca juridicidad de la economía moderna. En el plano jurídico, el mercado es un orden de los intercambios caracterizado por las notas de regularidad y previsibilidad de la conducta, el cual está gobernado por reglas que determinan la previsibilidad (un «cálculo de futuro») de los comportamientos de los sujetos económicos[31]. De este modo, la regularidad y previsibilidad no están determinadas por una simple «espontaneidad» naturalista, un orden espontáneo, sino por un orden simultáneamente «construido» (artificial) y «dado»[32]. Las normas ordenadoras son necesarias y constitutivas del mercado, estando éste, pues, sometido a su propio estatuto jurídico-político que lo conforma artificialmente. Si el sistema jurídico confiere naturaleza al mercado, es evidente que éste no puede pretender los atributivos de naturalidad y apoliticidad que a menudo se pretende. La noción misma de «constitución económica» es un exponente del conjunto de principios y reglas jurídicas de ordenación de la economía (vale decir, de «constitución interna» —no simplemente «externa»— de la economía, capaz de unificar la forma y la sustancia de lo económico). En la medida en que existe una auténtica «constitución de la economía» capitalista esta está intervenida en sentido político y jurídico, y de lo que se tratará es de verificar el modelo de intervención existente en cada momento, es decir, el equilibrio entre heteronomía y autonomía de los agentes económicos. Pero cualquiera que sea la opción en una constitución normativa de la economía en el Estado social existirá estatuto jurídico del mercado, integrador, de algún modo, de «lo construido» y de «lo dado» en el encuentro de las fuerzas económicas y sociales operantes. Con la indicación de que en los sistemas económicos contemporáneos ese «estatuto jurídico» no es sólo dinámico y variable, sino que también puede conformarse de manera heterogénea ante la constatación jurídico-económica de que existen una pluralidad de mercados regulados normativamente (resultado, pues, de una opción de política del

[29] Landes, D. S.: *La riqueza y la pobreza de las naciones*, Barcelona, Ed. Crítica, 1999, pág. 471.

[30] Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, t. I, México, FCE, 1984, pág. 11.

[31] Véase Irti, N.: «El orden jurídico del mercado», en *Rev. de la Facultad de Derecho Univ. Gr*., núm. 3 (2000), págs. 8-9, y ampliamente Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1988, passim. El autor realza que la forma de un orden viene dada, precisamente, por comportamientos típicos, razonablemente previsibles y calculables para las partes implicadas. La relevancia de la Constitución del Estado Social de Derecho, como constitución normativa es subrayada por Heller, H.: *Teoría del Estado* (1934), edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, espec., págs. 285 y sigs; Kägi, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional* (1945), estudio preliminar de F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2005.

[32] Véase Gény,F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Derecho económico), sometidos a su propia lógica jurídica y económica. Esto en sí constituye una crítica severa al economicismo en la teoría jurídica[33].

Ciertamente, el Estado tiene, en la sociedad capitalista actual, una naturaleza doble, ya que es, al propio tiempo, la organización política de la sociedad capitalista y es elemento de su organización económica[34]. Esa doble naturaleza, que se corresponde igualmente con una doble función, refleja la función política y la función económica directa del Estado capitalista, en cuanto elemento de la organización económica de la sociedad capitalista. Esto supone que en la fase actual del capitalismo avanzado el Estado no queda relegado a una mera superestructura, sino que forma parte de la misma estructura económica (tiene, pues, carácter estructural). Ello significa que el Estado capitalista mantiene una relación directa con la economía capitalista, que convierte al Estado en un capitalista entre los capitalistas: esto es, un protagonista, junto a los otros, de los procesos de reproducción del capital, partícipe directo de las relaciones sociales de producción, y elemento de la «base», y ya no meramente «sobreestructura» (en la metáfora espacial y geopolítica de utilizada por el marxismo ortodoxo), de la sociedad capitalista[35]; entre otras razones porque esa distinción entre «base» y «sobreestructura» no es efectivamente existente sino de carácter meramente metafórico.

En la perspectiva histórico-evolutiva, la ideología liberal adquiere un carácter provisional y transitorio[36], siendo desplazada por la ideología «intervencionista» necesaria para el funcionamiento del sistema económico capitalista. El Estado capitalista opera como mecanismo de realización y composición entre los distintos intereses en presencia. Es así que esta forma de Estado asume una función esencialmente racionalizadora, vinculada a la dirección pública de la economía y a la garantía de las bases de funcionamiento del sistema económico vigente. Pero esta compleja función del Estado moderno sólo puede obtenerse dotando de autonomía al Estado frente a las clases en lucha: autonomía que actúa no sólo respecto de los capitalistas particulares o a ciertos estratos capitalistas, conforme a una imagen neocapitalista. Es un ámbito de autonomía predicable en relación a la misma clase capitalista[37]. Ello no supone que el Estado continúe manteniendo un estrecha función de apoyo a las empresas, como se refleja a través de las «leyes medida» de naturaleza económica, que permiten una regulación indicativa de la economía y una selección en la distribución a las empresas de las subvenciones económicas y de los incentivos financieros[38].

Una legislación fragmentaria que en sí misma constituye un exponente de la crisis del Estado social[39] como consecuencia, en este caso, de la presión de los intereses sectoriales y corporativos a

[33] Véase Monereo Pérez, J. L.: «Para una crítica del «economicismo» en la construcción de la teoría jurídico-laboral de los grupos de empresa», en *Temas Laborales*, núm. 45 (1997), págs.3 y sigs. Polanyi ya puso de manifiesto la penetración del elemento jurídico e institucional en el mercado. Véase Polanyi, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989; Polanyi, K.: «El lugar de la economía en la sociedad», en Polanyi, K.: *El sustento del hombre*, Barcelona, Mondadori (Grijalbo), 1994. Una perspectiva diversa puede verse en Martín Mateo, R.: *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999.

[34] Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, pág. 43.

[35] Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 44.

[36] En su formulación originaria «el liberalismo es la filosofía económica de una fase histórica del capitalismo ya concluida…; es la doctrina defendida por una clase social que no había conquistado, totalmente, el control del Estado». Cfr. Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 47. Véase igualmente Barcellona, P.: *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, cap. II (Del Estado de Derecho al Estado programador, págs. 53 y sigs.).

[37] Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 84.

[38] Sobre las transformaciones de la legislación pública en el capitalismo tardío, véase Barcellona, P.: *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994; ya antes Neumann, F.: «Mutamenti della funzione della legge nella società borghese», en *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, 1973, págs. 245 y sigs.

[39] Una crisis institucional que no debe impedir reconocer su persistencia como un «logro cultural» de la civilización occidental. En este sentido Häberle, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, págs. 33 y sigs.

favor de que se dicten «leyes particulares»[40]. Con todo, el carácter general y abstracto de la ley está en peligro[41]. El Estado social como proyecto civilizatorio nace como exigencia de domesticación del capitalismo a través de un proceso de racionalización del mundo de la vida, pero ello no ha impedido la subsistencia del conflicto y su desplazamiento en una multiplicidad de ámbitos, incluido el propio Estado social contemporáneo. Por ello «si ya no sólo ha de «domesticarse socialmente» al capitalismo [y su subsistema económico], sino también al Estado intervencionista, la tarea ha de definirse en nuevos términos»[42].

En una perspectiva histórica, es preciso tener en cuenta que la edad moderna es esencialmente la época del proceso codificador del Derecho privado, el período de la mediación del Estado en la regulación del conjunto de las relaciones sociales[43]. Estos códigos consagran la estatalidad del Derecho, monopolizando la producción normativa. En este sentido se ha operado una segregación en el mismo interior del Derecho privado, donde del Derecho mercantil se predica un cierto «particularismo jurídico». Éste no se vincula a un sector específico del sistema económico, ni puede resolverse en el Derecho del comercio[44]. Su consagración es el producto diacrónico de una innovación jurídica operada en el ámbito de la regulación de las relaciones económicas, resolviéndose en el conjunto de normas «especiales» del comercio que han sido establecidas directamente por la clase mercantil en las diversas épocas, o ha pretendido que el poder público instaurara[45].

Sin embargo, con el proceso de integración europea se opera una mistificación evidente, porque en gran medida en la Unión Europea se retoma la vieja concepción «naturalista» de un Derecho mercantil «apolítico», donde la uniformidad transnacional se vincula únicamente a la «unidad de mercado», sin necesidad de hacer reclamo de la «unidad política». Desde esta visión economicista, se acepta la orientación liberal según la cual las normas ordenadoras de la actividad mercantil pueden crearse con independencia de los centros de mediación política y social que crean las demás normas jurídicas de regulación de la vida social[46]. Este enfoque es el propio del economicismo jurídico, que disocia el Derecho de la política democrática (la formación democrática del Derecho), concibiendo al sistema jurídico como un momento accesorio de la sociedad, es decir, como una mera técnica de organización de las relaciones sociales de producción.

De ahí que las instituciones del Derecho privado no puedan ser aisladas del conjunto del contexto histórico-político en que se insertan[47]. Uno de los méritos de la obra clásica de Ripert, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* es precisamente el intento de reconstruir el núcleo

[40] Véase Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997; Zagrebelsky, G.: *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, .

[41] En este sentido Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., págs. 216 y sigs.

[42] Cfr. Habermas, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, pág. 428.

[43] Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, pág. 12. Véase Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bologna, 1976; Gómez Arboleya, E.: *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1962, págs. 439 a 543; Grossi, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; Grossi, P.: *Europa y el Derecho*, Barcelona, Crítica, 2009; Grossi, P.: *La cultura del civilista italiano*. Un profilo storico, Milano, Giuffrè, 2002; Ripert, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno,* trad. J.M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

[44] Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, págs. 12-13, con apoyo en el pensamiento de Ascarellin

[45] Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, pág. 15.

[46] Véase Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 16-17.

[47] Véase, con planteamiento crítico, Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. Tarello, G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, "Introducción" de R. Guastini y G. Refbuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

de las instituciones reguladoras del capitalismo en el correspondiente marco histórico y político[48]. Ciertamente, Ripert estudia las instituciones del capitalismo moderno desde una perspectiva no exclusivamente técnico-jurídica, sino también atendiendo a las aportaciones históricas, sociológicas y a las diversas direcciones de política jurídica que las inspiran. Pretende, pues, un conocimiento más totalizador de los elementos jurídicos constitutivos del capitalismo histórico.

Desde el economicismo jurídico se ha querido ver en el Derecho mercantil una simple «superestructura» legal de la economía de cambio, que sólo adquiriría su pleno sentido en la base económica de la sociedad. Sin embargo, un examen atento de las categorías jurídicas en su historicidad y en su desenvolvimiento actual, pone de relieve la relevancia de la dimensión jurídica y política de todas las instituciones del Derecho privado. En particular, la comprensión de las instituciones del Derecho mercantil no puede obtenerse con el exclusivo reclamo de las categorías propias de la ciencia económica. Para el dominio científico de las instituciones mercantiles es preciso tener en cuenta los parámetros histórico-sociológicos y políticos, los cuales, conjuntamente, permiten comprender y explicar su intrínseca complejidad[49].

El surgimiento del Derecho privado moderno, incluido el Derecho mercantil, se vincula a la implantación progresiva de la sociedad burguesa, donde se despliega el nuevo espíritu de empresa y una nueva organización de las relaciones de comercio. La clase empresarial va adquiriendo plena libertad para organizar sus negocios y defender sus propios intereses de clase. Su ascenso al poder político favorece la constitución de un sistema de Derecho privado conformador de la sociedad en el sentido que más interesaba a la clase dominante en el poder[50], el cual, recogiendo la práctica jurídica del *ius mercatorum* daría creación al Derecho mercantil moderno. Este *ius mercatorum* formalizado en el nuevo orden jurídico era directo servidor de los intereses de la burguesía: era en sentido estricto un verdadero «Derecho de clase». Y es que ciertamente el *ius mercatorum* nació, ya originariamente, como un Derecho formado por la clase mercantil para regular el tráfico de comercio, sin que en su gestación interviniese directamente el poder público. Esta forma de Derecho «autónomo» se desplegó especialmente sobre los esquemas contractuales que formalizaban las relaciones económicas entre los comerciantes. Lo cual obedecía a un esquema coherente en el plano lógico-jurídico y de funcionalidad práctica de los institutos jurídicos, porque el esquema contractual ha sido el mecanismo permitido por el orden jurídico para vehiculizar y facilitar la acumulación capitalista. El paradigma contractual es, en efecto, un instrumento jurídico flexible para regular relaciones patrimoniales de cambio, tanto concerniente al intercambio de bienes como al intercambio de prestaciones de trabajo por salarios[51]. Por lo demás, el instrumento contractual, sobre la que se cimentó el *ius mercaturum*, fue el soporte

[48] Ese intento, con todas sus limitaciones, parece querer ser el propósito de Ripert en su obra Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit., «Introducción», págs. 1 a 6.

[49] Véase, al respecto, Ascarelli, T.: «La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale», en *Rivista del diritto commerciale*, 1934, p. 1; Id.: *Appunti di diritto commerciale*, I, Romma, 3.ª ed., 1936, págs. 3 y sigs.; véase la traducción castellana, Introducción al Derecho comercial, Buenos Aires, 1947, págs. 35 y sigs. G. Ripert, mantendrá, como Ascarelli, que el Derecho comercial no constituye una categoría ontológica, sino eminentemente histórica, considerando que en lo esencial representa el Derecho de la época del capitalismo organizado. Un sistema socio-económico que interactúa continuamente con las formas jurídicas que lo regulan. Véase, Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo Moderno*, cit,.; Ripert, G.: *Le régime democratique et le droit civil moderne*, París, 1947, 2.ª ed. Ripert, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021. Vease 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. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[50] Véase L'home, J.: *La gran burguesía en el poder*, Barcelona, Ed. Lorenzana, 1965, págs. 209 y sigs.

[51] La importancia del instrumento contractual en la formalización y organización de las relaciones económicas de empresa (el haz de contratos necesarios para el funcionamiento de la empresa), fue ya puesta de manifiesto por Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, 2 Tomos, México, FCE, 1984.

jurídico para la creación de la sociedad colectiva[52]. De ahí se pasaría a la formación de un Derecho público para las actividades de comercio predispuesto por el Estado monárquico del absolutismo[53], para alcanzar la creación en la sociedad moderna del Derecho mercantil de la *codificación* burguesa[54].

Es después del triunfo de las revoluciones burguesas, cuando se acomete decididamente una auténtica *revolución jurídica*, sobre todo en virtud del proceso codificador. Esa transformación radical se concreta en la separación entre la sociedad civil y la sociedad política, ámbito éste que permite identificar los intereses de clase con mitificados intereses generales («nacionales») más generales. En el período inicial del Estado «liberal», éste se caracteriza como «Estado de clase única»[55], con funciones de mediación entre las clases poseedoras de riqueza, y con cometido propios del «Estado gendarme» respecto de las clases desposeídas[56]. Con la emergencia del Estado democrático de pluralidad de clases[57], cuyo presupuesto político-jurídico es el reconocimiento de las libertades públicas de voto y asociación política y sindical, se produce una complejidad mayor de las funciones estatales que han de orientarse en un sentido más propiamente de mediación «externa» entre las clases en presencia en la sociedad y en la búsqueda de instrumentos de carácter más integrador respecto de los conflictos emergentes en la sociedad industrial moderna.

En este sentido, cabe hacer notar que se produce una suerte de «estatalización» del Derecho civil: los códigos de Derecho privado —cuyo paradigma es el Código de Napoleón[58]— reflejan nítidamente como la nueva clase en el poder institucional procede a estatalizar las fuentes de producción normativa. De manera que el Derecho civil, deja de ser concebido sólo como Derecho natural, Derecho de la razón, situado al margen del Estado, para pasar a ser un Derecho privado estatal, garante, sin embargo, de leyes económicas y sociales consideradas como naturales[59]; el poder

[52] Como destacado Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 58 y sigs.; Galgano, F.: *Le società di persone*, Milano, 1972.

[53] Véase Anderson, P.: *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo XXI, 1979. Consúltese la obra clásica de Hintze, O.: *Historia de las formas políticas*, trad. J. Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, "Otto Hintze y la renovación de la historia política y Constitucional" (pp.IX-LVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. 7 y sigs., 53 y sigs., y 71 y sigs.

[54] Ese proceso puede datarse históricamente en Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., cap. 4, 83 y sigs.; Patti, S.: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999.

[55] Como expresiva lo denomina Giannini, M. S.: *El poder público*, cit., págs. 85 y sigs. Ripert había señalado que «el capitalismo industrial que nació a fines del siglo XVIII no hubiera logrado cambiar la forma y el espíritu de la sociedad francesa si no hubiese existido en la misma época una revolución política, que la permitió crear un clima nuevo» (Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit., pág. 320).

[56] Véase, desde la corriente de pensamiento del socialismo jurídico, Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998.

[57] Giannini, M. S.: *El poder público. Estados y administraciones públicas*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, que distingue entre el Estado de clase única del siglo XIX (cap. 2.º, pág. 49 y sigs.) y el Estado de pluralidad de clases (cap. 3.º, pp. 85 y sigs.).

[58] Adviértase que el paradigma jurídico hace referencia a las transformaciones estructurales producidas en el Derecho en las diversas etapas del sistema capitalista, a los mecanismos de regulación normativa y al modelo de regulación de la vida social. Véase Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998 passim. Para el concepto de paradigma en el sistema de las ciencias, véase Kuhn, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1994.

[59] Véase Arnaud, A. J.: *Les origines doctrinales du code civil français*, París, L. G. D. J., 1969. El problema del código reside en la captación de su vinculación con las direcciones de pensamiento que precedieron a la Revolución Francesa con el proceso ulterior de estatalización que dicha codificación comporta. Y es que ciertamente el proceso codificador permitió unificar los postulados de la ideología iusnaturalista y los presupuestos del predominio estatal y del criterio de la voluntad general. Por lo demás, la codificación presuponía un determinado modelo de jurista, cuya función se reduciría a la elaboración técnica de los datos normativos, sin capacidad de incidir en el proceso de creación normativa. Véase Lipari, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegido de España, 1980, págs. 37 y sigs., y la interesante aportación de Groethuysen, B.: *Filosofía de la Revolución francesa*, México, FCE, 1989, cap. VI (Carácter revolucionario y universal de la idea del Derecho), págs. 185 y sigs. y cap. VII (Principios de la arquitectura social adoptados por la Revolución), págs. 212 y sigs. La

público queda implicado como garante externo de un orden *preexistente* gobernado por la razón, por la naturaleza de las cosas. El Estado es ahora llamado a *regular* las relaciones económicas y sociales, siendo su colofón el proceso codificar (estatal) del Derecho privado, superando, por razones obvias, a todas luces, las antiguas reticencias hacia la intervención de un Estado que ya no es calificado de absolutista. En efecto, el sistema capitalista se dio en llamar *liberal* porque había sido creado bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastaba, requería del establecimiento de garantías de los derechos, de las libertades económicas, y del desmantelamiento por la intervención del Estado de todas las instituciones y ataduras que impedían en desarrollo de la propiedad privada y el libre mercado[60]. El reconocimiento de ese haz de libertades, necesarias para la organización capitalista de la economía, reflejan el ideario de democracia liberal de la burguesía ascendente y en el poder constituido[61]. Los Códigos de Derecho Privado –encabezados por el Código Civil– cumplieron una *función constitucional*; y como "constitución" encuentra su centro en la propiedad individual como valor principal junto con la libertad de iniciativa económica y de contratación bajo el dogma del principio de autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes. Este *modus operandi* se correspondía con la forma del "Estado monoclase" (o de clase única, es decir, el llamado "Estado burgués", significativa no había ningún problema de fundo en hablar en la época de los "códigos de la burguesía" porque que establecían las reglas jurídicas e institucionales de la "paz burguesa" una a que accedió al poder, a la par que se habla sin pudor de las "revoluciones burguesas" como sinónimo harto problemático de la las "revoluciones liberales") en el poder establecido (desde el punto de vista de la estructura política institucionalizada). Esta forma-Estado monoclase no fue neutral, sino que contribuyó decisivamente a crear las condiciones adecuadas para el desarrollo de la sociedad industrial moderna; y lo hizo garantizar las libertades y derechos de los empleadores, la libre circulación interna de personas, bienes y mercancías y desmantelando las precarios sistemas de protección social del trabajo y asistencia del "antiguo régimen". Pero no menos significativo fue la destrucción legislativa de los llamados "cuerpos intermedios", prohibiendo el derecho de coalición y con él la libertad de asociación profesional y la libertad de sindicación. Por lo demás, en la misma dirección, la instauración del principio de igualdad formal y el principio de la libertad de contratación permitieron la reconducción de las relaciones laborales a los esquema típicos de dominación de los contratos de arrendamientos de servicios profesionales (devenidos para el trabajador un puros contratos de adhesión a las condiciones prefijadas unilateral y exclusivamente por el empleador contratante). En ese periodo dominaba el positivismo legalista en la ciencia jurídica, que podía permitir al jurista contribuir al buen funcionamiento del nuevo orden jurídico sin cuestionarse la desigualdad material y la desigualdad real entre las partes contratantes. Lo cual permitió legitimar las relaciones contractuales de trabajo como relaciones de dominio/dominación jurídica y no sólo socio-económica. Todo el campo de "lo social" era ignorado y después se daría cuenta de ello a través de las metafóricas y elusivas expresiones de "problema social" y "cuestión social obrera"[62]. Afrontar "lo

promulgación de los Códigos permitió que el Estado monoclase desplazase el pluralismo jurídico desordenado y disgregador preexistente en el Antiguo Régimen; y a la vez le posibilito imponer un orden nuevo basado en reglas unilateralmente favorables a las clases dominantes en el poder establecido.

[60] Véase, al respecto, Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pág. 14.

[61] Véase Laski, H.: *El liberalismo europeo*, 8.ª ed., México, FCE, 1984, cap. III, págs. 139 y sigs.; Laski, H.J: *La libertad en el Estado Moderno*, edición y estudio preliminar "Harold J.Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés" (pp. IX-XCVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; y Groethuysen, B.: *Filosofía de la Revolución Francesa*, México, FCE, 1989,*passim.* Puede consultarse, 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*, *11*(1), (2021) 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

[62] Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. Monereo Pérez, J.L.: "La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 96 (1999); Palomeque López, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923),* Madrid, Tecnos,

social" implicó la traducción de la realidad y un nuevo lenguaje a ella correspondiente (que superarse el enmascaramiento de lo social y del conflicto subyacente al supuesto orden armonioso y espontáneo de la sociedad industrial de individuos libres y propietarios), haciendo referencia la lucha de clases, a los conflictos sociales, y a la necesidad de operar un giro del ordenamiento para introducir la "idea social" en el ordenamiento jurídico del Estado liberal e individualista. Lo que, al tiempo conducirá a establecer una "Estado de pluralidad de clases" y más tarde a la forma política de "Estado Social de Derecho". Para las primeras fases se hablaría de "código de derecho privado-social" (Anton Menger; O.v. Gierke) en contra posición al vigente "código de derecho privado-individual", propio del "individualismo posesivo o propietario". El ciclo histórico se desarrollaría entre luchas por los derechos sociales y políticos –negados a las clases trabajadoras– y regulaciones "concesivas" hasta alcanzar la época del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho y la creación de una de sus expresiones típicas, a saber, la invención del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social[63]. Para la fase consolidación del Estado Social de Derecho, se habla de "modelo socio-económica" de la Constitución en términos de ensamblaje de la "constitución económica" y de la "constitución social", y su materialización en la interpenetración entre el Derecho de la Economía y el Derecho Social.

El propio Ripert realzó que «el capitalismo industrial y financiero ha creado una legislación, que le ha permitido afirmar su poder»[64] . Lo que se pide del Estado es la consagración legislativa de que era considerado todavía como un Derecho natural universal e inmutable[65]. Es así que el Estado legislador se constituye en el intérprete supremo y en el garante del orden natural, de suerte que de la visión del Derecho natural como fuente autónoma del Derecho, independiente del Derecho estatal, se pasa entonces en la concepción de ese sistema de Derecho como fundamento del mismo Derecho del Estado: el proceso codificador había operado, pues, esta verdadera transmutación o transfiguración[66].

Es aquí donde conviene subrayar nuevamente el papel nuclear del sistema jurídico en la construcción social de la realidad del capitalismo moderno. En efecto, el sistema capitalista a pesar de que proclama enfáticamente que no pide nada del Estado y de que sólo reclama del Estado que consagre el «estado de naturaleza» (con sus leyes económicas y sociales inquebrantables) violado por el intervencionismo autoritario del antiguo régimen, no sólo requería del reconocimiento de

7ª ed, 2011.; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales,* Madrid, Civitas, 1992; 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*, 12(1), (2022) 347–435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

[63] El proceso se puede describir y analizar en síntesis en Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; y con mayor detenimiento en, *Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999; *Ibid., La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *Ibid., La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL), Estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; *Ibid.,* "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525.

[64] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 6. El problema, hace notar Ripert, es que «el capitalismo choca hoy con el poder de la democracia» (*Ibid.*, pág. 6); Ripert, G.: El régimen deocrático y el Derecho Civil Moderno, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de Jurista Liberal"?" (pp.IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022. Véase 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. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[65] Sobre este «Libro preliminar», véase Solari, G.: *Individualismo e diritto privato*, Torino, reimpresión de 1959, págs. 56, 169 y sigs.

[66] Véase Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 90.

las libertades económicas fundamentales, sino que exigía además del *laissez faire* —y no en menor medida—, que la legislación estatal predispusiera de los medios necesarios para el funcionamiento de los mercados y para la acumulación rentable del capital, y asimismo que removiera los obstáculos jurídicos e institucionales del viejo orden que impedían el libre juego de las fuerzas productivas, y no sólo de los bienes, sino también de las personas[67]. Dicho en otras palabras, y de modo más explícito: a las fuerzas económicas del capitalismo no le bastaban el «Derecho común», el capitalismo tenía que *crear su propio Derecho* y cambiar la organización de la sociedad civil, siendo así que la clase capitalista que conquistó revolucionariamente el poder se hace conservadora del propio orden en el cual se instala[68]. Efectivamente, los códigos de Derecho privado (Derecho del Estado, que sitúa a la ley en el eje del sistema jurídico) consagrarían el individualismo propietario[69], a través de la inviolabilidad del derecho de propiedad y el reconocimiento de una plena autonomía negocial, tan sólo limitada por razones de orden público y moral dominante, la institución familiar es conformada también con arreglo a las nuevas exigencias del tráfico económico[70].

Sin embargo, el proceso de codificación no fue uniforme, ni se desarrolló armónicamente. Progresivamente se produce una segregación en el sistema codicístico, dándose lugar a un sistema de códigos separados (códigos civiles y códigos de comercio). En el fondo, no son sólo las exigencias del tráfico económico las que provocan el fenómeno de diferenciación. La duplicación de códigos de Derecho privado ponía de manifiesto originariamente la fragmentación interna de la burguesía como clase social. En efecto, se puede decir, en términos generales, que los códigos civiles eran en lo principal, los códigos de la burguesía terrateniente, y eran coherentes con una economía eminentemente agraria; mientras que los códigos mercantiles, constituían los códigos de la burguesía comercial e industrial emergente[71], por lo que se centraban en la regulación de la riqueza mobiliaria, no tanto en el derecho de propiedad, como en la regulación de los llamados «actos de comercio», en una clara objetivación del sistema regulador. En esta lógica segregadora, los códigos civiles, parecían ignorar a la empresa (propiedad en sentido dinámico), dando entrada sólo a la propiedad estricta (en su sentido estático, desvinculada del quehacer productivo)[72] .

---

[67] No se olvide que la exigencia de mano de obra supuso la actuación del Estado para desmantelar las estructuras de la servidumbre, y los mecanismos de solidaridad y las comunidades de trabajo existentes en la época feudal. Véase la excelente obra de Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo* I, cit., págs. 353 y sigs.; Polanyi, K.: *La gran transformación*, cit., págs. 223 y sigs.

[68] Véase Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pág. 15 ; Gramsci, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado Moderno,* edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci" (pp. IX y ss.), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018; Gramsci, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna,* trad., 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.

[69] Proclamado en el plano de la filosofía política. Véase Macpherson, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970. Para las bases del individualismo jurídico, véase Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946, págs.12 y sigs.

[70] Véase Rebuffa, G.: *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*, cit., pág. 72; Ungari, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, págs. 50 y sigs. Véase la perspectiva de conjunto de Lipari, N.: *Derecho privado*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, págs. 167 y sigs.

[71] Véase Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 99. Para la evolución histórica de la noción de codificación en el Derecho francés moderno, es imprescindible la consulta directa de Gény,F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Segunda Parte, Capítulo 1º (que ya lleva el título significativo de "Exageración del elemento legal en el método jurídico tradicional"; "Evolución histórica de la noción de codificación en el derecho francés moderno"; "Límites racionales del imperio de la ley bajo el régimen de la codificación"), págs. 53-97.

[72] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., págs. 14 a 16. Esa relevancia de la propiedad en sentido estático, es realzada agudamente por Solari, G.: *Individualismo e diritto privato*, cit., pág. 193.

Con todo, el Derecho que surge del proceso codificador es un derecho formalmente igualitario, que reivindica su aplicación por igual respecto de todos los ciudadanos sin diferenciación de clase. Se da nacimiento a un sistema de Derecho igualitario que opera sobre la base de la unidad del sujeto jurídico[73] y el principio base de una ley igual para todos los ciudadanos, desatendiendo cualquier consideración en función de la clase social de pertenencia[74]. El principio de objetivación del sistema normativo privado, ocultaba que detrás de los derechos de propiedad y del ejercicio de las libertades económicas, operaban no sólo «individuos» aislados, sino grupos sociales con diferentes posiciones de poder económico y jurídico[75].

No obstante, los códigos de Derecho privado no eran realmente igualitarios, ya que privilegiaban a unos individuos sobre otros, constituyendo un «derecho de clase», el cual contradecía en sus propios términos el principio de igualdad formalmente reconocido[76]. Los códigos de Derecho privado formalizan el dominio de la clase propietaria y empresarial, y dejaban en la más absoluta desprotección a los trabajadores y a los ciudadanos consumidores. Por eso se propuso desde el socialismo jurídico y desde otras direcciones reformistas (entre las que se hallaba el propio Gierke[77]) una reforma del Derecho privado que garantizara una igualación real entre todos los ciudadanos[78]. Con

[73] Véase, ampliamente, Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., págs. 37 y sigs.; Rebuffa, G.: *Origine della ricchezza e diritto privato*, cit., pág. 128; Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. Tarello, G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, "Introducción" de R. Guastini y G. Refbuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

[74] Véase Cerroni, U.: *La libertad de los modernos*, Eds. Martínez Roca, 1972, págs. 69 y sigs.

[75] El nexo existente entre la disciplina de las actividades económicas y aquellas tradicionalmente confiadas al Derecho privado sufre una contaminación entre Derecho privado y Derecho mercantil definida comúnmente con la expresión «mercantilización del Derecho privado». Esto se puede comprender, ante todo, como la progresiva objetivación del Derecho mercantil, esto es, como la evolución desde un criterio subjetivo a otro objetivo en la cualificación de los fenómenos mercantiles, «acto objetivo de comercio». Pero también puede ser interpretada en el sentido de la generalización de las categorías, así como de los intereses del grupo de los comerciantes respecto a las categorías privadas, «consumidores privados». Todo ello, es obvio, traicionaba la concepción científica de un jurista como J. Domat, el cual distinguía las leyes en eterna y cambiante, incluyendo l Derecho civil en las primeras y al Derecho mercantil y al Derecho público, dentro de las segundas. Desde su modo de pensar racionalista se podía entender el contrato y la propiedad pertenecientes al orden y a la razón natural (eternos e inmutables), mientras se concebía al Derecho mercantil, al igual que las constituciones, como «instituciones» cambiantes dependientes de la esfera política o de la oportunidad de los gobiernos en cada momento. Nótese que el análisis de esta progresiva mercantilización no se reduce a ser un puro hecho técnico, sino que representa un proceso de la evolución de la política y la economía moderna. Cfr. Lipari, N.: *Derecho privado*, cit., pág. 703.

[76] Esto fue el centro de la denuncia de la corriente plural del socialismo jurídico. Véase Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Est. Preliminar sobre «Reformismo social y socialismo jurídico» a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; Salvioli, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, Est. Preliminar de B. Clavero, Sevilla, Universidad, 1979; Cimbali, E.: *La nueva fase del Derecho Civil en sus relaciones económicas y sociales*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893; ampliamente Monereo Pérez, J. L.: Fundamentos doctrinales del Derecho social en España, Madrid, Trotta, 1999

[77] Véase Von Gierke, Otto: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke" (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", en *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales,* núm. 2 (2020), págs. 682-735. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445

[78] También se planteó desde presupuestos liberales un enfoque «humanitario», con menores pretensiones en el alcance de la reforma social del sistema jurídico. Así, se puso de relieve la importancia de la intervención legislativa en favor de los trabajadores, no sólo protegiendo el derecho de asociación profesional, sino también porque muchas intervenciones sobre las relaciones individuales de trabajo (trabajo de mujeres y niños, reducciones de jornada de trabajo, sobre salarios mínimos, leyes se seguridad en el trabajo. . . ), no tenían tanto el fin de restringir los poderes del empresario como el ser reflejo del avance de un «sentido humanitario» que determinaría la aparición de una legislación social protectora en respuesta a formas de trabajo consideradas realmente inhumanas, a menudo no inferior a la crueldad dispensada a los animales. Véase, señaladamente, en este sentido, las reflexiones de Dicey, A. V.: *Law and Public Opinion in England during the Nineenhth Century*, London, 1905, pág. 189 (reedición más

todo, bajo el prisma de entender que las formas jurídicas encubren relaciones de poder y la realidad de las luchas de intereses que subyacen en su interior. Pero éstas propuesta conduciría a postular una nueva constitución jurídica de la sociedad[79]. En realidad, toda la problemática de la *reforma social del derecho privado adquiere ya originariamente una impronta nítidamente constitucional.* Se trataba de la desaparición de todo un modelo jurídico de organización de la sociedad en trance de desaparición.

El apogeo del capitalismo comportó una ampliación del espacio regulador del Derecho mercantil. El capitalismo necesitaba acomodar el conjunto del Derecho privado a las exigencias de funcionamiento del sistema económico capitalista. De ahí el fenómeno de la *comercialización* de las relaciones civiles, y de su derecho de ordenación específica: el Derecho civil. Fenómeno que en algunos ordenamientos alcanza a la disolución del Derecho mercantil como sector específico del orden jurídico general y su inserción en el Derecho civil «comercializado»; pero que se opera también en otros ordenamientos (como el español) donde se mantiene la separación de los dos códigos de Derecho privado. El cualquier caso, el Derecho privado se mercantiliza. Hasta el punto de que el Código civil ha dejado de ser el breviario de la vida corriente. Sólo «es el libro de razón que se abre solamente en las circunstancias excepcionales de la vida familiar: matrimonio y sucesión. Puede darse el caso de no entrar jamás en el despacho de un notario pero es imposible el no tener que penetrar en una banca»[80]. El fenómeno de la comercialización se opera con la generalización de las formas capitalistas de la organización social, lo que, como es sabido, tiene lugar a partir de la «revolución industrial». En realidad, el triunfo de la moderna gran industrial respecto de los modos de organización de la producción anteriores no fue independiente de la intervención del Estado, tanto en el plano estrictamente económico como en el jurídico general y laboral en particular. Esa revolución fue acelerada por la misma aplicación de las «leyes fabriles» a aquellos tipos de trabajo. Dichas leyes «sociales» fueron una de las primeras reacciones conscientes y planeadas de la sociedad liberal a la forma de organización de su proceso de producción[81]. Es la revolución industrial la que permite la

reciente, Law and Public Opinion in England, Macmillan, 1962). Nótese, sin embargo, que en el pensamiento de Dicey este tipo de intervenciones estatales eran consideradas como propias del «colectivismo» (que para él era esencialmente equivalente a «socialismo»). Traducción, Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la relación entre Derecho y Opinión pública en Inglaterra durante el Siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, y estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de M. Salguero, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[79] Téngase en cuenta la propuesta constitucionalista de Anton Menger y de otras corrientes de pensamiento crítico. Un análisis de esa dimensión esencialmente constitucional de la «cuestión social» puede hallarse en Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999, págs.21 y sigs., passim; Monereo Pérez, J.L.: "El tiempo de los derechos sociales: la construcción fundacional de Anton Menger, en *Revista de derecho del trabajo (Uruguay),* núm. 29 (2020), págs. 225-281; Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres,* trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España" (pp.7-112), a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; Menger, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger" (pp. XI-LXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; Monereo Pérez, J.L.: "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494.

[80] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, de la presenten edición, pág. 323. Ello es debido a que, según Ripert, el mundo moderno se comercializado, al estar dominada la vida civil por el espíritu comercial. Id.: La commercialisation du droit civil français, en Mélanges Maurovic, Belgrado, 1934.

[81] El proceso histórico es descrito magistralmente por Marx en su obra principal. Cfr. Marx, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, espec., cap. 13 («Maquinaria y gran industria») y cap. 24 («La llamada acumulación originaria»). La revolución industrial, que se produce en el ámbito económico, donde se aplican de forma extensiva la tecnología a los procesos productivos, «se acelera artificialmente por la ex tensión de las leyes fabriles a todas las ramas industriales en que trabajan mujeres y niños...» (*Ibid.*, pág. 112).
La regulación obligatoria de la jornada de trabajo en cuanto a duración, pausas, comienzo y final, el sistema de relevos para los niños, la exclusión de todos los niños de menos de cierta edad, etc., por una parte, imponen un aumento de la maquinaria y la substitución de los músculos por el vapor como fuerza motora. Por otra parte, para

extensión de las formas capitalistas de organización de los procesos de producción y de cambio, y la consecuencia de una dualización social entre empresarios y trabajadores asalariados: un proceso de mercantilización de todos los procesos sociales[82]. Incluso la primera legislación fabril, reguladora del trabajo en fábricas, manufacturas, etc., se presenta como una *«intromisión»* en los derechos de explotación del capital[83].

Por lo demás, el sistema de Derecho liberal no se mostró precisamente abstencionista respecto al proceso de acumulación originaria del capital[84], ya que el orden jurídico establecido participó decisivamente en el movimiento histórico que convierte a los productores en trabajadores asalariados. En efecto, ese movimiento aparece, en primer lugar, como liberación de los productores de la condición servil y de la constricción gremial; y, en segundo lugar, estos recién liberados no se convierten en vendedores de sí mismos sino una vez que les han arrebatado todos sus medios de producción y todas las garantías de su existencia ofrecidas por las viejas instituciones feudales e instituciones comunales (incluida la «propiedad comunal»)[85]. La relación de capital presupone la división entre los trabajadores y la propiedad sobre las condiciones de realización del trabajo, siendo así que con esa polarización del mercado quedan dadas las condiciones fundamentales de la producción capitalista. Es así como pudo llamarse la atención sobre el enigma contemporáneo representado por la paradoja que supone el aumento incesante de la miseria a medida que la civilización progresaba[86]. Con todo, el proceso de desmantelamiento político y jurídico de las instituciones preexistentes el Derecho contribuyó a la *formación del mercado interior para el capital industrial*[87], al suministrar a la industria urbana masas de proletarios situados completamente fuera de las relaciones gremiales y al disponer también los mecanismos contractuales idóneos para formalizar las relaciones de intercambio y utilización productiva de los trabajadores asalariados.

Se ha afirmado, con razón, que el objetivo de la comercialización del Derecho privado constituyó una conversión forzosa al capitalismo de la sociedad en todos los ámbitos de relaciones civiles y mercantiles. En una perspectiva histórica, es fácilmente constatable que ese proceso de

ganar en el espacio lo perdido en el tiempo, se produce una ampliación de los medios de producción gastados conjuntamente —hornos, locales, etc. —, o sea, en una palabra mayor concentración de los medios de producción y correspondiente mayor concentración de trabajadores…Condición esencial de la explotación fabril, señaladamente en cuanto sometida a la regulación de la jornada de trabajo, es la seguridad normal del resultado, esto es, la producción de una determinada cantidad de mercancías o de un efecto útil buscado en un tiempo dado. Por lo demás, la pretendida mercancía sui generis denominada "fuerza de trabajo" no puede ser tiranizada, utilizada de modo indiscriminado o incluso dejada sin utilizar sin que resulte afectado también el individuo humano que resulta ser el portador de esta peculiar mercancía. Privados de la cobertura protectora de las instituciones civilizatorias, lo seres humanos perecerían por los efectos de la interacción social; morirían víctimas de la aguda dislocación social provocada por el vicio, la perversión, el crimen y el hambre y la explotación en las fábricas. Cfr. Polanyi, K.: *La Gran transformación*. Crítica del liberalismo económico, Madrid, La Piqueta, 1989.

[82] Véase Wallerstein, E.: *El moderno sistema mundial*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1979 y 1983; Dobb, M.: *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, 5.ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1988, págs. 25 y sigs. Ripert criticaría esa mercantilización de la persona del trabajador. Cfr. Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., págs. 298 a 300.

[83] Cfr. Marx, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 126. El cual insiste en la necesidad del modo de producción de «generalizar la ley fabril en una ley de toda la producción social» (*Ibid.*, pág. 127). Véase, igualmente, El capital, L. I, vol. 1, cap. 8 («La jornada de trabajo»).

[84] No se olvide que la llamada acumulación originaria no es nada más que el proceso histórico de separación de productor y medios de producción. Se presenta como «originario» porque constituye la prehistoria del capital y del modo de producción correspondiente a éste. Cfr. Marx, K.: El capital, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 360.

[85] Cfr. Marx, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 361. Véase, al respecto, ampliamente, Polanyi, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989, cap. 14 («El mercado y el hombre»), págs. 267 y sigs., y passim.

[86] Véase, en este sentido, George, H.: *Progreso y miseria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1945, págs. 19 y sigs.

[87] La expresión es de Marx, cfr. Marx, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., cit., pág. 391.

conversión hacia el sistema capitalista ha sido un proceso forzoso dirigido por el poder público, con base a la consagración del predominio del Derecho estatal, limitando —al menos en el plano nacional— la intervención directa de la propia clase empresarial en la producción de normas de comercio[88]. Como se verá más adelante, ha tenido que producirse una fase superior de la mundialización de la economía para que la misma clase empresarial estableciera, y redescubriera, una nueva *lex mercatoria*, reguladora de las relaciones económicas transnacionales. Es el proceso de globalización, fenómeno que subrepasa las fronteras del Estado-nación, y tiende a conformar formas de regulación comercial de carácter internacional (Unión europea, Mercosur, etcétera).

Resultado de todo ello es que con el proceso de estatalización del Derecho privado, se producirá una relativización de la distinción entre Derecho privado y Derecho público. Como ha sido advertido, en el pensamiento de Jean Domat (paradigma de la ideología individualista liberal de los orígenes), sociedad civil y sociedad política —dotadas de sus propias fuentes de producción jurídica— estaban estrictamente separadas. Sin embargo, con el acceso de la burguesía al poder y con el proceso de estatalización de las fuentes de regulación de la sociedad civil (que cristalizaría en la promulgación de los códigos de Derecho privado de la edad moderna), los términos en que se produciría la sistematización de Domat entre el Derecho privado y el público deberían ser reescritas para su adaptación a la nueva sociedad jurídica burguesa[89]. Al tiempo, la distinción adquiere una dimensión meramente funcional, tanto más cuanto el modelo de capitalismo se aproxima a la economía mixta, con una amplia intervención del gobierno en la organización de los procesos económicos[90]. La economía mixta se ha impuesto por razones *funcionales* al mantenimiento del propio sistema del capitalismo, el cual deviene en capitalismo organizado e intervenido como *condición de supervivencia*. En efecto, la economía de mercado capitalista no puede funcionar a través de exclusivos mecanismos de autorregulación, por ello mismo se habló de fin de las políticas de *laissez faire*, siendo necesaria que el poder público intervenga para garantizar el adecuado funcionamiento de la economía de mercado[91]. Por lo demás, en la forma constitucional del Estado social, esta diferenciación entra en crisis, precisamente porque el Derecho social se sitúa en el cruce entre el Derecho público y el Derecho privado[92]. En la sociedad contemporánea se ha intentado reconstruir en términos completamente distintos la tradicional sistematización entre Derecho público y privado. La diferenciación se produciría atendiendo a las distintas materias a regular. Así, el Derecho privado sería el conjunto de normas que regulan las relaciones económicas en su integridad, con independencia de los intereses en juego y de la naturaleza de los agentes económicos. Ello supone superar el mismo concepto de Derecho privado, transformándolo en el «Derecho común a los agentes públicos y a los privados». Con todo, la diferencia entre Derecho público y privado se *objetiva*, en el sentido de que

[88] En este sentido, Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 128 y sigs.

[89] Véase, Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 184.

[90] Críticas serveras se han realizado desde diferentes corrientes de pensamiento, así Kelsen, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1979; Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1993, donde afirma «el carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado» (*Ibid.*, pág. 287); Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho, edición y estudio preliminar*, "La filosofía política de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica, estudio preliminar a Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, pág. 159 y sigs.; Radbruch, G.: *El hombre en el Derecho, conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho,* trad. A. 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, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020. Sobre su pensamiento jurídico y político, véase, exhaustivamente, 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.

[91] Véase Keynes, J. M.: *El fin del «laissez-faire» (1926), en Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Eds. Orbis, 1987, págs. 63 y sigs. También en Hacienda Pública Española, núm. 9 (1971).

[92] Véase, en general, Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, págs. 159 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

depende esencialmente de la naturaleza objetiva de la actividad desplegada, más allá de la índole de los sujetos y de la naturaleza de los intereses en presencia[93].

Como se dijo, la codificación tuvo un sentido político-jurídico bien definido. Los Códigos de Derecho privado de la Europa del siglo XIX tienen un valor esencialmente constitucional. En el aspecto de la actuación de la idea individual en el orden de las relaciones civiles, la codificación responde en el campo del Derecho Privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público. Del mismo modo que éstas se dirigían a garantizar las libertades políticas de los ciudadanos en su relación con el Estado, las Codificaciones trataban de asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder público[94]. Ciertamente, el *Código era una nueva forma de Derecho* llamado a regir el orden de la sociedad, sentando sus bases y reglas fundamentales. Como hace notar Rodotá, este valor constitucional de los Códigos otorga un significado preciso a las declaraciones de principios en ellos contenidas, reconociendo ámbitos de actuación a los particulares, pero también límites precisos respecto a la intervención de los poderes públicos en los derechos de los particulares. Un ejemplo significativo es la afirmación del carácter absoluto del derecho de propiedad[95].

Los códigos constituyen una nueva técnica legislativa, que trata de formalizar el orden natural de la sociedad (incluida la esfera económica), y de lo que se trata es de suprimir los obstáculos que se oponen a su desenvolvimiento. En este sentido, los códigos formalizan un orden según los esquemas de la ideología liberal individualista. Su igualitarismo formal y, en relación a ello, la tendencia hacia la generalización y abstracción de las normas, bajo el modo de pensar propio del racionalismo formalista de la «jurisprudencia de conceptos», guardaba una perfecta coherencia con la pretensión de establecer unas reglas de juego *fijas y reproducibles continuamente: unas reglas de juego de la paz burguesa* en la relaciones económicas y sociales, partiendo de que existe grupos sociales excluidos; diferencias de posición jurídica entre los jugadores; y de la misma centralidad de los bienes como objeto de intercambio entre los individuos poseedores o potencialmente poseedores[96]. En realidad, los procesos de codificación modernos son el resultado de una voluntad innovadora y esencialmente marcada por la racionalización formal del orden social, siempre concebido como orden «natural»[97]. En verdad,

[93] Véase Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 188, con referencia a la opinión de Rodotà, S.: *Il diritto privato nella società moderna*, cit., págs. 18 ny sigs.; y Giannini, M. S.: *Voz «Diritto amministrativo»,* en Enciclopedia del diritto, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pág. 866.

[94] Véase Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946. Asimismo, Coing, H.: Derecho privado europeo. Tomo II. El Siglo IX (1989), trad. y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, espec., págs. 27 y sigs., que subraya que los principios básicos para la nueva forma de ley fueron desarrollados en una doctrina de la legislación que nació de la crítica de los humanistas y sistemáticos al Derecho Común y de la doctrina de la Ilustración, como ha señalado Franz Wieacker. Desde el punto de vista de jurídico-formal la teoría general de la legislación del siglo XVIII desarrolló también su concepción de cómo podían elaborarse tales leyes generales. Las ideas de la codificación fueron puestas en práctica en el siglo XIX. Todos los que anteriormente había estado vigente el Ius Commune codificaron el Derecho Civil. Uno motivo aducido como decisivo para ello fue el propósito de unificar el Derecho. El Ius Commune por sí mismo no podía conseguir una unidad jurídica completa del Derecho, porque tenía un valor solamente subsidiario. Pero la unidad del Derecho correspondía a la idea del Estado nacional, que en el siglo XIX en el Continente tuvo cada vez más importancia. Pero también respondía a las necesidades de una economía, que se esforzaba por mercados mayores y para lo cual la dispersión del Derecho era un obstáculo, que había que eliminar y superar procediendo a la elaboración de los Códigos de Derecho Privado.

[95] Rodotá, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 81.

[96] Puede verse Arnaud, A. J.: *Essai d'analyse structurale du Code civil française. Le règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, Librairie général de droit et de jurisprudence, 1973; Respecto al pretendido fundamento natural de las instituciones del Derecho privado, véase Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946, págs. 32 y sigs.

[97] Véase Tarello, G.: «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos», en Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. Tarello,G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, "Introducción" de R. Guastini y G. Refbuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del

la idea central que sirve de fundamento a la codificación es la idea del derecho natural elevado a fuente exclusiva del derecho privado; la cual, sin embargo, está muy lejos de significar una exigencia objetiva de la razón eterna inmanente en las cosas. De este modo, la codificación adquiere un sentido superior a simple unificación formal y material del derecho privado, ya que constituye la expresión positiva de un sistema filosófico jurídico, y durante los siglos XVIII y XIX fue la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles[98].

En la perspectiva del Derecho mercantil se afirmará inicialmente la vinculación histórica y causal del Derecho mercantil con el sistema económico capitalista. No remite descriptivamente a la regulación de las actividades de comercio, sino al dato histórico preciso de un concreto sistema económico. Sin embargo, este enfoque será replanteado, sobre todo, a partir de la aportación de Wieland, para quien el Derecho mercantil como un sector diferenciado por razón de la materia[99]. Para Wieland, la comprensión del Derecho mercantil sólo puede obtenerse por remisión a la materia objeto de regulación. De ahí que considera esencial vincular la ciencia jurídica con la ciencia económica[100]. En este sentido, se verifica la expansión de la materia mercantil a medida en que se desarrollaban las estructuras económicas capitalistas. Desde esta perspectiva se demostraría la conexión entre el Derecho mercantil y las formas económicas del capitalismo: libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

A pesar del intento de que los códigos perpetuasen un orden estático, pronto se produciría un desfase tanto del Código civil como del Código de comercio, ante el desajuste de los códigos respecto de las transformaciones que se venían operando en el tráfico económico[101]. Este fenómeno de distanciamiento determinó la aparición de una abundante legislación especial, dando lugar a un proceso de *disgregación* de las normas reguladoras de la materia mercantil[102]. Se produce un progresivo vaciamiento de los códigos, pasando materias importantes a ser reguladas por la legislación

Derecho), 2002, 43 y sigs.; y ampliamente, Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976. Solari puso de manifiesto que la filosofía del derecho privado fue, en los primeros siglos de la edad moderna, la expresión de dos diferentes tendencias, de las cuales una tendía a fundar las instituciones del derecho privado sobre exigencias de orden racional, mientras la otra a afirmar la individualidad en el terreno jurídico. En ello se manifestaban las dos tendencias principales de la escuela del derecho natural, a saber: la tendencia racionalista y la tendencia individualista. Sin embargo, el individualismo jurídico, en la forma liberal expresada por el Código francés (paradigma al respecto), como el que mejor armonizaba con la concepción dominante de las relaciones económicas y políticas, terminó por prevalecer; pero al predominar, reconstituyó sus bases filosóficas con la influencia del criticismo kantiano y del utilitarismo de Bentham. Cfr. Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, cit., págs. 435 y sigs. Desde este punto de vista, se puede decir que la obra de reforma civil, realizada esencialmente mediante los códigos, constituye la realización práctica de la idea individual según el pensamiento de Kan y de Bentham. Con todo, para el individualismo jurídico los fines y los intereses públicos se resuelven siempre en los fines e intereses privados. No se olvide que para esa forma de pensamiento el Estado no crea el Derecho, sino que es su protector, es el órgano universalizador de la razón y de lo útil individual. Las leyes universales de razón o las leyes económicas invariables se sitúan por encima del Estado. Es así que el Derecho privado aparecía como un orden inmutable.

98 En este sentido Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, cit., págs. 76 y sigs. Sobre el significado jurídico y político de la codificación, véase en la misma obra, cap. II, págs. 59 a 80, especialmente. Con todo, se realza la significación «constitucional» de los códigos de Derecho privado. Y es que, en el fondo, la codificación respondía, en el campo del Derecho privado, a lo que supusieron las Declaraciones de derechos y las Constituciones en el ámbito del Derecho público. He aquí que el movimiento de emancipación política no podía ser separado del movimiento de emancipación civil. El resumen de ambos movimiento interdependientes son las Constituciones y los Códigos.

99 Véase Gondra, G.: *Derecho mercantil*. I, Madrid, Universidad Complutense, 1992, págs. 41 y sigs.

100 Véase Wieland: *Handelsrecht*, vol. I, Munich-Leipzig, 1931, pág. 3 y sigs

101 Anticipación de las críticas, en Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, "'Objetivismo jurídico' y teoría de los "derechos" en León Duguit" (pp.XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

102 El proceso ha sido estudiado por Irti, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

especial. Es lo cierto que «las instituciones más representativas del Derecho mercantil (Sociedades de capital, Derecho bancario, Derecho cambiario, *Derecho concursal*) pasarán a ser regulados bajo forma de Leyes especiales»[103]. Se trata de un proceso de descodificación del Derecho mercantil que se ha impuesto como exigencia de organización de la economía.

Lo mismo cabe decir el propio Derecho civil con el desmembramiento de la protección jurídica profesional (propiedad literaria, musical y artística, Derecho de edición, Derecho de patentes, Derecho de marcas de fábrica y nombres registrados, Derecho de modelos de utilidad y de gusto). Ese proceso se corresponde con el *derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado*. En efecto, a partir de finales del siglo XIX se produce un rápido y progresivo desmembramiento de todos los núcleos sociales del ordenamiento jurídico en Derechos especiales. Hay que tener en cuenta que tras la pretensión de unidad del Derecho civil se hallaba la búsqueda de unidad de una burguesía nacional y liberal, la cual se creía representativa de toda la nación.

Muy pronto esta pretensión quedaría frustrada debido al surgimiento del Derecho económico después de la primera guerra mundial y la emergencia del pluralismo económico y político del sistema de Estado social[104]. Es, especialmente, a partir de este período donde se construyen las neoformaciones que destruyeron con nuevos ideales sociales y económicos la hegemonía del Derecho privado general (antes considerado común para toda la sociedad civil jurídicamente organizada). La legislación intervencionista en la económica y en el campo social constituyeron las bases para la nueva sectorialización del ordenamiento jurídico privado: Derecho agrario, Derecho de la vivienda, Derecho arrendaticio, Derecho laboral y de la Seguridad Social, que en su conjunto dan lugar a lo que puedo considerarse como *Derecho social*, como nueva sistematización jurídica situada en el punto intermedio entre el Derecho privado y el Derecho público. Un Derecho social que se opone al Derecho individualista[105]. En el plano del derecho de contratos ese Derecho social supuso la penetración en la libertad de contratación del Derecho civil, un régimen imperativo de ordenación de las relaciones económicas y sociales.

Pero la inadecuación de los códigos del siglo XIX va a permitir también un aumento del papel del Derecho autónomo de la economía, regulador de las relaciones económicas entre los propios agentes implicados. También bajo nuevas formas de dominio del mercado a través de procedimientos y formas típicamente jurídicas (constitución de Cárteles, conciertos, Trust, etcétera), que entrañaban una limitación de la libertad de contratación, una superación del esquema formal de la personalidad jurídica y la configuración autónoma de reglas internas y externas de funcionamiento por cauces de dominio jurídico que ya no podía ser comprendido desde el esquema simple de la subjetividad jurídica y del principio de igualdad formal entre los particulares.

---

[103] Gondra, J. M.: *Derecho mercantil*, cit., pág. 67; Girón Tena: *Tendencias generales en el Derecho Mercantil (Ensayo interdisciplinario)*, Madrid, 1985, págs. 125 y sigs.

[104] Véase Wieacker, F.: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, edición al cuidado J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 491 y sigs.

[105] Véase Menger, A.: *El derecho civil y los pobres*, Est. preliminar sobre «Reformismo social y socialismo jurídico», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; Gierke, von Otto: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke" (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015, donde apuesta por una redefinición de la misión social del Derecho privado para limitar la libertad de contratación con la finalidad de que se traduzca en un medio de opresión de unos por otros: «Hoy más bien tiene el Derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo». Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", en *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales,* núm. 2 (2020), págs. 682-735. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445

Los códigos exigían un específico *modelo de jurista*. En efecto, la codificación supone un proceso de tecnificación de la ciencia del Derecho, en virtud del cual era cometido del jurista la realización de una actividad puramente técnica, y en cuanto tal exclusivamente encaminada a elaborar y sistematizar los datos externos y ya preexistentes[106]. Esta visión ideológica del Derecho como técnica de organización neutral a todo contenido se sitúa perfectamente en la lógica del positivismo jurídico formalista.

Ello tenía la pretensión ideológica inicial de perpetuar el sistema codificado como reflejo de los equilibrios de poder en términos globalmente favorables para las clases poseedoras. Así el centro de gravedad residía en la regulación de la propiedad privada sobre los bienes, entendido como derecho absoluto (Código civil) y la protección de la empresa y del tráfico de comercio (Código de comercio)[107], mientras que sólo algún precepto entraba en la regulación del contrato de trabajo (en la forma romanista de arrendamiento de servicios[108]). Era, pues, un Derecho descompensado respecto al sistema de clases existente en la sociedad civil, toda vez que el garantismo jurídico-estatal se producía de modo unilateral respecto a las clases propietarias e industriales. El Estado se convertía en garante de amplios espacios de libertad respecto de los cuales se regulan exclusivamente limitaciones externas quedando, por el contrario, imprecisos e indeterminados todo lo relativo al contenido y las modalidades posibles de las acciones humanas con la idea de que el sujeto estuviese en condiciones de alcanzar con plena libertad la realización de sus propios intereses individualistas. Desde este punto de vista, se puede entender, en efecto, que el Código fuese un estatuto de los particulares, sometido todavía a un régimen de preferencia de clase, aunque ciertamente el sistema permitía una circulación de los bienes que podía favorecer, acaso, una cierta movilidad social. Ello impediría la acusación en la doctrina crítica de la cristalización de posiciones de «estatus jurídico» al estilo del antiguo régimen, donde cada individuo quedaba «encuadrado» en su respectiva clase o estrato social. Sin embargo, existía una disociación entre la apariencia y la realidad, ya que durante mucho tiempo —después de la codificación—, propietarios, empresarios y trabajadores mantenían posiciones sociales incomunicables y la movilidad social era un fenómeno marginal en la estructura de clases de la sociedad burguesa. En realidad, sólo podía hablarse de una ficticia «democracia de mercado» asentada en el derecho igual, según la cual potencialmente (y sólo en esta calidad) todos pueden ser propietarios y consumidores de bienes. Esto explica nítidamente cómo el sistema de la codificación era percibido contemporáneamente (y de forma explícita) como un auténtico *proyecto general de la sociedad civil*, según los parámetros predispuestos por la burguesía económicamente dominante y políticamente en el poder político[109].

---

[106] Véase Tarello, G.: Ideologías del siglo XVII sobre la codificación y estructura de los códigos, en *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., págs. 43 y sigs.; Rodotà, S.: Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, en *Rivista di diritto commerciale*, 1967, págs. 91 y sigs.; Ungari, P.: Per la storia dell' idea di codice, en *Quaderni fiorentini*, I, Milano, 1972, págs. 207 y sigs.; Vanderlinden, J.: *Le concept de code en Europe Occidentale du XII.º au XIX siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967; Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946.

[107] Recuérdese que el Código de comercio napoleónico de 1808, en los artículos 631, 632, 633, hace referencia a una larga serie de actos objetivos de comercio. Este código es el paradigma de los llamados códigos de comercio de tipo latino, que suelen consagrar legislativamente la autonomía del Derecho mercantil, haciendo del acto de comercio objetivo la base principal para la determinación de la materia comercial. Véase Rotondi, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Labor, 1955, pág. 49.

[108] Véase Gierke, O. Von.: *Las raíces del contrato de servicios*, trad., y estudio crítico de G. Barreiro González, Madrid, 1982; Gierke, von Otto: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke" (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015.Bayón Chacón, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955; Alonso Olea, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987.

[109] Véase Arnaud, J. A.: *Les origines doctrinales du code civil français*, París, L. G. D. J., 1969, donde analiza el substrato cultural, político e ideológico que acompañó a ese programa de revolución jurídico-política.

Basta reparar en este programa revolucionario para comprender la dimensión constitucional del proceso de codificación. Los códigos de Derecho privado constituían la nueva sociedad civil, según un programa político constitucional (codificación constitucional), garantizando su continuidad mediante el reclamo del tecnicismo jurídico; basado éste en la idea de completitud del sistema codicístico, en la interpretación puramente técnica y en el razonamiento formal silogístico[110].

Sin embargo, los principios de la codificación moderna (subordinación de los jueces al poder legislativo, prioridad de la Ley, su carácter abstracto y su general, la completitud, y el mismo logicismo y tecnicismo jurídico), ya no pueden tener el mismo valor en la sociedad contemporánea, en continua transformación, donde se aprecia la crisis de la estatalidad del Derecho (emergencia de un nuevo pluralismo jurídico, en el ámbito nacional, internacional y comunitario) y la *fragmentación* del sistema jurídico. A lo que se une la crisis de la certeza del Derecho y la extendida convicción del creciente papel creador de Derecho de los jueces. Es aquí, donde se transmutan los centros de gravedad de los sistemas jurídicos contemporáneos, de los códigos a la Constitución y a las leyes especiales; del Derecho internacional público reglado a la nueva *lex mercatoria*, nacida de las nuevas fuerzas económicas y sociales dominantes en el proceso de globalización.

El proceso de «descodificación» adquiere unas dimensiones que en su complejidad no fueron tomadas adecuadamente en consideración por Georges Ripert. El proceso termina con el fenómeno según el cual la Constitución, en su calidad de norma jurídica, desplaza al Código civil en el *centro del sistema jurídico.* De manera que el sistema se aparta de su inicial estructuración como un mono-sistema, configurándose como un poli-sistema. Es así cómo se da origen a la edad de la descodificación que replantea la organización y los contenidos del Derecho privado[111].

En términos jurídicos (no así en términos sociales y políticos debido a la emergencia de la «cuestión social»[112]), el mundo diseñado por la codificación constitucional burguesa era el mundo de la seguridad. En Europa el período histórico comprende desde la mitad del siglo XIX hasta el inicio de la primera guerra mundial[113]. En ese período, la burguesía actúa como clase dirigente, y trata de implantar su modelo de organización a toda sociedad. Ahora bien, la noción de seguridad no remite a la realización del fin —vinculado siempre a las incertezas del mercado y al cambiante mundo de la producción—, sino más bien a las que pueden ser consideradas como las fundamentales «reglas de juego»[114]. Ese mundo de la seguridad es el mundo de la codificación, que trata de plasmar los valores del liberalismo individualista. Por ello se puede hablar, con justeza, del *significado «constitucional»* (codificación constitucional) de los códigos de Derecho privado, en el sentido de que los mismos no se limitan a regular instrumentos técnicos de organización de las relaciones

[110] Véase Geny, F.: *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, págs. 4 y sigs.; Gény,F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Segunda Parte, cap. I, sobre todo en la sección II, con planteamiento crítico.

[111] Críticamente se han hecho notar tres cuestiones: dificultad para inducir principios generales de las leyes especiales que actúan el diseño constitucional, fragmentariedad y falta de coherencia interna de los llamados «microsistemas» y permanencia en el Código de elementos de acusada centralidad. Cfr. López Y López, A. M.: *Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación, en Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, págs. 1163 a 1176.

[112] Véase Herkner, E.: *La cuestión obrera, Madrid, Hijos de Reus*, 1916; Marvaud, Á.: *La cuestión social en España*, Madrid, Eds. de la Revista de Trabajo, 1975. Un estudio actual sobre esta problemática puede verse en Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

[113] Irti, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 17.

[114] Véase Irti, N.: *La edad de la descodificación*, cit., págs. 17-18. Véase Hayek, F. A.: *Derecho, legislación y libertad. I. Normas y orden*, 3.º ed., Madrid, Unión Editorial, 1994, págs. 69 y sigs.; y desde una distinta perspectiva crítica sobre las reglas de juego de la paz burguesa, véase, Arnaud, A. J.: *Essai d'analyse du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973.

sociales, sino que, de modo más significativo, desean proyectar la cosmovisión de los triunfadores de las revoluciones burguesas[115]. En el posterior desarrollo histórico del proceso legislativo se confirma nítidamente el carácter político-jurídico del mercado, confirmando que la economía de mercado es un *locus artificialis,* y no un *locus naturalis,* cuya artificialidad deriva de una técnica del Derecho, la cual, dependiendo de las decisiones políticas confiere *forma y conformación* a la economía. Lo cual se traduce en la ordenación jurídica del mercado a través del Derecho público y del Derecho privado[116]. En gran medida este es el sentido de la noción de "constitución económica" en los Textos del Constitucionalismo democrático social-social con Estado Social de Derecho, en cuyo marco la Constitución es ejerce su supremacía como norma suprema del ordenamiento jurídico con capacidad para formar y conformar el orden económico y sus reglas principales de funcionamiento.

El proyecto burgués «estático» mostró sus carencias ante la emergencia de nuevos problemas y las exigencias planteadas por el surgimiento de nuevas clases sociales, a cuyo favor no se había establecido el orden de la burguesía[117]. Las reivindicaciones de las clases trabajadores y la aparición de nuevos grupos sociales determinó la rápida promulgación de *leyes especiales*, las cuales presentaban un doble objetivo inicial: conservar la coherencia interna de los códigos de Derecho privado y, al mismo tiempo, responder a las exigencias de regulación social conforme a los cambios del entorno. El reclamo de la ley especial creaba una imagen inicialmente se seguridad, ya que la ley especial era considerada como confirmatoria de la general y su vigencia sería transitoria, porque el destino de la materia regulada sería nítidamente el de insertarse —o, en su caso, reinsertarse— en los códigos generales[118]. Sin embargo, tras esa apariencia confirmatoria del orden codicístico, la abundante legislación especial acabó siendo un orden diferenciado, con sus propios principios de regulación, no siempre conformes, y menos aún coherentes en muchos casos. Es claro que ello se solventaba, en términos formales, con la consideración de los códigos como «Derecho común» de las relaciones intersubjetivas privadas, pero esto no dejaba de ser ya una *claudicación* respecto del pretensión totalizadora que tuvo el racionalismo jurídico de la codificación.

Pero hay más: pasados los años, la legislación especial fue apartándose inequívocamente de los parámetros del considerado hasta entonces «Derecho común», dando lugar a «micro-sistemas» de regulación. Introduciendo una *lógica de sector*. El proceso creciente de juridificación, la penetración hasta límites insospechados de la idea de «sociedad jurídica», con la colonización del mundo de la vida[119], reclama modos de regulación más flexibles. En relación a ello (aunque este fenómeno va más

[115] Véase Irti, N.: *La edad de la descodificación*, cit., passim; Irti, N.: *L' ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, Laterza, 2ª ed., 2004, págs. 57 y sigs. Giorgianni, M.: *Il diritto privato ed i suoi attuali confini, en Riv. trim. dir. proc. civ*., 1961, I., espec., pág. 399; Santoro-Passarelli, F.: *Dai codici preunitari al codice civile del 1865* (1966), ahora en Libertà e autorità nel diritto civile -Altri saggi, Padova, 1977, págs. 16 y sigs. Especialmente lúcidas, al respecto, son las observaciones de Solari, G.: *Filosofia del diritto privato, I. Individualismo e diritto privato* (1911), Torino, 1959, espec., págs. 57 y sigs. Piensa Solari que las «Declaraciones de derechos» garantizan las libertades políticas de los ciudadanos en las relaciones con el Estado, mientras que los códigos tutelan las «libertades civiles del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder político» (*Ibid.*, pág. 57).

[116] Véase Irti, N.: *L' ordine giuridico del mercato,* Roma-Bari, Laterza, 2ª ed., 2004, págs. 3 y sigs., y 121 y sigs. En otra perspectiva de la sociología reflexiva, véase Bourdieu, P.: *La estructuras sociales de la economía,* Barcelona, Anagrama, 2003, págs.11 y sigs.

[117] Esto es algo que fue percibido ya originariamente por autores como Menger, Consentini, CiMbaLe. Puede verse, Monereo Pérez, J. L.: «Reformismo social y socialismo jurídico», Est. preliminar a Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998. Véase Savatier, R.: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, II, París, 1959, págs. 71 a 73; Ripert, G.: *Evolución y progreso del derecho, en La crisis del derecho*, Buenos Aires, E. J. E. A., 1961.

[118] Véase Ripert, G.: *Le régimen démocratique et le droit moderne*, París, 1948, pág. 17; Id.: Les forces creatrices du droit, París, 1955, págs. 315-317; Ascarelli, T.: L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione (1945), en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, págs. 181-182.

[119] Véase Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 63 y sigs. Ripert había intuido que la forma de estatutos particulares (derecho de la profesión o derecho de clase) tendía a desplazar, a borrar la idea de un Derecho

allá...), la legislación especial (consolidada, a menudo, después de un largo paréntesis de legislación excepcional), bajo su propia lógica interna, va substrayendo cada vez más materias y haz de relaciones jurídicas a la regulación de los códigos privatistas, y forman auténticos micro-sistemas de normas jurídicas, sometidas a lógicas propias y autónomas respecto de los códigos (no así, como se verá después, en relación a los textos constitucionales de valor fundamental). Esta legislación especial, que nació no sin una clara tensión con la regulación proporcionada por los códigos, acabó desplazando y sustituyendo, *para un número cada vez mayor de relaciones jurídicas* a los códigos generales. El fenómeno parece tener su colofón a partir de la segunda postguerra mundial, al generalizarse —por exigencias técnicas y de política del Derecho ordenador de las relaciones sociales— las leyes especiales, dejando en una posición cada vez más *residual* a los códigos presumiblemente generales.

Esto no ha hecho sino cuestionar el mismo valor de generalidad de los códigos de Derecho privado. Por ello se ha afirmado, con razón, que es preciso superar la fascinación tradicional que ejercen los códigos, reconociendo que la abundante legislación especial representa en la actualidad el «derecho general» de una institución o de una materia completa, sujetándola a su propia lógica político-jurídica[120]. En el fondo, un rasgo distintivo de la legislación especial es la orientación hacia la regulación de estatutos de grupos, de círculos de sujetos diferenciados dentro de la sociedad civil (arrendatarios, trabajadores asalariados, trabajadores autónomos, etcétera). Ello representa un nuevo retorno del *status* respecto al contrato, que nunca fue un proceso rígido y estático, sino mudable, como ha demostrado el dato histórico-jurídico que refleja una permanente combinación entre contrato y estatuto en la evolución de los sistemas jurídicos[121]. Ello avanza en muchas ocasiones hacia la legislación negociada de los grupos sociales con el poder público legislador, produciéndose una huida del Derecho civil.

Con todo, el centro de gravedad del ordenamiento jurídico parece residir tendencialmente en los textos constitucionales, que diseñan las libertades políticas y civiles, el mismo derecho de propiedad, y la iniciativa económica en el cuadro de la economía social de mercado. Por su parte, los códigos (así como las mismas leyes especiales...) parecen especificar y dar cumplimiento al programa constitucional sobre el modelo abierto económico y social. Es la Constitución quien determina el sistema fuentes normativas y el conjunto de derechos y libertades fundamentales. De tal modo que el diseño del modelo socio-económico se produce a través de la combinación internormativa entre el legislador constituyente y el legislador infraconstitucional, por lo que el Código civil, carece ya de ese valor constitucional exclusivista y unilateral al modo en que era pretendido en los orígenes.

En cierta medida la crisis de los códigos se vincula con el problema del poder jurídico y económico en la sociedad contemporánea. Las dificultades de gobernabilidad a través de leyes generales, ante la complejidad de resolver los conflictos entre los grupos sociales mediante fórmulas abstractas y generales. Los grupos sociales reclaman sus propios estatutos reguladores de sus propios intereses. El resultado es la generalización de los micro-sistemas especiales, que quiebran la unidad del ordenamiento jurídico privado. Esa unidad y completitud fruto del racionalismo jurídico ya se ha perdido irremisiblemente. El Derecho privado de manera cada vez más nítida supera los confines de los códigos. Unidad tan sólo precariamente salvaguardia a través de la norma constitucional, la cual es reclamada como marco de ordenación de la pluralidad de subsistemas jurídicos (códigos

civil común a todos los individuos. En este sentido Ripert, G.: *El Régimen Democrático y el Derecho civil moderno* (trad. de la 2.ª ed., francesa), Puebla (México), 1948, passim.

[120] Véase Irti, N.: *La edad de la descodificación*, cit., pág. 33. Como dice gráficamente Irti, la norma general adquiere propiamente el carácter de Derecho residual; esto es, disciplina de los casos supervivientes, que todavía no entran en el régimen de las normas especiales (*Ibid.*, pág. 51).

[121] Para la formulación clásica sobre la relación entre «status» y «contrato», véase Maine, H. S.: *El Derecho antiguo*, 2 vols., Madrid, Civitas, ed. facsimilar, 1993. 1994. Respecto al estado de la cuestión en la sociedad contemporánea, véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

y leyes especiales). El texto constitucional impone su condición de supernorma, y establece los principios generales que han de guiar la aplicación del conjunto heterogéneo de las normas que integran el sistema jurídico. Pero es ya un instrumento jurídico diverso a los códigos que asumen la tarea de organización general del sistema jurídico contemporáneo. Los códigos (que ya no son el centro del universo de Derecho privado, se insiste) realizan y desarrollan los mandatos y principios constitucionales; también las leyes especiales, que más que desarrollar las previsiones de los códigos en una relación de género a especie, vienen ya decididamente a realizar los principios trazados en la Constitución. Es la Constitución, como garante de la unidad del ordenamiento jurídico (constituido como poli-sistema), quien formaliza jurídicamente un orden en la sociedad, el cual se impone con fuerza jurídica bilateral, para los sujetos públicos y privados.

El declive de los códigos se comprende por su pretensión de fijeza y el diseño de un *destinatario uniforme (el ciudadano general y abstracto)* que ya originariamente no se correspondía con la realidad social subyacente de pluralidad de clases sociales. Las leyes excepcionales y la legislación especial reflejaban expresivamente la falta de homogeneidad de la sociedad civil, su carácter fragmentado en grupos sociales con diferente posición en el entramado social: ponían en sí de relieve la existencia de conflictos sociales de intereses y valores en una sociedad liberal basada en el individualismo propietario y el dogma de la autonomía privada individual[122].

Ahora, por el contrario, la mayor presencia de las normas especiales, y la formación de una constelación de mono-sistemas, es un exponente de la existencia de una *sociedad fragmentada*[123], en clases, grupos sociales y sub-grupos atípicos como la llamada *infraclase*. La sociedad actual es extremadamente heterogénea, para la que no cabe un Derecho uniforme, abstracto e indiferenciado. Son los conflictos de las fuerzas económicas y sociales, y las aspiraciones de cada grupo sectorial las que caracterizan a la sociedad contemporánea. En este sentido las categorías jurídicas tradicionales deben moldearse y también ha de crearse otras nuevas para hacer frente a las nuevas exigencias derivadas de la cobertura de las necesidades sociales y del tráfico jurídico-económico.

[122] Max Weber trataba de comprender la conducta del empresario capitalista y la ética calvinista (como ética del premio), haciendo explícito el estatuto del empresario y la singularidad del capitalismo industrial, en relación a las formas de organización económica que se basaban en el rédito vinculado a la vieja usura, a los tráficos restrictivos y a la producción de la guerra. Este estatuto legitimaba una forma de poder empresarial, ya que no quedaban definidas las reglas del funcionamiento de la actividad económica, pero, sin embargo, se atribuía al empresario la libertad de organización, con la pretensión mítica de que los límites vendrían marcados por las reglas naturales y espontáneas del mercado.

Es así que se constata un criterio de favor legal respecto de las actividades empresariales, tanto por lo que atiende a la organización interna del proceso productivo (en detrimento de la posición jurídica y económicamente más débil del trabajador), como en las relaciones externas de mercado (con desprotección de los consumidores como ciudadanos). Para el análisis de Max Weber, véase su *Historia económica general* (1923), México, FCE, 1983, cap. IV. Véase 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, Capítulo II ("La racionalización del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna"), págs. 169-259, y Capítulo III ("Modernidad y paradigma de racionalización del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea. La crítica de la razón instrumental en Weber"), págs. 261-331; Monereo Pérez, J.L.: "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), (2023) 225–301. https://doi.org/10.24310/rejlss7202317160

[123] Véase, en general, Mingione, E.: *Las sociedades fragmentadas*, Madrid, MTSS, 1993; Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica,* Albacete, Bomarzo, 2018; Monereo Pérez, J.L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural de Seguridad Social en la Sociedad de Riesgo", en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, vol. 10, núm. 2 (2020), págs. 424-505. DOI: https://doi.org/10.46661/lexsocial.5074; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social al ingreso mínimo vital", en *Temas Laborales,* núm. 158 (2021), págs. 45-117. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8088952.pdf; Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital,* 2ª edición, actualizada y ampliada, Murcia, Laborum, 2023.

En el plano del conocimiento científico, las dificultades no pueden ser ocultadas. Está, en primer lugar, el frágil equilibrio entre problema y sistema[124]. Adviértase que esta complejización no es exclusiva de las doctrinas jurídicas. En verdad, son todas las ciencias la que están constatando las dificultades de explicación de la realidad, en lo que se ha dado en llamar la *crisis de la explicación simple*, precisamente por la dificultad de hallar elementos totalizadores para restablecer un orden uniforme y coherente en el sistema jurídico[125], tanto más en una sociedad abierta[126] y caracterizada por el proceso de globalización de la economía.

Por otra parte, las características del objeto influyen ciertamente, ya que se puede constatar un relativo deterioro del Derecho como técnica de organización y control social. Existe una cierta desconfianza sobre la fuerza transformadora del Derecho, y tiende a verse en él un mecanismo de carácter defensivo para la garantía de posiciones jurídico-subjetivas. El Derecho aparece como el cobijo de una sociedad de individuos marcados por la incertidumbre ante las transformaciones tecnológicas. De manera que los grandes paradigmas ideológicos tienden a ser desplazados por la tecnología. Pero, además, la racionalidad proporcionada por el sistema jurídico para organizar la sociedad, es progresivamente sustituida (o, al menos, queda subordinada a ella) por la *racionalidad del sistema productivo,* asentado sobre la unión entre la ciencia y el mundo industrial[127]. Por eso el individuo queda indefenso ante esas fuerzas interiores al sistema productivo y acude al Derecho emanado del poder público para la garantía de la propia existencia[128].

El sistema jurídico actual muestra su dificultad para controlar los sistemas económicos y políticos, en un momento donde se pone en cuestión prácticamente todo (fecundación artificial, ingeniería genética, trasplantes, eutanasia, uso de la energía atómica, el deterioro ecológico del planeta, etc.). Parece estarse ante un proceso de declive lo público y del Derecho, abriéndose amplísimos espacios a los ámbitos existencias de individuos cada vez más atomizados e inseguros. Pero el Derecho no tiene ya los atributos propios de los códigos liberales del siglo XIX (generalidad[129], abstracción y estabilidad[130]; a los que podría añadirse la previsibilidad y su carácter continuamente reproducible), y ha de crear nuevas formas de organización y control social acomodadas a las circunstancias de la fase histórica actual. Esto es un reto también para una ciencia jurídica comprometida con la sociedad democrática.

---

[124] Mengoni, L.: «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico», en Mengoni, L.: *Diritto e valori, Bologna, Il Mulino*, 1985, págs. 11 y sigs.

[125] Véase Morin, E.: *El metodo. I. La naturaleza de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1993, págs. 128 y sigs.

[126] Véase Popper, K. R.: *The Open Society and its Enemies*, Londres, 1945 (4.ª ed., revisada, 1962), aunque es muy discutible su defensa del individualismo metodológico (cap. 14). Traducción, Popper, K. R.: *La sociedad abierta y sus enemigos, con una adenda del autor*, Barcelona, Paidós, 2017.

[127] Véase Richta, R.: *La Civilización en la Encrucijada*, 2.ª ed., Madrid, Ayuso, 1974; Reich, R. B.: *El trabajo de las naciones*, Madrid, Javier Vergara Editor, 1993. Respecto a la incidencia la Cuarta Revolución Industrial, la apertura hacia una "sociedad de la vigilancia", véase Zuboff, S.*: La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020, espec., a los efectos que aquí interesan, la Tercera Parte, sobre el "Poder instrumentario para una tercera modernidad".

[128] Un ejemplo es el de las rentas mínimas de inserción ante el incremento alarmante de las situaciones de exclusión social, la «infraclase» o «subclase», excluida del bienestar social imperante en los países desarrollados. Sobre el tema véase, Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Comares, 1999; Monereo Pérez, J. L.: "Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (4), (2022) 20–73. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi4.14214.

[129] Para la crisis de la generalidad de la ley, y el cambio de la función de ésta en la sociedad capitalista, véase el ensayo lúcido de Neumann, F.: «Mutamenti della funzione della legge nella società borghese», en Neumann, F.: *Lo stato democrático e lo stato autoritario, Il Mulino*, Bologna, 1973, pág. 245 y sigs.

[130] Sobre esos caracteres ideales, véase Ripert, G.: *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, págs. 308 y 324.

### 1.3. La «teoría económica» de las instituciones jurídicas. Significación y valoración crítica

Se ha señalado que uno de los elementos que concurren en la conformación del sistema jurídico actual, y en particular sobre el Derecho económico, es la acusada presencia del principio de eficiencia (que encuentra otras muchas denominaciones como el principio de rendimiento, principio de competitividad, etcétera). Ciertamente, en el capitalismo tardío se están replanteando las relaciones entre el sistema económico y el ordenamiento jurídico, en el sentido de revalorizar el papel del componente jurídico-institucional en la ordenación de la actividad económica y en la realización de una reasignación eficiente de los recursos disponibles en la sociedad contemporánea[131].

Es de significar que el cambio en las relaciones entre Derecho y Economía es inducida desde la misma teoría económica, obedeciendo a la exigencia de hacer frente a las transformaciones producidas en el sistema económico. En este sentido se tiende a otorgar una extraordinaria importancia a la considerada regulación «externa» de las instituciones económicas. Existe una especial preocupación por las consecuencias económicas de la regulación jurídica de los institutos económicos[132].

La nueva teoría económica se enfrenta a los postulados del análisis neoclásico, que valorizaba la fuerza espontánea del mercado para obtener la situación de equilibrio perfecto y un alto nivel de eficiencia económica y social. En coherencia con su discurso, los fallos del mercado eran motivados por agentes externos que distorsionan el equilibrio natural obtenido por el discurrir de las fuerzas económicas. En la nueva teoría económica no se pone en duda la necesidad la regulación pública de la actividad económica. Desde este punto de vista, el derecho de propiedad aparece como la institución que permite la constitución del mercado, el contrato el instrumento que facilita dicha constitución formalizando las relaciones económicas[133], y por su parte, la responsabilidad civil permite otorgar confianza a los agentes económicos[134]. Es así que el ordenamiento jurídico se resuelve en un *meta-mercado institucional*, al servicio del funcionamiento eficaz del mercado. Es decir, el llamado «meta-mercado» jurídico-institucional realiza sólo una función instrumental respecto al principio de eficiencia en la asignación y distribución de los recursos productivos. Las categorías jurídicas, se «llenan» de categorías económicas, a la par que tienden a «vaciarse» de valores «incómodos» para alcanzar el principio de eficiencia económica.

Desde los más recientes analistas económicos del Derecho, sin embargo, se precisa que el meta-mercado debe servir a la buena marcha de la economía, ya que —se indica— el poder público no ha demostrado ser un mecanismo plenamente eficaz de corrección de los fallos del mercado. Se predica, con gran sutileza, un redescubrimiento de los instrumentos del Derecho privado para conseguir los equilibrios perseguidos, encomendando, empero, al Estado una función de cobertura y orientación de las iniciativas privadas. Este modo de pensar entronca con las nuevas tendencias

[131] Véase, desde la lógica interna del análisis económico del Derecho, Coase, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley,* Madrid, Alianza, 1994; Schwartz, P. y Carbajo, A.: «Teoría económica de los derechos de propiedad», en *Hacienda Pública*, núm. 68 (1981), págs.221 y sigs.

[132] Véase, Torres López, J.: *El Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Tecnos, 1987, passim.; Mercado Pacheco, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, CEC, 1994, pág. 134.

[133] Sin embargo, interesa señalar que la categoría del contrato interactúa respecto de la relación económica que formaliza. Ésta última condiciona a la forma contractual a la vez está condicionada por la autonomía privada reflejada en el contrato.

[134] El elemento de seguridad y confianza ha determinado una transformación de la responsabilidad civil en el sentido reducir su función originaria de carácter indemnizatorio, toda vez que los daños típicos del mundo contemporáneo (accidentes de trabajo, daños al medio ambiente…) existen de ordinario sin poder decir que la tutela indemnizatoria constituya en rigor un freno a su producción. De ello se infiere que el jurista se ve obligado a buscar nuevos instrumentos de protección sin poder dejarse vencer por la ilusión de que la amenaza de una condena por daños actúe como prevención («sanción amenazada») de la comisión de actos considerados como ilícitos. En este sentido Lipari, N.: *Derecho privado*, cit., pág. 31.

*controladas* (y calculadas desde una renovada racionalidad instrumental) de desregulación legislativa y de privatización del sector público. En ese contexto existe una tendencia hacia una mayor presencia de la *sociedad por el Derecho reflexivo*. Ese modo de regulación de apoyo público a la autorregulación privada, tiene un soporte esencialmente contractual, que permite articular las estructuras de las instituciones económicas[135].

La *racionalidad reflexiva* se justifica por lo aconsejable de coordinar recursivamente formas determinadas de cooperación social; apoya la autonomía social *regulada*, no adaptada a pretendidos «órdenes sociales naturales»[136]. El derecho reflexivo se aproxima al derecho de contratos, a la relación contractual, de una manera diferente respecto del derecho formal y material. Este tipo de racionalidad legal moderna, pretende estructurar las relaciones de intercambio de manera que se iguale el poder de negociación e intenta sujeta a las partes contratantes a mecanismos de «responsabilidad pública» que están concebidos para asegurar los procesos de negociación tomarán en cuenta los distintos factores externos. Sin embargo, dentro de los límites en los que el campo ha sido estructurado de esa manera, las partes son libres para concluir cualquier tipo de intercambio como deseen. Ese «derecho autónomo» mantiene, sin embargo, los elementos de la racionalidad legal moderna, pero la racionalidad reflexiva en el derecho obedece a una lógica de legitimación procedimental[137].

Por otra parte, se constata actualmente una tendencia hacia la racionalidad legal material en el «derecho legal de contratos», que se refleja en las definiciones legislativas de condiciones mínimas y en la preocupación judicial sobre el contenido sustancial de los acuerdos. En contraste, la tendencia reflexiva emergente es manifiesta en la regulación legal de la negociación colectiva (en el marco del Derecho del Trabajo), que opera esencialmente dando forma a la organización de la negociación colectiva, y limitando o expandiendo las funciones de los actores colectivos. El Derecho legal intenta equilibrar el poder de negociación, pero así controla sólo indirectamente los resultados específicos alcanzados en el proceso negociador. Aquí la función del Derecho estatal no es la regulación material, sino la estructuración organizativa y procedimental de los procesos sociales «autónomos».

La tarea del Derecho reflexivo del Estado no es ni desplegar directamente su propio programa finalista ni resolver los conflictos entre objetivos de políticas divergentes. Consiste, ante todo, en *garantizar los procesos de coordinación y propiciar un acuerdo* razonable entre las partes negociadoras[138]. Marco éste, en el que se puede considerar al contrato y la organización como dos dimensiones de un mismo fenómeno gradual: el *proceso de diferenciación interna del sistema económico en el capitalismo organizado*. De manera que el *contrato* constituye la formalización de un proceso de cambio, que rige la reproducción autopoïetica del sistema económico, y asegura la reproducción de actos de pago por actos de pago. Los contratos revelan, pues, un comportamiento

[135] Véase, Teubner, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, págs. 101 y sigs. Véase, también del mismo autor: Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno, en Bourdieu, P. y Teubner, G.: *La fuerza del derecho*, Bogotá, Biblioteca Universitaria, 2000, págs. 83 y sigs., y 123 y sigs.

[136] El Derecho reflexivo busca diseñar sistemas sociales que se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento. El derecho reflexivo, a diferencia del derecho formal, no acepta derechos subjetivos «naturales». En lugar de ello, intenta guiar la acción del hombre redefiniendo y redistribuyendo los derechos de propiedad. El derecho reflexivo tiende a confiar en normas procedimentales que regulan los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias. Véase, Teubner, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 106-107.

[137] Véase Teubner, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 108, quien apunta, por otra parte, que a diferencia del Derecho formal, el derecho reflexivo no toma las distribuciones existentes como dadas. Asimismo, a diferencia del Derecho material, no mantiene que ciertos resultados contractuales sean deseables.

[138] Véase Teubner, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 137 y sigs. Para Teubner, la racionalidad legal reflexiva requiere que el sistema legal se vea a sí mismo como un sistema en un entorno (*Ibid.*, pág. 143).

social de cambio, y se organizan en función de un régimen de concurrencia[139]. En cambio, *la organización* formaliza la *cooperación*, que tiene lugar a base del hacer social. La organización no es un simple contrato enriquecido de gobierno de las estructuras o de derechos que inciden sobre los procesos decisionales. El papel del conjunto contractual interpuesto entre los portadores de recursos no es comprensible en esta perspectiva. El concepto de estructura organizacional no constituye una reinterpretación de relaciones contractuales. Los contratos concluidos entre la organización y estos diferentes grupos o categorías portadoras de recursos (detentadores de capital, los trabajadores, los «management», los clientes, etcétera) caen bajo las regulaciones de relaciones del sistema de la organización con su entorno. El haz contractual de portadores de recursos regula las diversas relaciones del sistema «organización» con su entorno, es decir, con sus miembros. En cambio, la organización continúa siendo un sistema de actividad relativamente autónoma e independiente. Es en ese cuadro donde se produce la racionalización del funcionamiento de la organización (los objetivos, las relaciones fin-medios, los órdenes jerárquicos, etcétera). La racionalización económica estriba en la orientación fundamental de las medidas organizativas hacia la máxima *eficiencia* posible.

Esta vinculación, realmente existente, no debe ocultar, sin embargo, la aportación de esta corriente de pensamiento jurídico-económico. Pues, en efecto, ella ha destacado la importancia del sistema jurídico en las relaciones económicas, porque pone de relieve el papel del orden jurídico como instrumento de asignación y distribución de los recursos. En este orden de ideas, se otorga una gran relevancia al sistema jurídico para la configuración de los derechos económicos y la determinación específica de los costes de transacción con elementos determinantes en el momento de solucionar los problemas de la externalidades, y su desarrollo ulterior a través del movimiento de los *property rights*[140] y las demás aportaciones de esta corriente de pensamiento. Y es que esta tendencia recuerda que las categorías jurídicas ostentan una función constitutiva de las relaciones económico-sociales. No se trata de un simple instrumento de control social externo a dichas relaciones subyacentes a toda institución jurídica. Por ello, los agentes que intervienen en la producción y aplicación de las normas jurídicas son actores que participan en los procesos económicos y sociales.

En el plano de la sociología del Derecho, ya se había afirmado esa función constitutiva del Derecho, indicándose que el sistema jurídico se asemeja a un «sistema de racionamiento» de los recursos de la sociedad jurídicamente organizada, donde las decisiones jurídicas adquieren un carácter eminentemente económico. Atendiendo a esa función asignativa, no cabe duda que el Derecho es un factor de estratificación social y que expresa asimismo la distribución del poder en la sociedad

[139] La teoría de los «costes de transacción» reside en su base contractualista. La descomposición de la organización económica en un conjunto contractual complejo puede ser racional, pero tiene el riesgo de difuminar completamente los factores institucionales («corporativos») y colectivos de la organización económica. Una perspectiva crítica de este modo de pensar, en Teubner, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, pág. 201.

[140] Schäfer, H. B. y Ott, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, para estos autores los property rights, que pueden traducirse como derechos de actuación, son modos de comportamiento aceptados por los hombres, que rigen la existencia de bienes y que se aplican a su utilización. Dichas relaciones determinan la conducta que toda persona tiene que observar en sus relaciones con los demás. En caso contrario, ha de cargar con los costes de tal inobservancia. Por su parte, la palabra «bien» se aplica a todo aquello que puede proporcionar utilidad a una persona. Por consiguiente, Property rights son, por ejemplo: —el derecho a utilizar un bien (usus) —el derecho de apropiarse de la renta obtenida con la explotación de un bien (usus fructurs), —el derecho a modificar la forma de un bien—. El ordenamiento jurídico asigna originariamente estos derechos, pudiendo ser transmisibles o negociables. La mercantilidad presupone esa asignación originaria (*Ibid.*, págs. 82-83). Se ha destacado que la categoría de property rights puede ser definida como «conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos» implica la descripción de todas las relaciones sociales y todas las acciones del individuo como relaciones propietarias». Cfr. Mercado, P.: *El análisis económico del Derecho*, cit., pág.163.

organizada[141]. En tal sentido, corresponde al jurista analizar la incidencia de toda decisión jurídica sobre el sistema económico. Sobre las instituciones jurídicas se realiza una mirada como mecanismos internos de regulación de las relaciones sociales y no como garantías externas en la simplificación liberal, que en cuanto tales operarían desde el exterior a los procesos económicos[142]. En el paradigma liberal, el Derecho es meramente un reflejo (un espejo, diría Rorty[143]) de las relaciones de mercado. Los derechos económicos (como el de propiedad, la libertad de empresa y de contratación) son derechos naturales de contenido negativo frente a toda intromisión de los poderes públicos. La función del sistema jurídico es la de garantizar los derechos económicos, siendo garante de los mismos y otorgando seguridad en la observancia de las reglas de autogobierno del mercado[144].

Con este enfoque, se realzaba la función conservadora del orden natural existente en la sociedad civil[145]. Sin embargo, la teoría analítica contemporánea parte del postulado de que el Derecho asume una función directa, y no meramente refleja de categorías económicas externas, en la asignación y distribución de los recursos en la sociedad. En este aspecto, es significativa la redefinición, ya aludida, de la categoría *property rights* desde la corriente analítica. A través de esta noción se tiende a disolver el concepto unitario de propiedad, eliminando la vinculación entre propiedad y cosas. La noción de propiedad es diluida en un conjunto de facultades o derechos, lo cual constituye una *metamorfosis del instituto jurídico de la propiedad* donde se desplaza su aspecto simbólico de relación hombre cosa por una relación entre personas cuyo objeto son precisamente las cosas. De manera que los derechos de propiedad más que referirse a las relaciones entre los hombres y las cosas, hacen referencia a las «relaciones behaviarístas sancionadas entre las personas que surgen de la existencia de cosas y que atañen a su uso»[146].

Este enfoque realista se opone la visión naturalista liberal originaria sobre los derechos patrimoniales, que era incapaz de vislumbrar la importancia efectiva del elemento institucional de las actividades económicas. Para la nueva teoría económico-jurídica, la estructura compleja y «personal» de los derechos de propiedad permite superar la antigua concepción liberal respecto a las categorías del Derecho privado del sistema capitalista, las cuales partían de la metáfora de la propiedad como simple poder de control de los individuos sobre las cosas (un poder de gobierno autónomo sobre las cosas objeto del derecho de propiedad). La propiedad es, pues, una relación jurídica entre personas, garantizada y sancionada por el Derecho del Estado. Si el Estado *está implicado en el mismo sistema de los derechos economico-patrimoniales, resulta obvio que queda desquebrajada toda pretensión liberal sobre el supuesto carácter neutral del poder público como mero garante externo del Derecho privado*. Así, cuando el Estado tutela un «property right» («derecho de actuación») supone que éste garantiza los correspondientes ámbitos de actuación (derechos o facultades) frente a terceros bajo la amenaza de hacer uso de todo su poder de coacción institucional[147].

---

[141] Véase Ferrari, V.: *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, espec., Cap. III.

[142] Desde otro punto de vista, Alf Ross, había realzado que no existen «dos mundos» y que el Derecho no es una pura idealidad construida sobre la sociedad y enteramente independiente de esta. Véase su obra Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 4.ª ed., 1977, págs. 63 y sigs. Puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: *Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho*, Est. Preliminar a la obra de Ross, A.: *La lógica de las normas*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.

[143] Véase Rorty, R.: *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, 3.ª ed., Madrid, Cátedra, 1995.

[144] Véase, al respecto, Rebuffa, G.: «Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIII, núm. 1 (1983), pág. 156.

[145] Ripert dirá que el Derecho es la ciencia del orden establecido, que asume una función conservadora (en sentido técnico) del orden social existente. Véase Ripert, G.: «Evolución y progreso del derecho», en AA. VV.: *La crisis del Derecho*, Buenos Aires, EJEA, 1961, págs. 14 y sigs.

[146] Mercado, P.: *El Análisis Económico del Derecho*, cit., pág. 153.

[147] Véase, Grey, T. C.: «The Desintegration of Property», en Pennock, J. R., y Chapman, J. W.: *Property, Nomos XXII*, New York University Press, New York, 1980, pág. 79.

El problema práctico que afronta esta renovación de la teoría de los derechos patrimoniales es que permite comprender que la resolución de los conflictos entre derechos requiere de la intervención de los mecanismos institucionales predispuestos por el Derecho del Estado. Los derechos no tienen una existencia natural previa que después el Derecho estatal se limitaría a sancionar y proteger. Pero es que, además, cuando formaliza un sistema de derechos y decide sobre la resolución de los conflictos subsiguientes realiza elecciones de orden político-jurídico (sometidas a una lógica de esa índole). Esa concepción *positivista* y relativista se opone a la cosmovisión liberal de los derechos como derechos absolutos preexistentes al momento de su reconocimiento y garantía por el sistema jurídico-institucional. En coherencia, para esta corriente de pensamiento, los derechos son tales en la medida en que son sancionados y garantizados por el Derecho objetivo dentro del sistema jurídico. Esta es su concepción neopositivista[148].

Sea como fuere, en la actualidad se refleja ese carácter dinámico de la posición jurídica de los derechos. Existe, en efecto, una lucha por los derechos en el mismo interior de ordenamiento jurídico. Esta lucha ha quedado bien de manifiesto ante la crisis del modelo contemporáneo de Estado social (el Estado del Bienestar). Se hizo referencia al hecho de que el Estado social, adquiere como rasgo constitutivo el ser intervencionista en materia económica y social juridificando los intereses contradictorios y tratando de buscar una ponderación en la protección de los mismos. De manera que al realizar su función directa de asignación y distribución de recursos se produce una inevitable coexistencia del principio de eficiencia con el principio de protección (traducible en términos de igualdad y de solidaridad)[149]. Esa función económico-social propia del Estado intervencionista contemporáneo, comporta el compromiso directo del poder público en la realización del bienestar social[150], lo que ha supuesto un cambio esencial en las relaciones entre Estado, Derecho y economía. Es el sentido y alcance de esta intervención protectora en la esfera económica y social lo que se cuestiona desde finales del siglo XX. He aquí donde se sitúa la dimensión *propositiva* de la corriente del análisis económico del Derecho, ya que partiendo de la importancia innegable del papel del sistema jurídico-institucional en la conformación del orden económico y social, considera que en el momento presente existe una sobrecarga de demandas al poder público, de manera que este tiene que descargar parte de

[148] Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, concluye su extraordinaria obra señalado que "los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los jurisconsultos en el aparato exterior y plástico del derecho positivo, son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia, inevitable, que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión. He ahí el principio esencial de mi tesis y lo que habrá necesidad de negar y destruir absolutamente si se quiere contradecir con éxito mis ideas" (*Ibid.,* pág. 534).

[149] Hay que tener en cuenta que los conflictos de la sociedad contemporánea se mueven cada vez sobre un espacio jurídico explícito, debido al proceso de juridificación de la sociedad, con la consiguiente penetración del Derecho en el mundo de la vida. Ello convierte al Derecho del Estado en un actor directo implicado en la lucha entre los intereses, con todos los problemas de gobernabilidad con ello puede plantear. Piénsese en el fenómeno ya aludido de contractualización de las leyes, derivados de una transacción sustancialmente política gestada inicialmente fuera de los cauces parlamentarios. Sobre los problemas de la juridificación en el Estado social de Derecho, Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; Teubner, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, en Bourdieu, P. y Teubner, G.: *La fuerza del derecho*, Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 2000, págs. 81 y sigs. El resultado es la pulverización de la ley como instrumento de conexión del sistema social en su conjunto, como un todo unitario.

[150] Véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J. L.: *Los renglones torcidos de la política social moderna*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Granada, 3.ª época, núm. 2 (1999), págs. 239 y sigs. La evolución del Estado Social de Derecho seguirá una evolución compleja desde finales del siglo veinte y de consolidación en los inicios del siglo veintiuno, pudiéndose hablar tanto de "Estado de Mercado" (Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; Monereo Perez, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017), como de manera "Estado competitivo schumpeteriano" (Jessop, R.: *El futuro del Estado capitalista,* Introducción de J. C. Monedero, Madrid, La Catarata, 2008).

sus responsabilidades, liberando espacios de actuación a la iniciativa privada, donde los conflictos se resolverían atendiendo al principio de eficiencia medido por los costes de transacción. De ahí que la teoría económica del Derecho postule no una retorno sin más al mercado libre, sino una política pública de apoyo al poder de autogobierno de las fuerzas del mercado en sentido amplio (incluido el «mercado laboral»), con la finalidad de que el mercado, *cada vez más autorregulado desde el punto de vista jurídico*, se convierta en el instrumento principal de reasignación de los recursos disponibles (sustituyendo en ese carácter principal a la responsabilidad político-jurídica asumida por el Estado social).

Se trata de un proceso de *mercantilización de los derechos,* tanto de los derechos económico-patrimoniales propiamente dichos como del conjunto de los derechos cuyo contenido era garantizado antes por el Estado constitucional democrático. Ello se pone de relieve en la noción omnicomprensiva de *property rights* formulada desde la corriente del análisis económico del Derecho, conforme a la cual dicho concepto remite al sistema de relaciones económicas y sociales que determinan la posición de los individuos en relación a la disponibilidad de recursos escasos. Esta categoría jurídica es susceptible, pues, de comprender tanto los tradicionales derechos patrimoniales como los derechos extrapatrimoniales, a los cuales se les somete a una lógica económica en su dinámica de funcionamiento. He aquí, que esa amplísima figura *somete a una lógica mercantil a todo el sistema de derechos* constitucionales. Es el renacimiento, a expensas del sistema del Estado social, de la idea liberal originaria de *mercantilización de todas las cosas*[151]. La nueva teoría económica pretende «despolitizar» los derechos económicos y sociales. Por definición, los derechos sociales han sido concebidos como *derechos de desmercantilización o descomercialización*[152], evitando que ciertos bienes sociales se configuren como mercancías sujetas a las desiguales relaciones de poder de mercado. Lo que se postula es un replanteamiento de esta estructura de los derechos para hacerlos más funcionales al mercado. De este modo la *garantía pública* de los derechos —resultado de una larga lucha por los derechos del hombre, asegurando una posición estatutaria del individuo en cuanto tal más allá de su posición de poder en el mercado— sería ahora desplazada por la *contractualización* de los mismos según la respectiva correlación de fuerzas en el mercado. Es así que los derechos quedan sometidos a la lógica mercantil y al principio de eficiencia imperante en el sistema económico. En este sentido se redescubre el modo de pensar del individualismo posesivo[153], pero ciertamente adaptado a un marco económico e institucional profundamente cambiado. No se trata de que el ordenamiento jurídico se desentienda de la marcha de la economía, sino de que éste opte por la creación del marco institucional más adecuado para la realización del principio de eficiencia: que se constituya en instancia *subordinada a lógica del mercado* (que es al propio tiempo la lógica de los agentes económicos que operan en el espacio económico) de asignación y distribución de los recursos[154].

[151] Vid. supra las reflexiones hechas sobre esta problemática.

[152] Véase Monereo Pérez, J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7 y sigs., y del mismo autor, *Derecho sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

[153] El individualismo posesivo es la posición dominante de todo el siglo diecinueve. Se reforzó con el ascenso político de la burguesía, la cual procedió a su regulación y delimitación por el soporte normativo de los Códigos y por la nueva utilización de las técnicas romanas y romanistas. Ese individualismo se hizo más radical y agresivo ante las frecuentes, aunque no eficaces, oleadas antipropietarias que surgen. En verdad, las doctrinas jurídicas que postulaban la propiedad colectiva en sus múltiples formas, atentaban contra la principio de dominio propietario que establecía una vinculación directa e inmediatamente soberana entre un sujeto titular y un bien objeto de propiedad. Véase, ampliamente, el completo estudio histórico-jurídico sobre la controversia entre propiedad individual y propiedad colectiva en la cultura jurídica del siglo XIX, de Grossi, P.: *Historia del Derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, págs. 19 y sigs., passim.; Grossi, P.: *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996. Véase también, Barcellona, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996.

[154] No se olvide que dentro de los subsistemas en que se resuelve el sistema social general, el subsistema económico se rige de modo prevalente por el principio de eficiencia.

Esto significa en la práctica postular la funcionalización del Derecho al servicio del mercado, de cuyas consecuencias trágicas ya advirtiera Polanyi, sobre la base de la experiencia histórica[155]. La mitificación del mercado como mecanismo de autorregulación social es apoyada y acompañado del compromiso del ordenamiento estatal en favor del principio de eficiencia económica. Implicación ésta, que ha sido favorecida por el acrecentamiento de las condiciones de competitividad en un contexto de globalización de la economía. En esta línea de pensamiento, el Derecho es contemplado desde una perspectiva instrumental, es decir, concebido como técnica de organización de la sociedad con arreglo al principio de eficiencia. Éste está presidido, a su vez, por el paradigma tecnológico (la racionalización técnológica), lo que supone reducir los problemas jurídicos a cuestiones atinentes a la asignación y distribución de los recursos escasos[156]. El propio jurista es concebido como un ingeniero social, que ha de asumir su tarea teniendo en cuenta la aportación de las demás ciencias sociales[157]. Ese *modelo de jurista* se correspondería con las exigencias de funcionamiento de las sociedades actuales.

Esta alternativa a la crisis del actual modelo de Estado social (el Estado del Bienestar de la post-guerra de inspiración keynesiana) comporta la penetración de las categorías económicas en las categorías jurídicas, desplazando la propia lógica político-jurídica. Ello supone al tiempo la sustitución de la ciencia jurídica por la ciencia económica. Por lo demás, el principio de eficiencia tiende a desplazar al principio redistributivo, aunque desde otras perspectivas «internas» a la corriente se ha afirmado (Calabresi, Polinsky, Ackerman, Michelman, Ullen, etc.), que es necesario no descuidar la dimensión redistributiva del sistema jurídico, en cuanto instrumento para la remoción de la desigualdad social, que acaba siendo también de posición jurídica[158]. Proponen un compromiso entre el principio de eficiencia y el principio de equidad (vinculado éste a los valores superiores del ordenamiento jurídico).

Ello es coherente con los postulados de la teoría del análisis económico del Derecho, corriente de pensamiento que parte del principio de que el sistema jurídico debería tener como fin prioritario la eficiencia económica. También domina el *modelo de "jurista-económico"* que tiene su propio "dogma" formalista prestado de las premisas conceptuales de la ciencia económica; y un fin apriorístico del Derecho: la eficiencia económica de las instituciones jurídico-laborales en nuestro caso[159]. El nuevo

[155] Véase Polanyi, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989, cap. 14.

[156] Véase, al respecto, el famoso teorema de Coase, Coase, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley,* Madrid, Alianza Universidad, 1994.

[157] A ello se refería ya Pound, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y Est. Preliminar de J. Puig Brutau, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. 167 y sigs. La ingeniería —dice Pound— «consiste en una realización de cosas y no en el instrumento pasivo de llevar a la realidad las fórmulas matemáticas y las leyes mecánicas de la manera eternamente señalada. . . A diferencia de lo que ocurría en el último siglo, empezamos a concebir de la misma manera la misión propia del jurista, del juez y del legislador. La tarea que nos incumbe es la de estudiar el orden jurídico y no la de entablar discusión sobre la naturaleza del Derecho». Consúltese, Monereo Pérez, J.L.: *La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social",* estudio preliminar a Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

[158] Se han configurado las desigualdades, sean económicas o sociales, como las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Ellas concurren, en su conjunto, a formar las diversas esferas jurídicas. En este sentido Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 82.

[159] Con este enfoque el "mercado" en sí como institución social aparece como una "figura misteriosa" dotada de una "lógica propia" (más allá de la trama de las fuerzas sociales de referencia que se localizan en ese espacio económico) que se proyectaría sobre el sistema jurídico: la institucionalización del mercado se realiza bajo el principio guía del tipo de eficiencia dominante como determinante de las transformaciones del sistema jurídico (haciendo explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas) y como teoría racionalizadora del mismo. De este modo, el mecanismo del mercado, así entendido, significa subordinar la substancia de la propia sociedad a las leyes del

modelo de jurista que se postula –en coherencia– es el propio del jurista-ingeniero social y económico, que ha de tomar en consideración en el proceso interpretativo de la solución de los conflictos jurídicos la dialéctica de los intereses económicos subyacentes y atender la tensión coste-beneficio implicada en las normas jurídicas objeto de interpretación[160]. Ya se había advertido de la creciente tensión entre el Derecho de la concurrencia y el Derecho del Trabajo, sobre la infiltración de aquél en la lógica de éste último[161]. Su lógica es dual: tiene a eliminar las normas sociales que suponen restricciones al mercado consideradas contrarías a la competitividad empresarial, por un lado, y por otro, autoriza al intérprete (jurista-ingeniero socio-económico) a llevar a cabo una interpretación y resolución de los conflictos jurídicos que haga prevalecer la lógica de sustento del orden público económico que domina el derecho de la libre concurrencia. El "jurista intérprete-económico" en caso de conflicto debería primar el valor de la eficiencia sobre el valor de la justicia distributiva.

También en el plano del "jurista legislador-económico", en la elaboración de la regulación normativa de los procesos sociales se atiende a ese predominio de la eficiencia económica sobre la justicia social. Es así que con esa doble lógica del discurso jurídico se asiste desde hace tiempo a una crisis del principio de tutela del trabajador y a un redimensionamiento de la función de la normativa pública en el campo de las relaciones entre empresa y "mercado de trabajo", produciéndose un giro sobre el sentido político jurídico de la normativa laboral y de su dinámica de desarrollo más funcional a las exigencias de funcionamiento de los mercados y de reestructuración permanente de las empresas[162].

El Derecho no puede operar exclusivamente con la lógica del mercado, subordinando las decisiones jurídicas a los principios económicos. Bajo un realismo jurídico de nuevo tipo se postula la correspondencia de los contenidos de las normas con la materialidad de las relaciones económicas

mercado. Ello produce una suerte de "mercantilización" de la política y del Derecho: su reducción determinista e instrumental a "lo económico" como elemento determinante de la organización social. En este discurso sobre el Derecho (y en nuestro caso el Derecho Social del Trabajo) el Derecho es reducido aquí también a un "medio" (un instrumento técnico) para la organización social al servicio de la economía. La teoría económica del Derecho pretende la reconstrucción de un sistema jurídico sobre la base de la eficiencia económica como criterio de decisión "suprapolítico". El Derecho ha de adaptarse –lo cual no equivale a plegarse– en todo momento a las cambiantes exigencias de la eficiencia y competitividad de la economía. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* cit., págs. 392-393. La obra de referencia en la corriente instrumentalista económica del sistema jurídico es la de Posner, R.A.: *El análisis económico del Derecho (1992),* México, trad. E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1998, su proyección en la regulación de la relación laboral, págs. 306 y sigs., y su proyección en la regulación legal de las desigualdades del ingreso, la justicia distributiva y la pobreza, págs. 431 y sigs. Una moderada perspectiva crítica "interna" a esta corriente de pensamiento, en Calabresi, G.: *Un vistazo a la catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la economía,* Lima, Palestra Editores, 2011; y "externa" en Hierro, L.L.: *Justicia, igualdad y eficiencia,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; Torres López, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal,* Madrid, Tecnos, 1987; Mercado Pacheco, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; Paz Ares, C.: "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría económica del Derecho)", en *Anuario de Derecho Civil,* 1981, págs. 601 a 707; Pastor, S.: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1989. Una crítica implícita o subyacente, con contundencia en rebatir sus argumentos, a la unilateralidad del enfoque economicista en Sen, A.: *La idea de la justicia,* Madrid, Taurus, 2010; Íbid*., Sobre ética y economía,* Madrid, Alianza Editorial, 1989.

[160] Monereo Pérez, J.L.: *La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social",* estudio preliminar a Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

[161] Lyon-Caen, G.: *Le droit du travail une téchnique reversible,* París, Dalloz, 1995, pág. 90-92.

[162] Este modelo de jurista se contrapone al modelo de "jurista del Estado Social" que busca un equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social. En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I.3. ("Modelos de Juristas del Trabajo y reformas flexibilizadoras del derecho social"), págs. 110-136.

y sociales. Pero para los analistas económicos del Derecho, la realidad a la que ha servir el Derecho no es otra que la racionalidad de la economía de mercado y a su principio regulador (el principio de eficiencia). El modelo de hombre que serviría de parámetro para las decisiones económicas es el *homo oeconomicus*[163]. Se entiende así que la lógica del Derecho y la lógica del mercado no están disociadas, pero se da un paso más: el principio de eficiencia se convierte en un principio regulador que permite medir la «coherencia» de las categorías jurídicas atendiendo a su correspondencia con la lógica del mercado. Esa adecuación se corresponde con un esquema de validación material de las normas jurídicas, que desplazaría a la noción de validez material propia del Estado social de Derecho[164]. Desde este punto de vista, se explicitan las bases económicas de las instituciones jurídicas y, a la postre, las bases del propio capitalismo organizado. Con todo, el Derecho acaba siendo significativamente un «metamercado» institucional, de tal modo que su función mediadora queda restringida al estar subordinada a la lógica del mercado.

Todo ello queda explicitado en el discurso interno de los juristas inscritos en esta corriente de pensamiento. Se afirma que evitar el despilfarro es un objetivo económico necesario. En coherencia, una materia esencial de la *economía normativa* y de la teoría de política económica debe consistir en proponer regulaciones e instituciones cuya existencia promueva la eficiencia en la utilización de los recursos escasos[165]. Por ello, esta dirección de pensamiento jurídico aplica dicha perspectiva a las normas del sistema jurídico, al entender que es tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica analizar en qué medida las regulaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos e incrementan la eficiencia. Pero los analistas económicos estudian también estas normas en función de las consecuencias que producen para los miembros de la sociedad. Por eso este análisis pertenece al ámbito de las llamadas *teorías sociales consecuencialistas*. Conforme a ellas, las normas jurídicas, los actos y decisiones de la Administración, de los tribunales, e incluso los negocios de los particulares, son valorados con arreglo a los efectos que producen. Lo mismo cabe decir para las normas jurídicas.

En términos generales esta corriente de pensamiento presenta un *doble individualismo* que permite comprender el sentido de su aportación y la misma significación político jurídica de dicha tendencia. El Análisis Económico del Derecho acepta en la mayoría de sus ámbitos de aplicación un *individualismo normativo y un individualismo metodológico*[166]:

*a)* El *individualismo normativo*, según el cual los objetivos y tareas del Derecho del Estado deben ser establecidos haciendo reclamo de los objetivos y preferencia de los miembros de la sociedad. Parte de la idea de que en una sociedad avanzada los miembros de la sociedad están en condiciones de saber por sí mismos lo que más le conviene. Es así que la tarea del Estado exclusivamente debería limitarse a aunar y aglutinar estas preferencias y objetivos, nunca realizar su propias preferencias, desvinculadas de las preferencias de los miembros de la sociedad.

*b)* Esta teoría jurídico-económica participa del *individualismo metodológico*. Trata de predecir las consecuencias de las normas jurídicas. Ello comporta que los individuos persiguen su propio

[163] Véase Dumont. L.: *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1982; Dumont, L.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza, 1987.

[164] Para visión de la validez material, véase Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, Parte V. Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (2007),* vol. 1., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, págs. 773 y sigs.; Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (2007),* vol. 2., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, págs.9 y sigs. 298 y sigs.

[165] Schäfer, H. B. y Ott, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 21.

[166] Véase, Schäfer, H. B. y Ott, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 22. Sobre los rasgos del individualismo metodológico, véase Lukes, S.: *El individualismo*, Barcelona, Eds. Península, 1975, págs. 13 y sigs.

provecho, sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber. Esta hipótesis legal constituye a menudo un instrumento de predicción económica. Ese individualismo metodológico estima al individuo que actúa de forma racional y egoísta como la base para comprender las normas y las instituciones. Entiende rechazable toda pretensión de explicar los fenómenos sociales que no se exprese completamente en términos de hechos sobre individuos. Considera que aquéllas instituciones sólo son adecuadas para asumir sus tareas, si están configuradas de tal manera que las personas que actúan en ellas, a la vez que persiguen su provecho particular, fomentan estas tareas. Por eso, este modo de pensar es incompatible con aquellas teorías que intentan describir a instituciones, como el sistema jurídico, los parlamentos, las empresas o los partidos, sin recurrir al comportamiento individual. Conforme a la concepción del individualismo metodológico, no existe un comportamiento de los sistemas o las instituciones, sino sólo un comportamiento *en* las instituciones[167].

### 1.4. Mundialización de la economía y globalización del Derecho

Estamos hoy ante una nueva «gran transformación»[168], consistente en la emergencia de una sociedad globalizada o mundializada, que inciden en todas las instituciones fundamentales de la sociedad. Su originación es más antigua de lo que se piensa, ya que se vincula a la construcción de una «economía mundo»[169]. Como pudo apreciarse —y anticiparse— a mitad del siglo XIX, «en virtud de su explotación del mercado mundial, la burguesía ha dado una *conformación cosmopolita* a la producción y al consumo. Con gran pesar de los reaccionarios, ha sustraído el terreno de sustentación nacional bajo los pies de la industria»[170]. El proceso de globalización actual tiene como soporte la revolución tecnológica y comporta una nueva forma de gobernabilidad del mundo[171]. En la nueva reorganización del capitalismo se generalizan nuevas formas de relaciones económicas que coexisten con la economía de mercado tradicional, en una dirección que determina que, en gran medida, las relaciones humanas sean relaciones comerciales. Es el avance hacia la mercantilización integral, cuyo desarrollo último ya había sido intuido[172]. Las redes globales de productores sin necesidad de capital físico tienden a desplazar a los mercados normales. Es el retroceso progresivo del capitalismo industrial de mercado tradicional, su coexistencia y tendencial sustitución por un capitalismo más inmaterializado en el establecimiento y *constitución jurídico-política* de las relaciones económicas[173]. De este modo, no existe un Derecho privado internacional apolítico, regulador de las relaciones de comercio, sino que ese sistema de Derecho necesita de una intervención política que defienda la capacidad de los actores del mercado para confiar, sin impedimentos, en las reglas de Derecho privado, nacionales e internacionales (incluyendo la nueva «lex mercatoria»)[174].

La globalización supone la existencia de un nuevo modo de relación entre Estado y economía, especialmente marcado por la creación de las empresas transnacionales. La nueva forma de empresa

[167] Véase, Schäfer, H. B. y Ott, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, cit., pág. 23.

[168] Véase Polanyi, K.: *La gran transformación* (1944), Madrid, Ed. La Piqueta, 1989, passim.

[169] Véase, en general, Wallerstein, I.: *El moderno sistema mundial*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1979 y 1983; Braudel, F.: Civilización material, economía y capitalismo, 3 vols., Madrid, Alianza, 1984.

[170] Cfr. Marx, K. y Engels, F.: *Manifiesto del Partido Comunista* (1848), en OME-9/ Obras de Marx y Engels, Barcelona, Ed. Crítica (Grijalbo), 1978, pág. 140.

[171] Véase Giddens, A.: *Sociología*, Madrid, Alianza, 1996; Beck, U.: *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

[172] Véase Marx, K.: *El capital*, trad. M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976.

[173] Véase Rifkin, J.: *El siglo de la biotecnología*, Barcelona, Crítica, 1999; Id.: La era del acceso, Barcelona, Paidós, 2000. Véase Castells, M.: *La era de la información*. I. La sociedad red, Madrid, Alianza, 1997. Para la idea de construcción política e institucional de los mercados, véase Polanyi, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989.

[174] Véase, Amoroso, B.: «Internacionalización y capitalismo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 32 (1995), págs. 33 y sigs.; Wilkinson, V.: «The New Lex Mercatoria», en *Journal of International Arbitration*, vol. 12, núm. 2 (1995), págs. 104 y sigs.

en red —como forma dominante de organización del ciclo productivo— se organiza en estructuras flexibles, constituyendo un sistema de conexiones interempresariales capaz de comprender un ciclo productivo unitario o heterogéneo. De esta manera el personal laboral que presta servicios en esa empresa económica de estructura jurídica y económica compleja queda también fragmentado, dividido, tanto en los aspectos individuales de su relación de trabajo como en las relaciones colectivas. Este tipo de organización productiva facilita la dimensión transnacional de la empresa.

En el contexto de la globalización[175] y de nuevas formas de organización de las relaciones económicas se producen nuevas problemáticas jurídicas. Los sistemas jurídicos intentan adaptarse a las transformaciones operadas. Se produce, por otra parte, la emergencia de un renovado Derecho Internacional Privado, que parece girar sobre la redescubierta *lex mercatoria*, que es el resultado del acuerdo de los actores representativos de las empresas multinacionales.

Ciertamente, el Estado comercial abierto es la forma política dominante de gobierno de una economía acusamente desterritorializada[176]. La mundialización de los mercados está ocasionando una crisis, una erosión, de la forma estatal (y del Derecho estatal) de gobierno de lo económico. Existió una secuencia histórica, conforme a la cual al gobierno privado-estatal de la economía le sucedió el sistema *dirección público-estatal de la economía*, acompañada de la consagración de la noción de ciudadanía social típica del Estado social contemporáneo. Ahora bien, el supuesto base de ese gobierno de la economía ha sido la correspondencia *entre el espacio económico y el espacio jurídico político, entre Estado y mercado* (Estado-nación versus mercado-nacional). No obstante, el proceso de globalización de la economía rompe esa correspondencia entre espacio político y espacio económico, la cual se libera de las ataduras estatales y se desvincula de los lazos que le ligaban al territorio nacional. Este proceso de globalización ha supuesto una mutación fundamental en la articulación de los actores económicos y en el papel de los Estados en el gobierno de la economía mundial.

Resulta paradójico, pero ya altamente significativo, que la liberalización mundial de los factores que intervienen en el proceso productivo no se proyecte sobre el factor que debería ser más relevante: el factor humano, respecto del cual existen limitaciones en las fronteras nacionales. Esto en sí mismo refleja la orientación de las políticas de fondo que actualmente prevalecen en el proceso de globalización. Parece que el actual modelo de globalización está creando una sociedad desigual e injusta. Por otra parte, de los tres actores que operan en los mercados globales (el capital, el trabajo y los Estados) el único que tiene total libertad de movimientos es el capital, que puede desplazarse donde obtenga más oportunidades de ganancia[177].

La globalización pone límites inequívocos a la adecuación de los Derechos estatales y del propio Derecho internacional actual para responder a las exigencias de organización y control de los mercados internacionales. Ello supone el surgimiento de problemas de gobernabilidad jurídico-política en los nuevos espacios económicos, ya que la expansión transnacional de las fuerzas económicas exigiría de suyo la formación de un Derecho transnacional, que sería sólo el marco adecuado para establecer una regulación transnacional.

Se produce una tendencial crisis de la forma estatal del Derecho, junto a las fuentes del Derecho de base nacional, se están generalizando nuevas fuentes jurídicas extralegislativas, sobre todo a través de un Derecho consuetudinario y la mayor presencia de acuerdos colectivos entre las

[175] Véase Arnaud, A. J.: *O Direito entre Modernidade e Globalizaçao*, Río de Janeiro, Renovar, 1999.

[176] Véase, Mercado, P.: «El «Estado comercial abierto». La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en Capella Hernández, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 125 y sigs.

[177] Véase, en una perspectiva general, Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.

grandes empresas transnacionales y las representaciones de sus trabajadores. En realidad, están surgiendo nuevas fuentes de gobierno jurídico-político. En efecto, se asiste a un aumento vertiginoso de la *creación extralegislativa del Derecho*. Ello pone en *crisis el papel de la ley (y en general de la regulación pública) en la ordenación de un sistema económico globalizado*. La legislación pública pierde terreno[178] frente a la proliferación de *mecanismos autónomos de formación del Derecho regulador de las relaciones económicas internacionales*[179].

Los avances en la respuesta al fenómeno de la globalización se han producido significativamente en el plano del *Derecho económico*, el cual ha sufrido un proceso de revisión en distintos ámbitos. Desde distintas fuerzas internacionales se está acometiendo mecanismo de homogeneización del Derecho económico en el plano internacional. Un aspecto importante de ese esfuerzo homogeneizador son los avances en la construcción de un Derecho mercantil en el ámbito internacional, tanto a través de los mecanismos de autorreglamentación negocial de los propios agentes (*lex mercatoria*), como de la acción legislativa de las organizaciones internacionales, cuyo paradigma más importante es sin duda la legislación dictada al respecto en el seno de la Unión Europea para hacer frente al gobierno de la globalización regional y general del sistema económico mundial. Es aquí precisamente donde más se ha avanzado en la cesión de soberanía en materia económica.

Sin embargo, los mecanismos importantes de homogeneización del Derecho económico internacional no son los propios de la legislación pública, sino los nacidos del Derecho consuetudinario y la renacida y renovada *lex mercatoria*. Ésta se integra de un conjunto de reglas informales, y formales sobre la configuración de las relaciones económicas internacionales, establecidas por las fuerzas económicas dominantes al margen de los Estados legisladores. Sólo un sector pequeño — aunque muy importante de la doctrina jurídica[180]— había situado al contrato como posible fuente del Derecho objetivo. En general, la posición prevalente había concebido al instrumento contractual como una simple fuente de obligaciones negociales, bajo el soporte garante del Derecho objetivo.

La nueva «lex mercatoria» encuentra su fundamentación dogmática en la autonomía de la voluntad. Dicha «lex mercatoria» tiene el significado de ser un Derecho autónomo de la clase de los comerciantes, regulador de las relaciones económicas de comercio sin sujeción estricta a las reglas tradicionales de la codificación. Esta nueva «lex mercatoria», distinta de la antigua de origen medieval, está impulsada por los procesos de cambio llevados a cabo en las estructuras de los sistemas económicos contemporáneos y por la ruptura del paradigma «Estado-mercado». Es un Derecho autónomo de los comerciantes que existe por encima de las fronteras de los países y de modo independiente respecto de los ordenamientos nacionales. A través de esa «lex mercatoria» se produce una «autonomización» de la regulación jurídica de las relaciones comerciales en relación a los Derechos nacionales. La «lex mercatoria», en efecto, determina la creación autónoma de normas jurídicas por los comerciantes;

[178] Aunque existe un intento de gobernabilidad pública que se sitúa en los mínimos indispensables para el funcionamiento del sistema económico de la Unión Europea…

[179] Véase, Galgano, F.: «Le fonti del diritto nella societá post-industriale», en AA. VV.: *Nazioni senza richezza, richezza senza nazione, Bologna*, Il Mulino, 1993, pág. 21. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo II. 2 ("La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía"), págs. 54-109.

[180] Tal es el caso de Kelsen, en su monografía El tratado y el contrato, México, Imprenta Universitaria, 1943; Ferri, L.: *La autonomía privada*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Monereo Pérez, J. L.: Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho, Est. Preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000: Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024, Capítulo 2 ("El contenido esencial del Derecho fundamental a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos"), págs. 57 y sigs., Capítulo 4.1 ("La función de la autonomía colectiva en un sistema democrático de relaciones laborales"), págs. 102 y sigs.

dispone de órganos propios de resolución de los conflictos (señaladamente el arbitraje[181] como procedimiento de solución extrajudicial de conflictos derivados de los actos de comercio, que tiene la virtualidad de excluir la intervención de los órganos judiciales y la aplicación de normas imperativas legales); y, en fin, tiene a su disposición instrumentos coactivos para obligar compulsivamente (y disuasoriamente) al cumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales.

Las relaciones económicas en un contexto de globalización exigen rapidez y homogeneización de los mecanismos de contratación, lo que ha conducido a que las organizaciones de intereses empresariales y las grandes empresas diseñen contratos tipos o condiciones de la contratación y sistemas autónomos de control para su efectivo cumplimiento. En ellas, el principio de autonomía de la voluntad en su proyección negocial entra juego, pero ocultando la realidad de las relaciones de poder jurídico-económico que gobiernan el tráfico comercial. Con todo, se explica que la «lex mercatoria» tenga su raíz en el ámbito del comercio internacional, donde se opera una liberalización de las trabas predispuestas en los ordenamientos nacionales. Esto supone que en la «lex mercatoria» se produce el libre juego de los poderes económicos, el cual se impone en la dinámica de las relaciones jurídicas establecidas (en todas las fases de la contratación, incluido el reclamo de la cláusula compromisoria). De manera que se viene a reconocer la existencia de un poder normativo privado («statuta condere»), que a través de técnicas eminentemente contractuales (condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión[182], cláusulas contractuales compromisorias, cláusulas de exención de responsabilidad...) consagra también en lo jurídico el poder económico de los grandes empresarios. Es éste un fenómeno que corre de forma paralela a la «comercialización» del Derecho privado en su conjunto[183], pero enfocada ahora desde una dirección que pretende instaurar relaciones de privilegio económico en la contratación y en la aplicación del sistema contractual («favor creditoris»), como derivación funcional en lo jurídico de la prepotencia de las fuerzas económicas en el mundo moderno. Esta situación ha hecho nacer un «movimiento» legislativo y doctrinal encaminado a la protección de la parte más débil en la relación jurídico-económica (es decir, tanto en el plano económico-social

[181] El cual opera sobre la base de la cláusula compromisoria. En este sentido la cláusula compromisoria pone de manifiesto la naturaleza mixta (procesal y contractual) del convenio arbitral. Sobre ello véase Gondra, J. M.: «La moderna «lex mercatoria» y la unificación del Derecho del comercio internacional», en *Rev. de Derecho Mercantil*, núm. 127 (1973), págs. 7 a 38. Y con un planteamiento crítico, el propio De Castro, F.: «El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»», *Estudios Jurídicos*. . ., op. cit., págs. 1159 y sigs. Para De Castro la nueva «Lex mercatoria» utiliza la técnica arbitral «para la consagración del predominio jurídico de empresarios y banqueros» (*Ibid.*, pág. 1200). Considera igualmente que «parece indudable, que la existencia de la Lex mercatoria, y paralelamente la omnipotencia del arbitraje, depende, en primer lugar, del resultado de los esfuerzos hechos para liberal al comercio de la ataduras establecidas por las leyes imperativas de los Estados» (*Ibid.*, pág. 1201). Es ante esa preeminencia por lo que De Castro hace referencia a la «reacción frente al movimiento de la «nueva lex «mercatoria»» (*Ibid.*, págs. 1209 y sigs.).

[182] Nótese que ya Ripert había definido a los denominados contratos de adhesión como «aquellos en los cuales se acusa de una manera permanente la debilidad de uno de los contratantes como tal». Cfr. Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), de la presente edición, pág. 37. En particular, respecto al contrato de trabajo considera que «entregar el trabajo al libre consentimiento de las partes era condenar al obrero a sufrir la ley del patrono. El antiguo arrendamiento de servicios era completamente contractual; el contrato de trabajo moderno es casi enteramente imperativo» (*Ibid.*, págs.38-39).

[183] Véase, en general, Ascarelli, T.: *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, trad. E. Verdera Tuells, Barcelona, 1964; asimismo, Ascarelli, T.: *Introducción al Derecho Comercial y Parte general de las obligaciones comerciales*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar editores, 1947; Galgano, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1981. En una perspectiva histórico jurídica, el Derecho comercial se manifiesta, en primer lugar, como Derecho profesional (es decir, especial para una determinada clase), y después se extiende a cuantos participan en relaciones con los sujetos que estén sometidos a él, y más tarde a cuantos ejercen una actividad ordinariamente efectuada por comerciantes matriculados aunque el sujeto agente no lo esté, poco falta para que el Derecho comercial llegase a ser lo que después sería, esto es, un Derecho que regula objetivamente particulares relaciones económicas, cualificadas legislativamente como comerciales independientemente de la cualidad de la persona que las realizaba. De este modo se hacía del concepto de acto de comercio objetivo la base principal para la determinación de la materia comercial. Cfr. Rotondi, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, México, Labor, 1954, págs. 48-49.

como estrictamente jurídico o relaciones de dominio jurídico sobre la voluntad ajena), partiendo de la base de «que la autonomía de la voluntad, como también la libertad contractual, pierden su sentido cuando ella deviene señorío de los fuertes sobre los débiles»[184]. La reacción frente a esa concepción de la nueva «lex mercatoria» como Derecho de la clase de los comerciantes se produce de distintos ámbitos del Derecho social: el Derecho del Trabajo, el Derecho de protección de los consumidores, etcétera; sectores diferenciados del ordenamiento jurídico del constitucionalismo social que intentan reducir las posiciones de ventaja de los más fuertes, buscando a través de un sistema de Derecho más igualitario (esto es, el Derecho social en sentido amplio) un equilibrio entre las posiciones de poder jurídico-económico ostentadas por los empresarios, trabajadores y consumidores. Estos son conjuntos normativos que están pensados para *ciertas categorías particulares de personas*[185].

Sin embargo, la fuerza de los hechos de relevancia jurídica está poniendo de relieve la potencialidad del esquema o técnica contractual para afrontar de forma rápida y flexible las exigencias del tráfico económico-jurídico: para formalizar las relaciones comerciales y para establecer reglas jurídicas objetivas dotadas de fuerza vinculante para sus destinatarios. Pero, además, este fenómeno no es aislado, puesto que obedece a una tendencia más general a privilegiar el contrato como fuente de regulación de las relaciones económicas y sociales. Se potencia al contrato a través de políticas públicas de apoyo a la autorregulación colectiva de los sujetos económicos, y asimismo se establecen mecanismos de colaboración internormativa entre el contrato o convención y la norma pública[186]. Esta apertura a la técnica contractual supone reconocer resueltamente, superando el estricto dogma positivista (que reconduce el problema de las fuentes al monismo jurídico estatalista), la existencia de *fuentes del Derecho objetivo de origen privado*. De ahí que se ha podido hablar de un nuevo pluralismo jurídico interno e internacional, que rompe como la imagen falseada (desde el mismo paradigma de la *codificación constitucional* del Derecho privado en el siglo diecinueve) del monopolio de las fuentes estatales para crear Derecho objetivo[187]. Una expresión gráfica —pero desde luego no exclusiva— es la proliferación de nuevas fuentes del Derecho en el ámbito de las relaciones económicas internacionales. Este pluralismo de las fuentes conlleva también el favorecimiento de nuevas técnicas de resolución extrajudicial de los conflictos, como señaladamente el reclamo del arbitraje internacional, que es un procedimiento especialmente rápido para solucionar las controversias jurídicas. Estos arbitrajes están substraídos al conocimiento y al control de los poderes públicos. Por otra parte, en las relaciones entre las grandes y las pequeñas empresas auxiliares o subordinadas, los conflictos suscitados se substancian en muchas ocasiones al margen de los procedimientos judiciales ordinarios, ya que a la amenaza de perder las relaciones comerciales persuade a los empresarios de formalizar un proceso judicial. De este modo suele prescindirse de los mecanismos reguladores clásicos del Derecho privado general, los cuales ceden el paso hacia nuevos cauces de regulación y resolución de conflictos declarados en

[184] Cfr. De Castro, F.: El arbitraje y la nueva «lex mercatoria», en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, Madrid, Centro de Estudios Registrales y otras instituciones, t. II, 1997, págs. 1159 y sigs. (ensayo publicado originariamente en ADC, 1979, fascículo 4, págs. 619 a 725), en particular págs. 1213 y sigs.; De Castro, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios*…(II), cit., págs. 1251 y sigs. (publicado originariamente en ADC, t. 35, fascículo 4, págs. 987 a 1086), donde destaca que «La nueva lex mercatoria suponía atribuir a los empresarios poderes soberanos, de los que las condiciones generales representarían el poder legislativo» (*Ibid.*, pág. 1312). Piensa De Castro, por otra parte, que «la denominación de «nueva lex Mercatoria» viene a disimular su naturaleza anómala y a conferirle la apariencia de ser un renacimiento o continuación del Derecho de los «mercaderes» anterior a los «Códigos». Mas a pesar del nombre común dado, no cabe ocultar la diferencia de la nueva ley respecto de la antigua o tradicional lex mercatoria» (De Castro, F.: *El arbitraje*…, cit., pág. 1195).

[185] Respecto al Derecho del Trabajo, Ripert pudo decir que se trataba de un Derecho de carácter profesional, hecho para una categoría particular de personas. En este sentido, Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), de la presente edición, pág.41.

[186] Es el caso de la concertación en sus distintas manifestaciones. Véase Monereo Pérez, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, y bibliografía allí citada.

[187] Véase ya nítidamente, Gény, F.: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Tercera Parte, cap. I.

las relaciones económicas y sociales. He aquí que el ordenamiento de la economía de mercado ve reforzado el principio de autonomía privada como principio regulador, en la dirección de un derecho autónomo de los particulares («lex mercatoria»). Al ordenamiento estatal de la autonomía privada se añade el Derecho autónomo de los particulares en la ordenación de las relaciones económica de producción y de intercambio. Se produce una autonomización jurídica de lo económico. La autonomía privada continua siendo, pues, un elemento esencial del Derecho privado, donde se mantiene la centralidad de la forma contractual, como instrumento flexible de formalización de las relaciones económicas. El resultado es un ordenamiento más complejo y pluralista y por tanto más difícil de gobernar desde una racionalidad vertical.

Estamos ante la construcción efectiva de un mercado mundial, con formas de autogobierno de los propios agentes económicos y sin que se halla arbitrado (y no se vislumbra todavía) mecanismos de regulación y control en el plano del Derecho internacional general de las actividades de comercio internacional. En este contexto están emergiendo nuevas formas de la gran empresa transnacional, creando estructuras más flexibles como la empresa-red[188], que permite liberarse a las grandes organizaciones empresariales de las ataduras de la legislación protectora de los Estados nacionales y fragmentar (y debilitar) a los colectivos laborales que integran sus plantillas[189].

Las nuevas formas de organización empresarial, como la empresa-red descentralizada y de personalidad jurídica múltiple, sólo han podido proliferar gracias al actual proceso innovación tecnológica[190]. Bajo el nuevo paradigma tecnológico las empresas cada vez más tienden a organizarse en redes, tanto internas como en sus relaciones externas. En este sentido se está fomentando una cultura que interesa para la constitución y el desarrollo del sistema económico global, y que se materializa en una *lógica organizativa*, como base legitimatoria de las relaciones de autoridad institucionalizadas. En este sentido existe una tendencia a desplazar al modelo tradicional de organización industrial, lo cual ha sido gráficamente descrito como el tránsito de la producción en serie del fordismo a la producción flexible del postfordismo[191]. La época de la gran fábrica en «economías de velocidad», de las «catedrales» fabriles de la época de apogeo industrial, por supuesto no desaparece, pero se rompe su monopolio en una perspectiva de tendencia en el capitalismo actual como sistema-mundo[192].

---

[188] Véase Monereo Pérez, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; Mineo, G.: «Forma del ciclo y forma de las instituciones», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 32/1995, págs. 139 a 171; Castells, M.: *The Rise of the Network Society (The Information Age: Economy, Society, Culture; v.1)*. Oxford, Blackwell Publishers. 1998; Torrent, J.:*La empresa-red. Tecnologías de la información y la comunicación, productividad y competitividad,* Barcelona, Ariel, 2007.

[189] Véase Monereo Pérez, J.L.: «Derecho social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», en Capella Hernández, J. R. (coord.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 219 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 2017.

[190] La globalización se asienta en los profundos cambios que se han producido en el plano tecnológico, el desarrollo de la economía informacional y en la fluidez de las transferencias financieras. En este sentido, véase Castells, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I. La sociedad red, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 178 y sigs. («La empresa red: cultura, instituciones y organizaciones de la economía informal»); Chesnais, F.: *La mondialisation du capital*, París, 1994 passim.

[191] Véase, Piore, M. J. y Sabel, CH. F.: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, Alianza, 1990.

[192] En este sentido Beck, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, pág.275. Sobre los efectos económicos, sociales y culturales de la «tercera revolución industrial», véase, Rifkin, J.: *Fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1997, Segunda parte. Para la las consecuencias de la cuarta revolución industrial (Revolución 4.0); Joyanes Aguilar, L: *Industria 4.0 la cuarta revolución industrial*, Madrid, Marcombo, 2017; OIT/UIA: *El futuro del trabajo en el mundo de la Industria 4.0,* Buenos Aires, Oficina de país de la OIT para la Argentina, 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_749337.pdf. Respecto al paradigma de la gran empresa organizada verticalmente en las «economías de la velocidad», véase Chandler, A.: *La mano invisible*, Madrid, MTSS, 1988.

El capitalismo como "sistema-mundo" se halla sometido desde hace tiempo a ciclos continuos de inestabilidad, que hasta el momento ha venido sorteando entre reformas y revoluciones "interiores", es decir, combinando planificación y mercado, en un tensión dialéctica entre distintas racionalidades e intereses contrapuestos. Pero está sobreviviendo a costa de la destrucción de bienes comunes y de limitar su capacidad creadora y redistributiva, es decir, contradicción el proceso de destrucción creativa que, en el modelo de Schumpeter, representaba la esencia del capitalismo moderno organizado[193].

Con todo se replantea la función de las políticas estatales en el gobierno de la economía mundial. Existe una elección por la desregulación del comercio internacional, lo que supone una política de *laissez-faire como modelo de regulación jurídica autónoma*, intencionalmente propiciada por los Estados nacionales y no sólo por la acción autónoma de las fuerzas económicas dominantes en la esfera económica internacional. Es éste «un modelo de gobierno y de «regulación» de la economía mundial»[194]. Esta visión de las tareas del Estado se sitúa frente al paradigma liberal de *Estado comercial cerrado*[195]. No obstante, recuérdese que la era moderna se ha caracterizado por la existencia de dos procesos interdependientes: la creación de un sistema nacional de Estados[196] y, ya originariamente, la *formación de un sistema capitalista de alcance mundial*[197]. En realidad, la economía liberal suponía que el mercado era un árbitro suficiente del bienestar público o general[198]. Por lo demás, el nuevo sistema de poder se caracteriza por la pluralidad de las fuentes de autoridad y poder, siendo el Estado-nación tradicional sólo una de ellos. Ciertamente, lo que se está produciendo es una relativa pérdida poder del Estado-nación dentro del ámbito de la *soberanía compartida* que

[193] Schumpeter, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia,* Barcelona, Folio, 1996. La crítica al capitalismo financiero y especulativo y a la misma idea de destrucción creadora hecho por Veblen fue demoledora y anticipadora de lo que vendría después. Véase Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios (1904),* trad. Carlos Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica social de Thortein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios,* Granada, Comares, 2010; Monereo Pérez, J. L. (2022). 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)*, (5), 20–49. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.15043; Monereo Pérez, J.L.: La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen. (2023). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *8*, 41-66. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816

[194] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial*, cit., pág. 233; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomazo, 2017, págs. 9 y sigs.,29 y sigs., 213 y sigs.

[195] Respecto a ese paradigma, véase Fichte, J. G.: *El Estado comercial cerrado*, trad., y Est. Preliminar, J. Franco Barrios, Madrid, Tecnos, 1991, passim. Fichte considera esencial el acotamiento del mercado nacional para conseguir una armonía perfecta entre producción y consumo. A través de dicha armonía, el artesano puede sentirse seguro de extraer del ejercicio de su profesión lo que necesita para satisfacer sus necesidades; lo cual era —según Fichte— una condición indispensable para que se puede asimilar el oficio desempeñado a la propiedad. Véase Jouvenel, B. de.: *Los orígenes del estado moderno* (1976), Madrid, Ed. Magisterio Español, 1977, pág. 207. Para la crisis del dogma histórico-espiritual de la soberanía, véase Heller, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995, págs. 77 y sigs.

[196] El capitalismo de los orígenes sólo triunfará «cuando llega a identificarse con el Estado, cuando es el Estado». En este sentido Braudel, F.: *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, 1977, págs. 64-65. En esa línea de pensamiento, se ha señalado que el capitalismo ha podido desarrollarse precisamente porque la «economía-mundo» ha tenido dentro de sus fronteras no una, sino una multiplicidad de sistemas políticos estatales que han tratado de garantizar su posición competitiva en la «economía-mundo» frente a los demás Estados del sistema mundial. Cfr. Wallerstein, I.: *El modeno sistema mundial*. I, Madrid, Siglo XXI, 1979.

[197] Véase Tilly, CH.: *Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons*, New York, Russel Sage, 1984, pág. 147 (trad. Tilly, CH.: *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*, Madrid, Alianza, 1991).

[198] En este sentido Bell, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), Madrid, Alianza, 1994, pág. 37. Sobre el pensamiento económico liberal, véase ampliamente Schumpeter, J.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, Ariel, 1982.

caracteriza al escenario de la política mundial actual[199]. Pero también una ruptura del *modelo de «capitalismo organizado»* implantado durante el siglo veinte, y el caos y la inestabilidad en la *longue durée* que antecede a probables nuevas formas de reorganización del sistema-mundo y de los modos de gestión de la política. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el capitalismo en su largo desarrollo histórico se ha caracterizado por su flexibilidad y capacidad de adaptación a circunstancias siempre cambiantes[200]. Los Estados del capitalismo avanzado no desaparecen, se abren a los nuevos espacios económicos e intervienen en decisiones fundamentales sobre la conformación del comercio mundial. Sucede, no obstante, que sus decisiones quedan revestidas de un pretendido determinismo técnico, es decir, están marcadas por la racionalidad económica instrumental y, en relación a ella, por la realización del principio de eficiencia. El resultado es una aparente despolitización de las decisiones públicas de gobierno[201], que más allá de esa apariencia tecnocrática y eficientista concierne a los problemas del poder jurídico en la sociedad contemporánea. La misma opción por una desregulación *legislativa* del comercio internacional, supone en sí una elección intrínsecamente política decidida a privilegiar a las formas de autorregulación de las relaciones económicas, como instrumento regulación flexible de las mismas (principalmente a través de la "lex mercatoria"[202], que genera un entramado autorregulador que conforma una arquitectura jurídica de impunidad contra el Derecho Internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo democrático social de los Estados nacionales).

Sin embargo, el sistema democrático no puede rehusar su responsabilidad en la garantía de un equilibrio entre el principio de protección de los derechos de ciudadanía y el principio de eficiencia económica. En una sociedad democrática abierta, la economía debe estar subordinada a las necesidades de la sociedad[203]. Los desequilibrios económicos y sociales que están producción con el actual modelo de desregulación y es posible que acaben con la ilusión neoliberal de reivindicar una autonomía de la economía liberada de las limitaciones del sistema político. La democracia constitucional con Estado Social exige un gobierno democrático de la economía, y por tanto una implicación más directa de los Estados constitucionales en la organización del sistema económico mundial. En este sentido el sistema económico global exige una regulación democrática, a pesar de que el fundamentalismo liberal del mercado pretende suprimir el lugar de la decisión democrática. Pero ese dogma neoliberal puede constituir la mayor amenaza hoy para la sociedad abierta, porque la economía se ha mostrado incapaz de conseguir un equilibrio natural sin el reclamo de la regulación político-jurídico[204]. La sociedad compleja contemporánea el problema será encontrar el modelo de regulación jurídica más adecuado. Hay que tener en cuenta que los modelos o paradigmas de regulación jurídica[205] han sido cambiantes en la misma intrahistoria del capitalismo moderno.

---

[199] Véase Castells, M.: *La era de la información*. Vol. 2. El poder de la identidad, Madrid, Alianza, 1998, pág. 334; Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, passim, y la amplia bibliografía allí citada.

[200] Para Braudel, es un rasgo esencial de la historia general del capitalismo su flexibilidad ilimitada y su capacidad de adaptación a los cambios del entorno. Véase Braudel, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*. II, Madrid, Alianza, 1984.

[201] Véase, Mercado, P.: El «Estado comercial abierto», cit., pág. 148.

[202] Puede consultarse al respecto, Hernández Zubizarreta, J., y Ramiro, P.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales,* Barcelona, Icaria, 2015, espec., págs. 15 y sigs.

[203] Véase, Polanyi, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989. Polanyi, defiende en esta obra la tesis de «que la idea de un mercado que se regula a sí mismo era una idea puramente utópica. Una institución como ésta no podía existir de forma duradera sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto» (*Ibid.*, pág. 26).

[204] Esto lo viene a afirmar, desde un discurso «interno» Soros, G.: *Soros por Soros. Anticipando el futuro*, Buenos Aires, Distal, 1995.

[205] Sobre los paradigmas del Derecho, véase Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 469 y sigs.

En la etapa del sistema de *Estado liberal* el modelo de regulación se basaba en el Derecho «formal» igualitario. Se partía de la separación radical entre la sociedad política (regida por el Derecho público) y la sociedad civil (regida, a su vez, por el Derecho privado, en el que predominaba el principio de máxima autonomía privada negocial). El substrato del sistema económico era el capitalismo concurrencial, del cual se predicaba el régimen de competencia perfecta. Por el contrario en el sistema del Estado social constitucional, el capitalismo ha venido siendo organizado sobre la base de una combinación entre el Derecho «formal» y el Derecho «material» construido éste sobre la expansión de los derechos de ciudadanía al campo de lo social (derechos sociales de ciudadanía). Se trata de realizar con la intervención pública los valores superiores de la libertad y de la igualación social, sin renunciar al esquema del Estado de Derecho (significativamente el modelo del Estado del Bienestar se ha denominado «Estado social de Derecho»)[206].

El modelo de Estado constitucional en la sociedad compleja actual, pudiese decirse que está en una situación de transición, siendo aventurado afirmar que el Estado social como tal ha sido desplazo ya por otra forma estatal. Lo que sí existe es una tendencia hacia la implantación de un Estado neoliberal en el contexto de la globalización. Es un capitalismo abierto, con una organización jurídico-política descentralizada y con el predominio en la regulación de las relaciones económicas internacionales de la regulación directa a través de fuentes extralegislativas. Efectivamente, ese proceso de fragmentación y descentralización del sistema jurídico puede ser comprendido haciendo reclamo de la teoría procedimental del Derecho. Puede verse en ella una tendencia hacia la descentralización en el proceso de formación y toma de decisiones jurídicas. Esa procedimentalización del Derecho como subsistema dentro del sistema social, sería funcional a la resolución de los problemas de las sociedades complejas[207].

Ahora bien, hay que tener en cuenta los límites que presenta en el momento presente la racionalidad legal material. Esas limitaciones a la capacidad del sistema legal garantizan el funcionamiento sin fisuras del sistema social, no deriva sólo —ni principalmente— de causas técnicas y de límites intrínsecos a las formas de gobierno jurídico[208], como sobre todo de factores de carácter nítidamente político-jurídico. El Estado social actual tiene en efecto dificultades para conciliar la lógica de la acumulación (que es la lógica específica del capitalismo) y la lógica de la protección social. El principio de eficiencia requiere cada vez más del poder público un trato preferente y los recursos de que éste dispone son escasos[209].

---

[206] No obstante, se advirtió, no sin cierto exceso, sobre las dificultades de juridificación del Estado social, véase la postura paradigmática de Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975; y los dos ensayos («Problemas constitucionales del Estado social» y «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático»), recogidos en Abendroth, W., Forsthoff, E., y Doehring, K.: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, págs. 43 y sigs., y 107 y sigs.

[207] Véase Teubner,G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, PUF, 1993; Teubner,G.: *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993, págs. 66 y sigs.; Teubner, G.: *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Perú, Ara Editores, 2005, Capítulo I, págs. 19 y sigs., Capítulo II, pág. 71 y sigs., y Capítulo III, págs. 115 y sigs.

[208] Que son las que le hacen defender a Teubner la necesidad de una autolimitación legal en el Derecho privado moderno, favoreciendo la autonomía privada en la regulación de las relaciones sociales y económicas, y haciéndolo a la manera sutil de una realidad invisible de la realidad formalmente establecida. Véase Teubner, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 136 y sigs. Asimismo, Teubner, G.: "Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno", en Bourdieu, P. y Teubner, G.: *La fuerza del Derecho*, trad., y estudio preliminar C. Morales de Setién Ravina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000 (reimpresión, 2005), págs. 81 y sigs.

[209] Véase la obra clásica al respecto, O'connor, J.: *Estado y capitalismo en la sociedad norteamericana* (1973) («La crisis fiscal del Estado»), Buenos Aires, Ed. Periferia, 1974; y en el plano jurídico-político, Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
Un planteamiento crítico respecto la explicación que ofrecen los teóricos del derecho reflesivo, en Sousa, S.: *Toward a New Common Sense*, Nueva York, Routledge, 1995, págs. 86-89. En una perspectiva crítica y discursiva se pronuncia Habermas respecto al derecho reflexivo, véase Habermas, J.: *Facticidad y validez*, cit., págs. 492 y sigs.

Desde el paradigma procedimental del Derecho, la intención no es restablecer la autonomía privada en detrimento del Estado social. Se parte que la idea rectora ha de seguir siendo la domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de reestructurarlo social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa «refrenar» el empleo de poder administrativo, es decir, que entrenar a éste desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como vincularlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vistas de legitimidad, inmunizándolo al propio tiempo contra el poder ilegítimo. Este podría ser un cauce adecuado de realización del «sistema de derechos» en las condiciones de una sociedad compleja. En esa perspectiva, la elección de la forma de Derecho —de gobierno jurídico de la sociedad— que convenga debe referir al sentido originario del sistema de los derechos, es decir: debe tratar de asegurar «uno actu» la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse al mismo tiempo como una contribución a la configuración política autónoma de los derechos fundamentales en el marco del proyecto constituyente del Estado social constitucional. El camino, entonces, no tiene por qué ser el de continuar profundizando en una suerte de «paternalismo» del Estado social clásico, puede combinarse la heteronomía pública con la autonomía privada[210]. En este contexto la procedimentalización del Derecho, implica en sí una combinación de fuentes heterónomas y autónomas como mecanismo para desarrollar la democratización de los procesos decisionales tanto en el plano legislativo como del derecho autónomo. Los términos no son, pues, de necesaria sustitución. Dicho en otras palabras: el sistema de racionalidad legislativa no puede reducirse al derecho reflexivo (que si opera exclusivamente en la lógica de la desregulación puede favorecer la primacía de las fuerzas económicas y sociales más poderosas), tiene que combinar ésta racionalidad horizontal con la racionalidad vertical sino se quiere traicionar el modelo constitucional o garantista de derechos fundamentales de los ciudadanos como «estado de civilización» alcanzado en la evolución de la humanidad. Sin embargo, se constata que el modelo de procedimentalización que viene realizando en las últimas décadas es de carácter desregulador y privatizador, ocasionando una reducción del sistema de garantías propio del constitucionalismo socio-económico[211]. Éste no tiene porqué ser el único modelo de procedimentalización del Derecho contemporáneo, ya que puede formularse como alternativa de viable realización un modelo democrático-social de procedimentalización que suponga una mayor participación de los grupos sociales en la organización jurídica de la sociedad, sin que ello tenga que implicar un restricción del sistema de garantías propias del constitucionalismo socio-económico. Resulta paradigmática la potenciación legislativa de autonomía colectiva negocial, la cual ha mostrado sus virtuales históricas para garantizar un equilibrio de poder en el marco del sistema de relaciones laborales, pero que por sí misma no siempre tiene el valor de liberar al trabajador individual, ya que en muchos casos queda inalterada la estructura jurídica interna de la relación laboral[212]. En este sentido es relevante la función de la heteronomía propia de la regulación pública y también la potenciación (controlada, pública y colectivamente) de la autonomía privada individual, en la medida en que pueda reflejar un poder real compartido de determinación de las posiciones asumidas en las relaciones individuales de trabajo.

## 2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICO-JURÍDICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL ORDEN ECONÓMICO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO SOCIAL

Hay una perspectiva esencialmente constitucional que suele escapar a los analistas del Derecho público y privado, y sin la cual no puede entenderse su estructura y morfología interna. Se

[210] . Véase Habermas, J.: *Facticidad y validez*, cit., págs. 492-493.

[211] Sobre el modelo garantísta de Estado social constitucional, véase Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, cap. V, págs. 849 y sigs.; y en una perspectiva histórica general, véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordena miento laboral*, Madrid, CES, 1996, passim.

[212] Véase Simitis, S.: «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen», en *Sinzheimer Cahiers*, núm. 2 (1991), pág. 10.

trata de la forma del Estado democrático-social de Derecho[213], que incide en todos los elementos de la constitución económica y social de los sistemas democráticos del capitalismo avanzado. Esta forma de Estado atiende a la doble vertiente del principio de igualdad formal y al principio de igualdad en sentido material o sustancial.

El Estado social aparece como una función del orden constitucional de carácter social en sentido amplio (pues se proyecta, como se verá de inmediato, en todos los subsistemas del sistema social). Su función es compleja, asume un haz de funciones: de estabilización social, de progreso y reforma social permanente. Ella implica la integración funcional de la sociedad capitalista avanzada mediante las necesarias intervenciones públicas. Son las contradicciones estructurales de la sociedad los factores determinantes de la función social del Estado. De manera que el Estado queda obligado a utilizar de modo finalísticamente preordenado su *poder público de regulación para preservar a la sociedad de sus tendencias autodestructivas*. La función social del Estado comporta que éste ostenta una autonomía relativa (como todos los ámbitos de autonomía que existe en el *espacio y campo de lo político* en sociedades complejas) respecto a la configuración de su función activa de constitución de la sociedad.

Así, la constitución económica queda penetrada horizontalmente por la cláusula del Estado social. El Estado social encuentra un rasgo distintivo en la regulación y conducción de los procesos sociales mediantes intervenciones públicas. Es también un tipo de Estado que debe garantizar el bienestar social de los ciudadanos, garante de la procura existencial[214]. Los textos constitucionales contemporáneos cuando formalizan y construyen el Estado social, encomiendan a éste la tarea y competencia para configurar efectivamente el orden social de convivencia[215]. Los preceptos relativos a los derechos fundamentales y, en general, todos los preceptos referidos a la constitución económica y social, han de ser interpretados a la luz del principio del Estado social de Derecho. Es éste un principio jurídico y político inspirador y *articulador* del Estado constitucional contemporáneo. Así, el alcance específico del elemento social del Estado formalizado en el texto constitucional[216] reside en que aquél se proyecta a través de las formas propias del Estado de Derecho, *en el orden social y económico*[217]. En los sistemas de constitucionalismo social se considera que la garantía efectiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico implica la intervención correctora de los poderes públicos, como una instancia fundamental para que en una sociedad compleja avanzada aquéllos valores se realicen plenamente. Esto significa que los poderes públicos deben tener atribuido un poder de gobierno del orden económico y social, que permite alcanzar el programa constitucional adaptando el sistema social y económico a la realización de dicho programa.

---

[213] Esta fórmula aparece en un ensayo de Heller, H.: «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1903), ahora en Heller, H.: *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, págs. 283 y sigs. Ensayo recogido también en Heller, H.: *Europa y el fascismo* (1934), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura? (1929-1930), trad. F. J. Conde, edición y estudio preliminar, "Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

[214] Véase Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1975.

[215] Véase Ipsen, H. P.: *Über das Grundgesetz. Rede, gehalten anlässlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17 november 1949*, Hamburgo, Ed. Universidad de Hamburgo, 1950, págs. 19 y sigs.

[216] V. gr., la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, configura un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE; "cláusula" del Estado Social de Derecho que se materializa a lo largo de la Norma Fundamental, como es el caso significativo de los artículos 9.2, 10, apartados 1º y 2º, 7, 27, 28, 33.2, 35, 40, 37, 38, párrafo 2º, 39 a 52, 53, 128, 129, 131, etcétera). Puede consultarse, Monereo Peréz, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España (CES), 1996; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 1917, espec., págs. 137 y sigs., y 213 y sigs.

[217] Véase Abendroth, W.: El Estado del Derecho democrático y social como proyecto político, en Abendroth, W., Forsthoff, E. y Doehring, K.: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, págs. 9 y sigs

Todo ello supone que la cláusula del Estado social se proyecta sobre todo la constitución social y económica preordenada en los textos constitucionales de los países occidentales. En particular, la «constitución económica» comprende un conjunto integrado de principios y normas constitucionales relativos a las relaciones y a las instituciones del sistema económico. La cláusula del Estado social impone directamente el compromiso estatal respecto a la instauración de formas de gobierno democrático de la economía que permitan conjugar una distribución justa de la riqueza y la eficiencia del sistema económico[218]. Ello comporta realizar una política legislativa de gobierno regida por la *primacía de la política democrática sobre la economía de mercado*.

Las constituciones europeas en este sentido, suelen optar por una solución de compromiso en los diversos modelos de organización económica y social posibles, con la finalidad de que existan posibilidades distintas de gobierno según legítimas opciones de carácter político e ideológico. Para conseguirlo suele dotarse de distintos instrumentos, como la programación económica, iniciativa pública y control público de la iniciativa privada en materia económica; la posibilidad de intervención o nacionalización de empresas, la política fiscal, la política de subvenciones, la política monetarias, etcétera. Todo este complejo de instrumentos reconocidos por los textos constitucionales contemporáneos puede hacer posible, en efecto, aquella primacía de la política sobre la economía. En este sistema de economía mixta, la iniciativa económica privada se inserta en un sistema de límites legales (que la oriente hacia fines sociales generales), pero siempre que no suponga una neutralización de su espacio vital de libertad. De cualquier modo, atendiendo a la cláusula del Estado social, cabe decir, que ni la empresa ni la propiedad privada constituyen el eje principal de la estructura de la sociedad, aunque ambas instituciones han de gozar de una protección constitucionalmente garantizada.

En este sentido, existen distintos modelos posibles de organización económica. En concreto, hay dos paradigmas (o modelos tipo ideales) de organización de la economía:

a) El modelo liberal está regido por la libre iniciativa económica. Elemento esencial es la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado no intervenida. La fuente principal de regulación del mercado es la autonomía privada y su principio base es el individualismo propietario y la orientación de las actividades empresarial hacia la realización del principio de maximización de los beneficios privados[219]. En esta forma de organización económica (la economía de tráfico), la «coordinación» de las actividades económicas se realiza a través de los precios del mercado. En tal caso, existe una coordinación descentralizada, ya que la planeación y la organización de las actividades económicas se confieren a la autonomía privada.

b) El modelo de regulación intervencionista (que puede alcanzar hasta la planificación centralizada, pero que no se identifica necesariamente con ella), que parte de una implicación directa del poder público en la marcha de la economía. Una expresión típica de este modelo abierto es el sistema socialista, caracterizado por ser un sistema de dirección o planificación central, presidido por el gobierno público de la economía. En este modelo, incumbe al poder público la responsabilidad de la organización de la economía, donde se inserta la actividad de iniciativa privada de los individuos en aquellos espacios prefijados por la dirección pública, para garantizar la fluidez en el funcionamiento de la economía[220].

---

[218] Véase, en una perspectiva de conjunto, Libertini, M.: «Il mercato: I modelli di organizzazione», en Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, Dir., por Francesco Galgano, Padova, Cedam, 1979, págs. 337 y sigs., passim. Igualmente, Galgano, F.: Intervención en VV.AA.: *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, págs.135 y sigs.

[219] Stober, R.: *Derecho administrativo económico*, Madrid, MAP, 1992, pág. 50.

[220] Stober, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 51. Commons había subrayado también el papel de la intervención pública de apoyo a la iniciativa privada. Cfr. Commons, J. R.: *I fondamenti giuridici del capitalismo* (1924), Bologna, Il Mulino, 1981.

c) Pero, en realidad, la mayoría de los modelos *reales* se inclinan por sistemas de economía mixta o los así llamados en Alemania, sistemas de «economía social de mercado». Estos modelos reales son mixtos, en el sentido de que combinan, en diverso grado, elementos de mercado y elementos de planificación económica. En dichos modelos mixtos se produce una suerte de combinación de los dos modelos de organización de la vida económica y social (liberal o gobierno privado y de gobierno público)[221]. La configuración de la constitución económica dependerá del modelo seguido, es decir, el conjunto de principios y normas que ordena la vida económica y social del sistema económico nacional o comunitario.

Ciertamente, la dirección de la economía aparece como una exigencia de racionalización del funcionamiento del sistema económico del capitalismo organizado. Por lo demás, la acción del Estado en el gobierno de la economía tiene un carácter político y eminentemente jurídico[222], que deja en gran medida *intacto el armazón jurídico del capitalismo moderno* (propiedad privada, contrato libre, libertad de iniciativa económica, empresa capitalista, régimen salarial, etcétera). Ello permite al capitalismo organizar el mercado y la organización interna de la empresa (trabajo asalariado incluido[223]). En la actualidad, el particular modelo económico intervencionista es una exigencia de racionalización *funcional* del sistema económico[224]. Es lo cierto que el capitalismo reclama la intervención del Estado[225], como reflejo de la política (vale decir también de la política del Derecho) sobre la economía.

Se ha hablado, sobre todo en la doctrina constitucionalista alemana, de *la economía social de mercado como fórmula intermedia*, porque la economía social de mercado implica una *combinación* de elementos de la economía de mercado y, en menor medida, de la economía centralista (socialista), con la intención de reducir las deficiencias de ambos modelos. Aunque tiene un carácter ambiguo (quizás deliberadamente ambiguo), puede decirse que se trata de un tipo de economía de mercado que tiene en consideración la dimensión social y, en coherencia, supone la intervención pública en la vida económica para garantizar un equilibrio entre el principio social y el principio de eficiencia económica. Esta *inserción del principio social* se específica en la tutela de ciertas categorías de ciudadanos: el ciudadano trabajador (en su situación activa y pasiva), el ciudadano consumidor, etcétera[226].

[221] Véase Papier, J. J.: *Ley fundamental y orden económico*, en Benda y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 564. En otra perspectiva, Hall, P.: *El gobierno de la economía. Implicaciones políticas de la intervención estatal en la economía en Gran Bretaña y Francia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, incidiendo en la conexión entre la política económica y los paradigmas políticos en la praxis histórica, en la tensión entre las relaciones entre mercado y planificación dentro de la lógica institucional que preside la organización de las relaciones sociedad-Estado (*Ibid.*, págs. 15 y sigs., 41 y sigs., 183 y sigs., y 293 y sigs.).

[222] Véase ampliamente, Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., cap. 5.º, págs. 205 y sigs. («Liberalismo y economía dirigida»). Por otra parte, hace notar Ripert que «cuando se habla de leyes de la economía, no se trata de leyes naturales que tienen un carácter de fatalidad. Las leyes que deben regir la economía son leyes positivas, es decir, reglas dictadas y sancionadas por la autoridad pública. La economía dirigida es una economía que se coloca bajo la obediencia del derecho positivo» (*Ibid.*, pág. 208).

[223] A lo cual contribuye no sólo el reconocimiento jurídico de los poderes directivo empresariales, sino el mismo sistema de convenios colectivos que permite racionalizar la organización de los recursos humanos en la empresa, y que cada vez más se ocupan de la organización de la producción.

[224] Ripert pudo afirmar con naturalidad, que «el capitalismo es una forma de la economía, el dirigismo es una política, por lo tanto no puede haber oposición entre ellos», aunque se cambie el antiguo liberalismo, «el capitalismo solamente puede hacerlo si el dirigismo no le amenaza seriamente» (Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit. pág. 245).

[225] Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit.,pág. 248.

[226] Véase Stober, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 51. La aportación, sin embargo, más importante sobre la incidencia del principio social se debe a los téoricos del socialismo y del pluralismo jurídico. Véase Gurvitch,G.: *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Historie Doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle, Préface de Louis le Fur*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972). Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo*

Frente a la posición mantenida desde la doctrina liberal contemporánea las constituciones de la postguerra, como la nuestra, son neutrales «en materia de orden económico, dejando abiertas distintas posibilidades al legislador con el sólo de observar los preceptos constitucionales»[227]. Es ese el criterio que se mantiene mayoritariamente en los Tribunales Constitucionales europeos (incluido el de nuestro país). Así, en Alemania se afirma la neutralidad de la Constitución Económica. En efecto, según el Tribunal Constitucional «la Ley Fundamental no vincula al Legislador a que éste realice un determinado modelo económico, tampoco a la economía social de mercado. La ordenación actual de la economía es, así, sólo una de las posibles soluciones concretas de tipo económico que permite materializar la Ley Fundamental, la cual se está basando en una decisión concreta social y económica del Legislador, que podría cambiarse o quebrarse por otra nueva decisión»[228].

No puede considerarse, al respecto, que por el momento el avance de la construcción de la Unidad Europea suponga un cambio en la neutralidad de los textos de valor constitucional respecto de la definición del modelo económico y social. En este sentido, sí debe advertirse, sin embargo, que la dimensión económica y la dimensión social del modelo europeo está ciertamente descompensada, porque falta todavía una verdadera constitución social y un auténtico sistema democrático de la Unión Europea como ámbito geopolítico[229]. Mientras esta deficiencia se mantenga será más que dudoso

*XIX,* traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas. Gurvitch, G.: *Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, París, Pedone, 1935. Sobre pensamiento de Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. Para la construcción e incidencia en los orígenes de la forma política del Estado social, véase Heller,H.: «Democracia política y homogeneidad social», en Escritos políticos, Madrid, Alianza Editorial, 1985, págs.257 y sigs. Sobre el pensamiento de Hermann Heller, véase 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. De interés para la lógica socio-económica del Estado Social de Derecho, como Estado de intervención y planificación del orden económico, son las observaciones de Sen, A.: *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza editorial, 1989, págs. 47 y sigs., y 75 y sigs.; Sen, A.: *La idea de justicia*, Madrid, Taurus, 2010, espec., págs. 255 y sigs. ("Los materiales de la justicia") y págs. 351 y sigs. (Razón pública y democracia), dejando claro que la preservación de la democracia –que opera sobre la base de la razón pública– requiera de una ordenación pública de la economía y la garantía efectiva de los derechos humanos como imperativos globales, esto es, globalmente exigibles.

[227] García Pelayo, M.: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas», *Estudios sobre la Constitución Económica de sobre la Constitución de 1978*, ed. M. Ramírez, Zaragoza, 1989, págs. 33 y sigs. García Pelayo, M.: *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, Tomo III, pp. 2855-2874.

[228] Stober, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 64. Se ha afirmado igualmente la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental alemana, indicando que la misma no recoge una garantía de un modelo económico concreto, limitándose a encomendar el sistema económico en cuestión al legislador infraconstitucional. Es a éste a quien incumbe establecerlo, respetando, eso sí, los límites establecidos por el texto constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional se ha opuesto a todos los intentos de extraer de la Ley Fundamental un modelo económico definido por el constituyente, que pudiera quedar objetivado por encima de los derechos fundamentales y vinculase al Estado en tal concepto. El Estado no quedaría sometido a una específica doctrina económica prefigurada en el texto constitucional. Ni siquiera el Tribunal Constitucional alemán, ha tomado como parámetro la adecuación de las medidas legislativas de ordenación económica a la economía de mercado; como tampoco se ha valorado la normativa legal sobre cogestión o sobre la estructura interna de las empresas desde el punto de vista de un hipotético contexto institucional determinado en la constitución económica, ni menos todavía desde su fidelidad a los principios de la libre competencia. No es que no exista un marco constitucional de la ordenación económico, sino que el legislador constituyente ha rehusado establecer un específico modelo económico y social; pero sí ha reconocido un conjunto de derechos fundamentales que permite al legislador la configuración o reforma económica y social del sistema económico y social actualmente existente. Véase Papier, J. J.: *Ley fundamental y orden económico*, en Benda y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 562 y sigs.

[229] Puede verse, al respecto, Schmitter, PH. C.: «La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política», en Benedicto, J. y Reinares, F. (EDS.): *Las transformaciones de lo político*, Madrid, Alianza, 1992. págs. 158 y sigs. Véase Streeck, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, 1ª ed. En alemán 2013, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2016; Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021), Buenos Aires, Katz Editores, 2023.

que pueda hablarse de una economía «social» de mercado o de un sistema de economía mixta que tengan en cuenta la cláusula social en el gobierno público de la economía. Y es que, efectivamente, la Constitución económica *comunitaria* declara que su finalidad principal (ya no exclusiva) es la constitución de un mercado interior sin fronteras. Éste mercado unitario expresa la conjunción de una serie de principios económicos explicitados en los textos fundacionales constitutivos de la Unión Europea. Básicamente se pueden resumir en el reconocimiento del principio general de liberalización económica que se resuelve, a su vez, en un haz de libertades económicas fundamentales: libertad de mercancías, libertad de circulación de personas, de prestación de servicios, y tráfico libre de capital y pagos. En este modelo europeo se establecen mecanismos de coordinación del mercado y de liberalización de las actividades económicas y del sistema de recursos a ellas correspondientes[230]. Es, por el momento, un Proyecto inacabado, pues debería configurarse como un Proyecto de federación de Estados que comparten un mismo Tratado Constitucional de la Unión Europea, con todas las garantías propias de una nueva forma de decisión política y jurídica, dotada de un equilibrado modelo de constitución económica y social en la tradición del constitucionalismo democrático social y pluralista.

De los textos constitucionales contemporáneos se puede inferir una serie de principios esenciales de la constitución económica. Se trata de los principios relativos a los derechos económicos de propiedad y libertad de empresa (garantía de la propiedad privada y la libertad de empresa[231]), derecho al trabajo y libertad de desplazamiento. Pero hay que incluir también entre esas libertades económico-sociales el Derecho constitucional a la negociación colectiva. Supone el reconocimiento del principio de autonomía colectiva, que actúa como mecanismos delimitador de la autonomía privada en la iniciativa económica[232]. Por tanto, su garantía constitucional resulta fundamental *en el marco*

[230] Monereo Pérez, J.L.: "Interpretación y aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Título VII)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 1299-1456, y la bibliografia allí citada; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Jurídica del Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 5, espec., págs. 359 y sigs. ("La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y "nuevas" formas de soberanía"; "El desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal", "Las consecuencias de una "constitución económica" de la Unión Europea que se impone de manera determinante al constitucionalismo social"). Asimismo, 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. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525; Monereo Pérez, J.L.: "Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social", en *lacittadinzaeuropea. Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea* https://www.lceonline.eu/wp-content/uploads/2022/04/Ia.01-Saggi-Monereo-Perez.pdf

[231] Téngase en cuenta que el derecho a la libertad económica en general comprende la libertad de decisión del empresario (que garantiza a los individuos la libertad de iniciativa en el ámbito económico, la libertad de acceso al mercado y la libertad profesional a ella asociada, entendida como el derecho a combinar diversos factores de producción —mediante una actividad de ordenación y dirección descentralizada y autónoma— para el logro del éxito productivo, esto es, el derecho a fundar una empresa y a dirigirla de acuerdo con criterios de racionalidad instrumenta); la libertad contractual; y la libertad de competencia (que atribuye al empresario el derecho a ejercer su libertad de disposición empresarial en competencia con otros, sin interferencias estatales ilegítimas. Véase Papier, J.J.: Ley fundamental y orden económico, en Benda y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pág. 596.

[232] El reconocimiento de la autonomía colectiva se contrapone al esquema de pensamiento liberal que enfatizaba el dogma de la autonomía individual en el cuadro del sistema del Derecho codificado. La autonomía colectiva de los grupos sociales toma en consideración los diferentes ámbitos donde se desarrolla la personalidad del hombre, con lo que supone de ruptura de la ficción de la unidad del sujeto jurídico, uniforme y aislado propia de la cosmovisión liberal. Ahora, el sujeto se contempla en el marco de grupos y clases sociales, cuya pertenencia es tomada en consideración en un nuevo modo de ver la ciudadanía plena y diferenciada. Véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996. Sobre la relevancia de la autonomía colectiva en el Estado constitucional y su lugar en el sistema de relaciones laborales, véase Kah-Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. M. Galiana Moreno, "IN MEMORIAM" por J. Luján Alcáraz y F. Cavas Martínez, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2019.

de la configuración genérica de la constitución económica. La negociación colectiva es reconocida como fuente de autoorganización social en el mundo del trabajo. Pero debe repararse en la expansión de las funciones y de los contenidos de la negociación colectiva, que han supuesto la regulación a través de convenios y acuerdos colectivos de poderes empresariales, e importantes aspectos del funcionamiento de la vida de las empresas, e incluso de las actividades extraempresariales o de mercado[233]. El reconocimiento del principio de autonomía colectiva negocial (que es una proyección o manifestación específica del más amplio principio de autonomía colectiva garantizado en los textos constitucionales contemporáneos; que abarca el reconocimiento de derechos de las asociaciones profesionales y sindicatos para la defensa de sus respectivos intereses particularistas), supone (tanto más si se toma en consideración su interpenetración con los procesos de concertación y diálogo social) que las asociaciones de Derecho privado participan en el proceso de decisión política. Efectivamente, el sistema de convenios colectivos viene a constituir una tupida red reguladora que constituye un instrumento relevante para establecer parámetros macroeconómicos. Por otra parte, pone de relieve la fuerza configuradora en el plano económico y social de la autonomía privada, en los términos constitucionalmente garantizados[234].

Este el reconocimiento, en la dimensión económica, de las libertades económicas fundamentales. Estas libertades no son ilimitadas, ya que la cláusula del Estado social supone el mandato constitucional a los poderes públicos para que garanticen los equilibrios económicos y sociales mediante intervenciones adecuadas. Así, la cláusula del Estado social *obliga al poder público a que configure el orden social en cada momento para queden garantizados plenamente el ejercicio de los derechos fundamentales*. Responsabilidad pública que sólo puede actuarse a través de la articulación de distintas políticas públicas (política económica, social, financiera, presupuestaria, educativa, etcétera). Todo ello es coherente con el carácter mixto del sistema económico, en el cual coexisten los derechos económicos de la propiedad y las libertades económicas junto con los derechos económico-sociales, cuya garantía debe establecerse haciendo reclamo activo de la cláusula del Estado social. Basta reparar en esta coexistencia contradictoria de derechos y libertades para comprender que, mitificaciones ideológicas aparte, en estos modelos mixtos es necesaria una actividad de programación o planificación económica realizada por los poderes públicos (incluso en el ámbito de la Unión Europea). Esta responsabilidad pública implica el establecimiento de medidas de equilibrio entre la garantía de los derechos sociales y el desenvolvimiento de las libertades económicas con arreglo al principio de autonomía privada. La función intervencionista de los poderes públicos en la ordenación del sistema económico se impone en las normas delimitadoras de los fines del Estado (y de los poderes públicos en general). Estas normas de finalidad tienen un carácter vinculante vertical y suponen una orientación de su quehacer en la vida económica y social. Dichas normas definidoras de tareas del Estado, son normas constitucionales vinculantes que ordenan a la actividad estatal hacia la permanente observancia o satisfacción de determinadas tareas o fines objetivamente especificados[235].

[233] Véase Monereo Pérez, J.L.: El tratamiento postcontractual en el marco de una negociación colectiva renovada, en VV. AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno, Barcelona, Atelier, 2024, espec., Capítulo 4 ("Las funciones y contenidos de la negociación colectiva en la "sociedad del riesgo", postfordista y digitalizada") y capítulo 6 ("Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de "lege ferenda" de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria"), págs. 101 y sigs., y págs. 289 y sigs., respectivamente.

[234] Véanse las consideraciones hechas más arriba sobre el fortalecimiento actual de un Derecho estatal procedimental, que deja amplísimos espacios de autorregulación a la autonomía privada, incluida la autonomía colectiva negocial de las organizaciones de intereses que actúan en ámbito del sistema de relaciones laborales.

[235] Véase Hesse, C.: «Significado de los derechos fundamentales», en Benda y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pág. 98.

# Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Laborum

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# 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

Cita Sugerida: MORENO VIDA, M.N. «Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 337-374.

## 1. CRÓNICA LEGISLATIVA, LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

### 1.1. MEDIDAS URGENTES

**-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE 20-12-2023)**

**[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (BOE 12-1-2024)]**

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de cuatro libros, conformados por 129 artículos, dieciséis disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, nueve disposiciones finales y un anexo de definiciones.

I. *En el Libro Primero se establecen Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia*.

El título preliminar define su objeto y acoge los principios de acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación e interoperabilidad que deben regir los sistemas de información de la Administración de Justicia.

Determina además su ámbito de aplicación a la Administración de Justicia, a los ciudadanos y ciudadanas en sus relaciones con ella y a los y las profesionales que actúen en su ámbito, así como a las relaciones entre aquélla y el resto de las administraciones y organismos y entes públicos.

También, como novedad, define los servicios digitales que las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia han de prestar de manera equivalente y de calidad en todo el territorio del Estado.

1. El título I, bajo la rúbrica «Derechos y deberes digitales en el ámbito de la Administración de Justicia», recoge y actualiza los derechos y deberes reconocidos en la Ley 18/2011, de 5 de julio.

   Como novedad destacable, se reconoce a la ciudadanía el derecho a un servicio personalizado de acceso a procedimientos, informaciones y servicios accesibles de la Administración de Justicia

y se establecen una serie de servicios cuya prestación deben garantizar las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia por medios digitales, en todo el territorio del Estado. Entre otros: la itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales; la interoperabilidad de datos entre cualesquiera tribunales, oficinas judiciales y fiscales, a los fines previstos en las leyes; servicio personalizado que facilitará el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sea parte o se le haya reconocido interés directo y legítimo; determinados portales de datos en los términos previstos en la ley, y la identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales.

Como otra novedad importante, se establece el derecho de las personas profesionales de la Abogacía, de la Procura y los Graduados Sociales a que los sistemas de información de la Administración de Justicia posibiliten y favorezcan la desconexión digital y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, con respeto a lo dispuesto en la legislación procesal.

2. El título II regula el acceso digital a la Administración de Justicia. En este marco se engloban tres grandes previsiones: se mejora el concepto de sede judicial electrónica; se regula el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia (PAGAJ) y se crea la Carpeta Justicia, interoperable con la Carpeta Ciudadana del Sector Público Estatal; se actualizan los sistemas de identificación y autenticación conforme a lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014, de 23 de julio de 2014.

3. El título III se refiere a la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales.

4. El título IV regula los actos y servicios no presenciales.

5. El título V del libro primero disciplina los Registros de la Administración de Justicia y los archivos electrónicos.

6. El título VI del libro primero, que lleva por rúbrica «Datos abiertos», regula el Portal de Datos de la Administración de Justicia, que debe facilitar a la ciudadanía y a los profesionales información procesada y precisa sobre la actividad, carga de trabajo y otros datos relevantes de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales y fiscales de España.

7. El título VII regula la cooperación entre las administraciones con competencias en materia de Justicia, el Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad y las demás normas sobre seguridad.

8. El título VIII recoge las medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, mediante la modificación de diferentes leyes procesales, para armonizar la regulación procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social con el contexto de tramitación electrónica.

En cuanto a la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, destaca la introducción de una serie de modificaciones legislativas en las que se ha tenido especialmente en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable. Otras medidas, como la ampliación de materias que con independencia de su cuantía se tramitarán por las normas del juicio verbal, o la incorporación del procedimiento testigo, o las reformas introducidas en los procesos de familia y en la ejecución,

persiguen dotar de mayor celeridad a los pleitos, sin merma alguna de las garantías procesales ni derechos de las partes. Finalmente, se aborda la regulación de la legitimación activa de las asociaciones de profesionales del arte y de la cultura en aquellos procesos que tengan por objeto la defensa en juicio de los intereses de sus asociadas y asociados cuando se detecten prácticas fraudulentas, abusos de ley o discriminación que afecten a un colectivo de profesionales.

Por lo que respecta al orden jurisdiccional social, se acomete una reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que es continuadora de la realizada en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Tras diez años desde la entrada en vigor de aquella ley, la presente actualiza su contenido, tomando en consideración el trabajo realizado en los juzgados en el momento presente, se optimizan recursos y se profundiza en los avances conseguidos utilizando para ello herramientas como el procedimiento testigo o la extensión de efectos.

Asimismo se introduce una modificación normativa en las distintas leyes procesales para permitir a la Abogacía General del Estado tener conocimiento y colaborar con los órganos judiciales en los procedimientos de revisión de sentencias que se sigan ante el Tribunal Supremo como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hayan declarado que una resolución judicial ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales

II. *El Libro Segundo se refiere a las medidas legislativas de reforma de la función pública*.

El objeto de esta regulación es ordenar y definir un modelo que siente la base de una reforma de la función pública para la Administración del siglo XXI, sobre cuatro elementos fundamentales: la planificación estratégica, el acceso al empleo público y selección del personal, la evaluación del desempeño y la carrera profesional, así como la figura del directivo público profesional.

1. El título I se refiere a la planificación estratégica de los recursos humanos, que se vincula estrechamente con la planificación plurianual de la Administración del Estado, tanto presupuestaria como funcional.

   Se estructura un modelo de planificación y se recogen medidas concretas en cuanto a dos herramientas fundamentales para completar este aspecto del modelo de reforma, como son la oferta de empleo público y las relaciones de puestos de trabajo.

2. El título II segundo regula el acceso y la selección.

   Como novedades en este ámbito, este real decreto-ley potencia la agilidad y eficiencia en los procesos selectivos, profundizando en el resto de los principios recogidos en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, adaptándolos al contexto actual y desafíos de futuro.

3. El título III recoge el desarrollo de la regulación de la evaluación del desempeño que está ligada a la planificación estratégica, y carrera profesional, introduciendo la carrera horizontal.

   Se prevé la participación del personal empleado público a través de la negociación colectiva de las normas en materia de evaluación del desempeño y a través de las respectivas comisiones de seguimiento.

En cuanto a la carrera profesional, este real decreto-ley introduce la carrera horizontal, que consiste en el reconocimiento del desarrollo profesional mediante su progresión a través del ascenso en un sistema de tramos, definidos como las etapas sucesivas de reconocimiento del desarrollo profesional que son resultado de una evaluación objetiva y reglada, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

La progresión en la carrera horizontal tiene su reflejo retributivo para el personal funcionario de carrera en un nuevo complemento de carrera que retribuye la progresión alcanzada en la misma. Para el personal laboral, será de aplicación de acuerdo con su normativa específica.

4. El título IV contempla la figura del personal directivo público profesional que se define como aquel que desempeña funciones directivas para el desarrollo de políticas y programas públicos, con margen de autonomía de acuerdo con los criterios e instrucciones directas de sus superiores, responsabilidad en su gestión y control del cumplimiento de los objetivos propuestos en desarrollo de los planes de actuación de la organización en la que desempeñen sus funciones.

5. Se establece como novedad la creación de un repertorio de puestos con el perfil de puestos referenciado a competencias y cualificaciones profesionales, así como la experiencia profesional y la debida formación requerida.

6. La disposición adicional decimotercera autoriza la transformación en agencia estatal del Instituto Nacional de Administración Pública, con competencias en materia de selección y formación del personal empleado público.

7. Mediante la disposición final sexta se incluye un mandato a fin de que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor del libro primero, y previa negociación colectiva, se regule el teletrabajo y el puesto de trabajo deslocalizado como modalidades de prestación de servicios a distancia en el ámbito de la Administración de Justicia.

III. *El Libro Tercero se refiere a la Reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.*

Se establecen como objetivos «i) acelerar y ampliar el despliegue de los servicios públicos locales, también a través de medios digitales como las aplicaciones, y ii) apoyar a las ciudades pequeñas en su prestación de servicios públicos.

IV. *El Libro Cuarto procede a la modificación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, con el objetivo principal de mejorar los incentivos fiscales al mecenazgo*, tanto si es efectuado por personas físicas, como por personas jurídicas o por no residentes.

**-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE 20-12-2023)**

**[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre (BOE 12-1-2024)]**

Este real decreto-ley ha sido derogado por Acuerdo del Congreso de los Diputados al no haber sido convalidado. Dicho real decreto-ley llevaba a cabo modificaciones del ET y de la LGSS, así como del Estatuto Básico del Empleado Público:

1. Las modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se referían, por un lado, a la regulación del permiso de lactancia, prevista en el apartado 4 del artículo 37; a la concurrencia respecto de los convenios colectivos autonómicos, que se regula en los apartados 3 y 4 del artículo 84 y, por otra parte, para introducir una nueva disposición adicional vigesimoctava que tenía por objeto, dada la especialidad del ámbito artístico, prever especialidades en la condición de elector y elegible.

2. Las modificaciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social eran referidas a la reforma del nivel asistencial de la protección por desempleo.

   Se abordaba la revisión de las características básicas de la protección por desempleo en su nivel asistencial, ampliando su nivel de cobertura al eliminar lagunas de desprotección, simplificando y mejorando los requisitos de acceso y mantenimiento a la misma, y garantizando a los beneficiarios de los subsidios el acceso a los itinerarios personalizados de empleo con el fin de mejorar su empleabilidad y fomentar su inserción laboral.

3. En cuanto a la modificación puntual en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se trataba de incluir de manera expresa las fórmulas flexibles de empleo como ejercicio efectivo del derecho a la conciliación respecto de los cuidadores.

**-Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE 28-12-2023)**

**[Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre (BOE 12-1-2024)]**

Este real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de seis títulos, conformados por 91 artículos, doce disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, trece disposiciones finales y cinco anexos.

El título I está dedicado a las medidas en materia económica; el título II está dividido en dos capítulos dedicados, respectivamente, a las medidas fiscales y relativas a la financiación local; el título III está dedicado a la energía; el título IV incorpora las medidas de apoyo para paliar la sequía; en materia de transportes, el título V incorpora las ayudas al transporte de viajeros.

El título VI está dedicado a las *medidas de carácter social*:

1. *Medidas en materia de Seguridad Social*
   a) *Prórroga de medidas para la reconstrucción económica de la isla de La Palma*.
      Atendiendo a que subsisten en la zona de Cumbre Vieja las consecuencias sociales y

económicas provocadas por la erupción volcánica, se prorroga el aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social de trabajadores autónomos afectados en su actividad por la erupción volcánica.

También se prorroga, para aquellos que venían percibiendo la misma, la prestación de cese de actividad para los trabajadores autónomos que se han visto obligados a cesar en la actividad como consecuencia directa de la erupción volcánica, así como las medidas extraordinarias de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y la exención en el pago de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, de superior cuantía que la aplicable con carácter general, en los expedientes de regulación temporal de empleo mencionados.

b) *Medidas sobre pensiones y otras prestaciones públicas*

Se establecen en este RD normas sobre determinación y revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas. Las propuestas de este real decreto-ley suponen la puesta en marcha de algunas de las modificaciones recientemente introducidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Como consecuencia de la prórroga automática de los Presupuestos Generales del Estado de 2023 (debido a la convocatoria de elecciones generales el 23 de julio de 2023), se hace necesaria la aprobación de este real decreto-ley, fundamentalmente para regular de forma provisional la revalorización de las pensiones hasta que se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024, pero también para establecer algunas normas transitorias en materia de cotización que se consideran necesarias hasta que se produzca la aprobación de la referida ley.

Se establece una revalorización de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y las del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, con carácter general, del 3,8 por ciento respecto del importe que tuvieran fijado para 2023, equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre de dicho año.

El mismo incremento reciben los haberes reguladores aplicables para la determinación inicial de las pensiones del citado régimen especial.

Se fija el límite máximo establecido para la percepción de las pensiones públicas en 2024 en 3.175,04 euros mensuales o 44.450,56 euros anuales, todo ello conforme a lo establecido en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, en los artículos 57 y 58 LGSS, así como en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

No obstante, este porcentaje experimenta respecto de algunas prestaciones un incremento mayor, que viene determinado por normas específicas, como es el importe para 2024 del complemento de pensiones contributivas y de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado para la reducción de brecha de género, que queda fijado para 2024 en 33,20 euros mensuales gracias a la aplicación a la cuantía establecida para 2023 del resultado de sumar al referido porcentaje general de revalorización del 3,8 por ciento un porcentaje adicional del 5 por ciento, de acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

La cuantía mínima de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se incrementa en 2024 en el 3,8 por ciento, conforme a lo previsto en el artículo 58 LGSS, pero también en función del tipo de pensión en consideración al umbral de la pobreza, según lo establecido en la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS, con los importes que se especifican en el anexo IV.

Idéntico tratamiento reciben las pensiones mínimas del Régimen de Clases Pasivas del Estado, por aplicación del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y de la nueva disposición adicional vigésima primera de dicho texto legal, introducida por la disposición final primera de este real decreto-ley, especificándose su importe en el anexo V.

También se extiende similar tratamiento a las pensiones del extinguido Seguro

Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) no concurrentes con otras pensiones públicas, así como a las pensiones del SOVI concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, cuantía fija se determina anualmente por el legislador y que para 2024, tendrán un importe anual, respectivamente, de 7.399,00 euros y 7.182,00 euros

Las pensiones no contributivas del sistema de la Seguridad Social de invalidez y jubilación tendrán un importe anual de 7.250,60 euros, resultado de aplicar sobre el importe extraordinario establecido para estas pensiones en el año 2023 por el artículo 77 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que se consolida, el porcentaje que corresponde de acuerdo con el artículo 62 y la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS.

Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer se incrementan conforme a lo previsto en su propio régimen jurídico y las prestaciones familiares no contributivas a las que se refiere el capítulo I del título VI LGSS, así como el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte se revalorizarán el 3,8 por ciento, al igual que las prestaciones económicas de gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, las reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, y los importes mensuales de las ayudas sociales reconocidas en favor de las personas contaminadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Se incluyen también las normas de revalorización de las distintas pensiones causadas con motivo de la guerra civil, cuyas cuantías no podrán ser inferiores a lo que determine su propia legislación, y una relación de las pensiones públicas que no son revalorizables.

Se introduce una nueva disposición adicional vigésima primera en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, a fin de extender al Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado lo dispuesto para las pensiones mínimas del resto de los regímenes del sistema en la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS, a fin de reducir también la brecha existente entre la cuantía de las pensiones mínimas del citado régimen especial y el umbral de la pobreza calculado para un hogar de dos adultos.

Se modifica la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a la que añade un apartado 4 para extender a la revalorización de las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez lo previsto en la disposición adicional quincuagésima tercera del mismo texto legal para determinar las cuantías de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, y modifica también el primer párrafo del apartado 6 de la disposición transitoria cuarta del citado texto refundido, a fin de ampliar hasta el 31 de diciembre de 2025, para el sector de la industria manufacturera, el período transitorio de aplicación de la regulación de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Igualmente, se modifica la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, a fin de habilitar la posibilidad de que las comunidades autónomas de régimen común puedan asumir la gestión de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.

2. *Medidas en materia de empleo* (capítulo II del título VI):
   a) Se prorrogan las medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, previstas en el artículo 178 del citado Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, respecto de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza

mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

b) Se prorrogan las medidas de acompañamiento precisas para asegurar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo en dichas circunstancias extraordinarias, temporales y urgentes.

   Este real decreto-ley adapta al nuevo periodo de apoyo público las medidas en el ámbito laboral de apoyo a las personas trabajadoras del artículo 173 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de modo que: a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos. b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

c) Se incluye la prórroga de la vigencia del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, durante el periodo necesario para garantizar la continuidad de los trabajos de la mesa de diálogo social en la búsqueda, un año más, de un incremento pactado del salario mínimo interprofesional [regulado ya mediante Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024, BOE 7-2-2024].

d) Se modifica el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

   Se procede a modificar el último inciso del primer párrafo de la letra c) del artículo 11.1 del Real Decreto ley 1/2023.

   La modificación deriva de que esta norma podría tener efectos contrarios a los objetivos perseguidos, ya que impide, al exigir que en los últimos seis meses la persona trabajadora con la que se suscriba el contrato de sustitución no haya prestado servicios mediante un contrato de duración determinada en la misma empresa o entidad, que se aplique la bonificación en un contrato directamente vinculado a la conciliación de la vida familiar y laboral. Esta excepción del artículo 11.1 c) da lugar a que, si bien sí se podría bonificar un contrato de duración determinada de sustitución de persona trabajadora que se encuentre en situación de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo, una vez que finaliza este contrato temporal no se podría bonificar otro de sustitución de la misma persona trabajadora, por ejemplo, que se encontrase disfrutando del permiso por nacimiento. Esta exclusión podría fomentar el fin de una relación laboral no deseada por la norma: la de la persona sustituta. Por ello, se procede a modificarlo en consecuencia.

   En relación con el personal investigador, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, operó dos grandes líneas de modificación en materia de incentivos a su contratación: una transversal a las bonificaciones a la Seguridad Social por el personal contratado para desarrollar actividades investigadoras, y otra focalizada en el contrato predoctoral. La interpretación que se está efectuando de la aplicación de las disposiciones generales para todos los incentivos a la contratación está llevando a exigir que las personas contratadas sean demandantes de empleo en situación de desempleo, lo que está llevando a un retraso en la aplicación de estos importantes incentivos. Se introduce así una disposición que suprime este requisito en los incentivos para el personal investigador.

3. El capítulo III se ocupa de las *medidas en materia de vivienda*.
4. La norma se completa con una serie de *disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales*.

   La disposición transitoria octava determina la suspensión de la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el

Sistema Especial para Empleados de Hogar.
La disposición transitoria novena, anuda, por un lado, el incremento de las bases mínimas de cotización de los grupos de cotización de los regímenes que los tengan establecidos al salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto y fija el incremento del tope máximo de las bases de cotización del sistema aplicando el porcentaje que se establezca para la revalorización de pensiones y el tope máximo de las bases de cotización se fijará aplicando el porcentaje establecido en la disposición transitoria trigésimo octava LGSS. Y, por otro, establece la cotización correspondiente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional conforme a lo previsto en el apartado catorce del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.
Además, establece para 2024, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, la cotización en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.
La disposición transitoria décima regula la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, en materia de prácticas formativas.

## 1.2. MIGRACIONES

### -Contrataciones en origen.- Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2024 (30-12-2023)

Esta Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2024, conforme a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 39) y al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, reformado a través del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.

Esta contratación en origen podrá realizarse para cubrir puestos de naturaleza estacional o de temporada, a través de migración circular.

Como en el año anterior, la orden prevé también la posibilidad de gestión colectiva de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, a través de migración estable, esto es, a través de la tramitación colectiva de autorizaciones de residencia temporal de trabajo por cuenta ajena inicial no vinculadas al retorno.

Estos dos modelos de contratación –estable y circular– podrán realizarse de forma genérica y nominativa, y admiten formas de tramitación ordinaria y unificada, según el número de empleadores involucrados.

La orden para 2024 profundiza en la modalidad de contratación nominativa incorporando nuevos supuestos en esta categoría, con el objetivo de dar cabida dentro del marco de las contrataciones fijo-discontinuas, a proyectos migratorios de naturaleza circular que hubiesen utilizado la figura de la residencia de duración determinada hasta su derogación efectiva el pasado 27 de julio de 2023, al entrar en vigor la supresión del capítulo VI del título IV del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en virtud de la disposición final única del citado Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.

-Esta Orden establece disposiciones generales relativas a la gestión colectiva de ofertas de empleo; disposiciones relativas a los proyectos de migración circular; disposiciones relativas a los proyectos de migración estable; regula la gestión de ofertas genéricas de empleo en migración circular y estable; la gestión de ofertas de empleo de carácter nominativo y los procedimientos de gestión de

ofertas de empleo de forma unificada y concatenada. Asimismo, establece disposiciones sobre los visados y sobre el seguimiento de la orden de gestión colectiva.

**-Extranjeros.- Resolución de 22 de diciembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el primer trimestre de 2024 (BOE 5-1-2024)**

Para la confección de este catálogo (artículo 65 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), el Servicio Público de Empleo Estatal ha tenido en cuenta criterios técnicos acerca del impacto sobre el empleo de la inclusión de las ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante, así como de los entrenadores y deportistas profesionales. Estos criterios se han establecido conjuntamente con las unidades de la Administración General del Estado, que por su ámbito de actividad tienen autoridad y conocimiento sobre las materias relacionadas con dichas ocupaciones.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

Así el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, con vigencia para el primer trimestre de 2024, incluye determinadas ocupaciones relativas a la marina mercante (frigoristas navales, jefes de máquinas de buque mercante, maquinistas navales, mecánicos de litoral, etc.), así como carpinteros de aluminio, metálico y PVC, montadores de carpintería metálica, aluminio y PVC, instaladores electricistas de edificios y viviendas, instaladores electricistas, conductores-operadores de grúa en camión, conductores-operadores de grúa fija y conductores-operadores de grúa móvil.

## 1.3. RELACIONES LABORALES

**-Salario mínimo interprofesional.- Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024 (BOE 7-2-2024)**

En cumplimiento del mandato al Gobierno para fijar anualmente el salario mínimo interprofesional, contenido en el artículo 27.1 ET, se procede mediante este real decreto a establecer las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 2024, tanto para las personas trabajadoras que son fijas como para las que son eventuales o temporeras, así como para las empleadas y empleados de hogar.

Las nuevas cuantías representan un incremento del cinco por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, cuyos efectos fueron prorrogados hasta la aprobación del salario mínimo interprofesional para el 2024 en el marco del diálogo social, mediante el artículo 84 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

Las nuevas cuantías son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, el real decreto incorpora reglas de afectación en una disposición transitoria única con el objetivo de evitar que el incremento del salario mínimo interprofesional provoque distorsiones

económicas o consecuencias no queridas en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos.

Con esta subida del cinco por ciento, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional, se atiende de manera efectiva al derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a las personas trabajadoras y a sus familias un nivel de vida decoroso; por otro lado, se mantiene y consolida el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, dando cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea.

El Artículo 1 establece la cuantía del salario mínimo interprofesional para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, quedando fijado en 37,8 euros/día o 1.134 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

## 1.4. EMPLEO

**-Formación para el empleo.- Resolución de 24 de noviembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establecen, en su ámbito de gestión, determinadas medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, para la iniciativa de formación programada por las empresas en el ejercicio 2024 (BOE 21-12-2023)**

Esta resolución tiene por objeto el mantenimiento de medidas en relación con la impartición de acciones formativas financiadas en el marco del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que posibiliten y faciliten la ejecución de la formación de los trabajadores, optimizando su empleabilidad, y contribuyendo a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.

El ámbito de aplicación de esta resolución se circunscribe a la gestión estatal del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.2.de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Lo dispuesto en esta resolución será de aplicación, en los términos previstos en la misma, a la iniciativa de formación programada por las empresas, respecto a las acciones formativas que se programen durante 2024, con cargo al crédito de formación del que dispongan las empresas durante dicho ejercicio.

Las medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral que se recogen en esta Resolución se refieren, fundamentalmente, a la utilización de aula virtual como formación presencial y al uso de medios electrónicos.

Además, la Disposición adicional única establece permisos individuales de formación: Los trabajadores podrán solicitar a sus empresas, durante el ejercicio 2024, permisos individuales de formación para posibilitarles la asistencia a las acciones formativas impartidas mediante aula virtual o sistema bimodal, en los términos indicados en la presente resolución. Tanto la impartición como la asistencia podrán acreditarse mediante certificado de la entidad impartidora o mediante declaración responsable del beneficiario, que deberá comunicarse mediante el sistema telemático previsto en el

artículo 9 de la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en materia de formación de demanda y su financiación, y se crea el correspondiente sistema telemático, así como los ficheros de datos personales de titularidad del Servicio Público de Empleo Estatal.

**-Comunidad Autónoma del País Vasco.- Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo (BOE 18-1-2024)**

La Exposición de Motivos aclara que esta ley define las políticas públicas de empleo desde un entendimiento amplio, integrador e intersectorial. También señala que, estatutariamente, los artículos 10.25 y 12.2 del EAPV, sobre los que se soporta esta ley, habilitan a la Comunidad Autónoma de Euskadi para establecer y desarrollar su propia política de empleo, de acuerdo con la ordenación general de la economía y dentro del marco de la legislación laboral que dicte el Estado. En ese sentido, se deja claro que esta ley elude cualquier incidencia en la regulación de la relación laboral, que le está vedada, para adentrarse en las políticas activas de empleo, en la creación de empleo y en el fomento del empleo, que, como materias distintas de la propiamente laboral, pueden vincularse también al desarrollo económico y a la actividad económica.

La ley reconoce en su título II un completo elenco de derechos de contenido prestacional para la mejora de la empleabilidad de las personas. Se trata del derecho a una asistencia personalizada, continuada y adecuada, del derecho al diagnóstico personal sobre la empleabilidad, del derecho a la elaboración de un plan integrado y personalizado de empleo y del derecho a la formación para el trabajo. Unos derechos que, correlativamente, exigen que Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo cuente con recursos humanos suficientes y adecuadamente formados, en línea con las ratios de los países europeos más avanzados.

Se afirma que esta ley se inspira en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), firmado por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión durante la Cumbre Social de Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, y en la Estrategia Europea del Empleo.

En este marco, la ley sienta las bases para la puesta en marcha de una recuperación justa y generadora de empleo:

1. Apuntala el paradigma del trabajo digno, que ha de coadyuvar a la consecución de una sociedad más democrática y justa. El artículo 3 incorpora un concepto multidimensional de las políticas de empleo, articuladas en torno al objetivo del trabajo digno, mientras que el artículo 4 propugna la importancia de la dimensión local en el diseño y gestión de las políticas públicas de empleo; ambos ejes resultan determinantes de la definición del modelo de gobernanza. Los principios que informan las políticas públicas de empleo, a los que se dedica el artículo 5, trasponen los principios del PEDS en relación con el trabajo y el empleo.

2. Reconoce un compendio de derechos para la mejora de la empleabilidad. El título II (arts. 10 a 18) proclama el haz de derechos y obligaciones para la mejora de la empleabilidad. La ley regula su titularidad, las condiciones concretas para su ejercicio, las obligaciones para las personas usuarias y para Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo.

3. Redefine el marco de prestación de los servicios de empleo, y crea la Red Vasca de Empleo. El título III tiene por objeto la regulación de la Red Vasca de Empleo; de los instrumentos comunes de atención, información y prospección; de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo;

de los programas complementarios para la mejora de la empleabilidad; de la inspección de la Red Vasca de Empleo; de las entidades privadas colaboradoras de la citada red y del control de calidad de los servicios.

4. Diseña servicios y programas complementarios para la mejora de la empleabilidad, propicia la utilización de las nuevas tecnologías al servicio de las personas demandantes de servicios de empleo y de las empresas, atiende a los colectivos de atención prioritaria y pone la mirada en el desempleo de larga duración, en las personas con discapacidad, en las mujeres y jóvenes y en la exclusión social, con el objetivo prioritario de que nadie quede atrás.

5. Establece un modelo de gobernanza que refleja la intersectorialidad e interinstitucionalidad de las políticas públicas de empleo, a la par que otorga el necesario protagonismo al diálogo social. La interinstitucionalidad que vertebra el modelo de gobernanza se extiende a la gestión de los servicios de empleo, mediante la Red Vasca de Empleo, configurada como un instrumento de cooperación prestacional, integrado por Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, por las diputaciones forales, por los municipios, por las entidades locales y por las entidades integrantes de sus respectivos sectores públicos, que gestiona la cartera de servicios de empleo –denominada cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo–.

6. En la regulación de las entidades colaboradoras de la Red Vasca de Empleo destaca, por su novedad, la regulación de los acuerdos abiertos, categoría que se define desde parámetros ajenos a los que son propios de las normas de contratación pública (conforme a STJUE, Sala Quinta, de 2 de junio de 2016, párrafos 38 y 40). También se contemplan los acuerdos de gestión concertada, contratos públicos comprendidos en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, según declara la STJUE de 14 de julio de 2022 (C-436/20), bien que con la singularidad de contemplar como únicas destinatarias en la prestación de determinados servicios y de los programas para la mejora de la empleabilidad y ocupabilidad a entidades privadas de iniciativa social cuyo objeto social prevea actividades en el ámbito del empleo.

7. El artículo 81 impone la elaboración de planes de empleo y desarrollo local a los municipios de más de 10.000 habitantes, que permiten presumir, además de un significativo volumen de población activa, un desarrollo socioeconómico relevante.

8. La ley reestructura la personificación jurídica de Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, que pasa a configurarse como entidad pública de derecho privado, que dotará de mayor flexibilidad, dinamismo y especialización profesional a la prestación de servicios de empleo.

En cualquier caso, el ejercicio de potestades públicas de su competencia quedará sometido al derecho administrativo, como también el funcionamiento de sus órganos, la formación de su voluntad y el régimen de patrimonio, de responsabilidad patrimonial, subvencional y de contratación.

Pero la configuración jurídica de Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo debe tener en cuenta, igualmente, que las funciones prototípicas del servicio de empleo no exigen la reserva para su ejercicio al personal funcionario ni precisan para su efectividad de todo el elenco de prerrogativas vinculadas al derecho público, sino que, muy al contrario, demandan mayor capacidad de adaptación a las necesidades del mercado, de cumplimiento de los objetivos y estándares de la Unión Europea y de fomento y desarrollo de la actividad prestacional del servicio de empleo, ofreciendo respuestas ágiles y flexibles.

## DEPENDENCIA

### -Delegación de competencias.- Resolución de 20 de noviembre de 2023, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, sobre delegación de la competencia sobre la gestión de la ayuda a domicilio básica y teleasistencia domiciliaria básica a la Ciudad de Ceuta (BOE 8-12-2023)

Se delega en la Ciudad de Ceuta la gestión de los servicios de ayuda a domicilio y teleasistencia domiciliaria básicos que comprende:

— La tramitación y resolución de expedientes de concesión de ambos servicios a las personas solicitantes que reúnan los requisitos previstos.

— La prestación de ambos servicios. – El seguimiento y control de la calidad de los servicios prestados.

— El tratamiento de los datos de carácter personal.

— La gestión del fichero de datos de carácter personal.

— El control de los expedientes de concesión de los servicios, proporcionando trimestralmente a la Dirección Territorial del Imserso, la información que conste, a tal efecto, en las Instrucciones Técnicas y de Gestión que se dicten por el Imserso.

La prestación de los servicios se podrá realizar bien directamente con medios propios, bien con medios ajenos, mediante la correspondiente contratación o convenio, y deberá reunir los requisitos establecidos en las Instrucciones Técnicas y de Gestión que se dicten por el Imserso en las que se recogerán las obligaciones, condiciones técnicas y actividades específicas que deberán ser asumidas y desarrolladas por la empresa o entidad que resulte adjudicataria de los mismos.

## NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

### -Real Decreto 1011/2023, de 5 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica (BOE 6-12-2023)

El presente real decreto modifica los dos reglamentos citados, con el fin de extender al ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como al ámbito del procedimiento sancionador en el orden social y a los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, algunos aspectos clave de la normativa en materia de administración electrónica.

1. En primer lugar, se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social:

    - Se introduce en el mismo un principio general de tramitación electrónica de los procedimientos regulados en dicho reglamento.

- Se prevé también la adhesión a plataformas o aplicaciones informáticas creadas, desarrolladas o utilizadas por parte de las administraciones, estatales o autonómicas, que intervienen en los procedimientos regulados en el reglamento.

- Se modifica también el artículo 22 del Reglamento para aclarar que el cómputo de los términos y plazos establecidos en esta norma, así como el régimen de notificaciones y comunicaciones, deben atenerse también a lo establecido en las normas que se dicten en su desarrollo. Con ello se pretende una mejor coherencia e integración del régimen jurídico aplicable.

- Se incluye una disposición adicional en este Reglamento para establecer un sistema alternativo de notificación para las actas de liquidación o infracción de gran volumen. Esta previsión obedece a la imposibilidad técnica actual de las aplicaciones más comúnmente utilizadas en los procesos de firma y notificación electrónica de firmar y notificar actas superiores a un determinado volumen.

2. En cuanto a la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incluye diferentes aspectos:

   - En primer lugar, se introduce en el reglamento un nuevo artículo 14 bis, con dos objetivos: por un lado, establecer un principio general de funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por medios electrónicos, coherente con el principio general establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre; por otro lado, explicitar la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos, organismos o entidades de la Administración estatal o autonómica desarrollen aplicaciones informáticas dirigidas a la tramitación conjunta de procedimientos administrativos.

   - En segundo lugar, se modifica el artículo 21, relativo a la capacidad de obrar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Las modificaciones introducidas en este artículo persiguen ajustar este aspecto al nuevo marco establecido en la normativa de carácter general en materia de administración electrónica. Así, por un lado, se establecen como modos habituales de acreditación de la representación el apoderamiento apud acta, otorgado por comparecencia personal o en sede electrónica, así como la inscripción del apoderamiento en el registro electrónico de apoderamientos. Por otro lado, se crea el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como medio para facilitar la inscripción de los apoderamientos otorgados para actuar ante el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

   - La modificación de este reglamento se completa con la inclusión de una disposición adicional, la cuarta, en virtud de la cual mediante convenio de colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las comunidades autónomas se articulará la colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las autoridades laborales competentes para tramitar y resolver actuaciones inspectoras o procedimientos iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social titulares de sus propios Registros Electrónicos de Apoderamientos.

     Las comunidades autónomas podrán utilizar aplicaciones informáticas propias o bien adherirse a las aplicaciones informáticas desarrolladas por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social como soporte tecnológico de sus propios Registros Electrónicos de Apoderamientos. En el caso de que las comunidades

autónomas dispongan de sus propias aplicaciones informáticas dirigidas a la tramitación de los procedimientos sancionadores iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuya competencia para resolver ostenten, mediante convenio de colaboración entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las comunidades autónomas se garantizará la transmisión recíproca de información y datos relativos a los mencionados procedimientos sancionadores.

3. Estas modificaciones puntuales del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, deberán completarse con disposiciones complementarias que regulen de una manera detallada el modo en que debe materializarse la relación electrónica entre la Administración y el ciudadano. Aspectos como el modo de presentación de escritos, solicitudes o documentación por parte de los ciudadanos, el sistema de notificaciones y comunicaciones electrónicas utilizado por la Administración, la actuación de los ciudadanos a través de representante o la regulación del Registro Electrónico de Apoderamientos encontrarán mejor acomodo en una disposición de desarrollo, dictada al amparo de la disposición final única.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y de la disposición final primera del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

**-Orden ISM/1385/2023, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE 28-12-2023)**

El 5 de diciembre de 2022 se llevó a cabo una modificación del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Reino de España relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid el 28 de enero de 2009.

Tras esa modificación, el Centro de las Naciones Unidas de Tecnología de la Información y las Comunicaciones en Valencia (UNICTF-V) solicitó la incorporación voluntaria a la Seguridad Social española del personal funcionario que presta servicios en el mencionado Centro de las Naciones Unidas. Dicha solicitud fue informada favorablemente por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación en fecha 20 de febrero de 2023.

Por tanto, mediante esta Orden resulta procedente la modificación del artículo 14.1.b) de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional del Real Decreto 317/1985, de 6 de febrero, con el objetivo de incluir a dicha entidad de Naciones Unidas en la relación de organizaciones internacionales del citado artículo.

**-Real Decreto 1133/2023, de 19 de diciembre, por el que se regula el cómputo de los períodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos del reconocimiento y cálculo de determinadas pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva (BOE 8-1-2024)**

Este RD es consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2013, en el Asunto C-233/12 Gardella, mediante la cual el citado Tribunal ha declarado que el artículo 45, libre circulación de trabajadores, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se opone a una normativa de un Estado miembro que no permita, a los efectos de generar el derecho a pensión de vejez, tomar en cuenta los periodos de empleo que un nacional de un Estado miembro de

la Unión Europea haya cubierto en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro.

La obligación establecida en la Sentencia Gardella, de computar los periodos trabajados en las organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos de acceder a las pensiones contributivas y de calcular su cuantía, se encuentra recogida en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que remite su articulación al desarrollo reglamentario. A ello responde el presente real decreto.

— Objeto (art. 1):

Este real decreto establece los términos y reglas para el cómputo de los periodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos de reconocer y calcular las pensiones contributivas del sistema español de la Seguridad Social derivadas de contingencias comunes.

— Ámbito subjetivo (art. 2):

Este real decreto será de aplicación a las personas que coticen o hayan cotizado a cualquiera de los regímenes del sistema español de la Seguridad Social y trabajen o hayan trabajado en España o en el territorio de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, al servicio de una o varias organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, siempre que dichos trabajos hayan determinado la realización de aportaciones al sistema de pensiones de dichas organizaciones y no hayan dado lugar a su inclusión en el sistema español de la Seguridad Social o en el del Estado en el que hayan trabajado.

Este real decreto no se aplicará a las personas incluidas en el campo de aplicación del Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social españoles, cuando se haya procedido a la transferencia de los derechos a pensión contemplada en él.

— Ámbito objetivo 8art. 3):

Los periodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en un Estado miembro de la Unión Europea, se podrán computar, en los términos establecidos en este real decreto, para el reconocimiento y cálculo de las pensiones contributivas de jubilación y las de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes del sistema español de la Seguridad Social, reguladas en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en sus normas de desarrollo.

Este real decreto se aplicará exclusivamente en aquellos supuestos en los que el reconocimiento de la pensión de que se trate no resultara posible sin la toma en consideración de los periodos trabajados en las organizaciones internacionales intergubernamentales a los que se refiere, por alguna de las siguientes causas:

a) Por no reunirse el periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de que se trate, tomando en consideración únicamente los periodos cotizados o

considerados como cotizados al sistema español de la Seguridad Social, ni totalizando, en su caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de los países con los que exista una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

b) Por no reunir la carencia específica exigida, esto es, que parte o la totalidad del periodo mínimo de cotización exigido esté comprendido en un periodo de tiempo determinado, para acceder a la pensión de que se trate, tomando en consideración únicamente los periodos cotizados o considerados como cotizados al sistema español de la Seguridad Social, ni totalizando, en su caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de los países con los que exista una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

c) Por no encontrarse en alta ni en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida conforme a la legislación española, ni poder considerarse en tal situación en virtud de una norma internacional de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Asimismo, se incluyen cuatro disposiciones transitorias. La primera, para contemplar la aplicación del real decreto a los hechos causantes anteriores a su entrada en vigor; la segunda, para establecer la toma en consideración de los periodos de trabajo al servicio de las organizaciones internacionales intergubernamentales anteriores a su entrada en vigor; la tercera, para regular, dada la situación creada por la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, el cómputo de los periodos efectuados en las organizaciones internacionales intergubernamentales ubicadas en su territorio; y, la cuarta, para determinar los supuestos y términos en que resulta posible el reconocimiento del complemento por maternidad.

**-Orden ISM/29/2024, de 22 de enero, por la que se establecen para el año 2024 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 23-1-2024)**

El artículo 122, apartado Ocho.2, de la prorrogada Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, establece que la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar respecto a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden, mediante la que se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2023, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

1. Las bases únicas de cotización de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero quedan establecidas para el año 2024 en las cuantías que se reflejan en los anexos de esta orden,

sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, en relación con los coeficientes correctores (Artículo único).

2. Las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de las bases de cotización establecidas en esta orden respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2024 se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas, sin recargo, en el plazo que finaliza el último día del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE (Disposición transitoria única).

**-Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024 (BOE 30-1-2024)**

Como consecuencia de la situación de prórroga presupuestaria automática desde el 1 de enero de 2024, resulta de aplicación el artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 y que se prorrogan durante el año 2024.

En este contexto de prórroga presupuestaria, se hace extensible durante el año 2024 la facultad conjunta que se recogía en el apartado diecisiete del citado artículo 122 al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y al Ministerio de Trabajo y Economía Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, establece con carácter transitorio, las disposiciones precisas que permiten articular esta orden en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2024.

La disposición transitoria octava RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, establece la suspensión de lo dispuesto en el apartado 1.a).4.º de la disposición transitoria decimosexta LGSS, en relación con las bases de cotización del Sistema Especial para Empleados de Hogar. De esta forma, en tanto se aprueba la LPGE para el año 2024, desde el 1 de enero de 2024, los tramos de retribución y las bases de cotización por contingencias comunes a este sistema especial serán las determinadas en el ejercicio 2023.

La disposición transitoria novena RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, establece las referencias a las bases mínimas, máximas y tope máximo de cotización de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, a la aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional y a la determinación de la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas, para el ejercicio 2024, y hasta la aprobación de la correspondiente LPGE.

1. Las bases mínimas de cotización de los grupos de cotización de los regímenes que las tengan establecidas se incrementarán de forma automática en el mismo porcentaje que lo haga el salario mínimo interprofesional incrementado en un sexto, las bases máximas y el tope máximo de las bases de cotización se fijarán aplicando el porcentaje previsto para la revalorización de pensiones, al que se sumará el establecido en la disposición transitoria trigésima octava LGSS.

2. Se establece la cotización correspondiente al mecanismo de equidad intergeneracional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 bis y en la disposición transitoria cuadragésima tercera LGSS, que será de 0,70 puntos porcentuales.

3. Se determina la cotización por la realización de prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación sean o no remuneradas, teniendo en cuenta que el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, modificó la disposición final décima 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, a fin de que la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, relativa a la Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, entre en vigor el 1 de enero de 2024.

   Esta cotización de las prácticas remuneradas se aplicará también respecto a las prácticas realizadas al amparo del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y del Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

4. Respecto a los trabajadores autónomos, en el año 2024, la tabla general y la tabla reducida y las bases máximas y mínimas aplicables a los diferentes tramos de rendimientos netos se fijan de conformidad con la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, y la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

   Asimismo, la cuantía para el reintegro de cotizaciones a los trabajadores autónomos en situación de pluriactividad fijada en el apartado 8 del artículo 16 proviene de la aplicación a la base máxima para el año 2024 del apartado 1 para doce mensualidades del tipo de cotización del 28,30 vigente del apartado 2.a) del mismo artículo.

5. Se establece que en tanto no se apruebe el salario mínimo interprofesional [lo que ya se ha producido mediante Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero] para el año 2024, las bases mínimas de cotización de todos los grupos profesionales previstas en esta orden tendrán carácter provisional hasta que, mediante una nueva orden ministerial, se aprueben de forma definitiva.

6. En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para los trabajadores por cuenta ajena, será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

7. También, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial o exclusión de alguna contingencia.

8. En lo que respecta a la cotización de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, se han determinado los tipos de cotización y reducciones en las aportaciones empresariales, de acuerdo con los dispuesto en la disposición transitoria decimoctava LGSS sobre aplicación paulatina de las bases y tipos de cotización y de reducciones en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. De igual forma, las bases mínimas y máximas se fijan atendiendo a la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

9. También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social.

10. Por último, en la orden se han introducido las modificaciones necesarias para adecuar su contenido a las recientes reformas legales en materia de Seguridad Social con incidencia en la cotización, debiendo citarse por su significativo alcance, a modo de ejemplo, las que derivan 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.

11. Al margen de las previsiones y novedades con rango de ley reseñadas, se han mantenido la regulación de bases y tipos restantes previstas en la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 en desarrollo del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre.

**-Contabilidad presupuestaria.- Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se modifica la Resolución de 3 de julio de 2014, por la que se aprueba la Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social y la Resolución de 11 de octubre de 2022, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable para las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social (BOE 31-1-2024)**

Mediante esta Resolución se modifica: a) la Resolución de 3 de julio de 2014, de esta Intervención General, por la que se aprueba la Instrucción de gestión contable para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social al objeto de incorporar un nuevo campo en los documentos contables denominado «Código de inventario» que permita establecer el intercambio de información entre el Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS) y el Inventario de Bienes y Derechos de la Seguridad Social (IBID); b) la Resolución de 11 de octubre de 2022, de este mismo Centro Directivo, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable para incorporar la regulación del procedimiento de comunicación entre ambos aplicativos.

La necesidad de estos cambios deriva de que el Tribunal de Cuentas en las Declaraciones de la Cuenta General del Estado de cada ejercicio viene manifestando que la Tesorería General de la Seguridad Social no dispone de un inventario general de bienes y derechos completo, actualizado y conciliado con los registros contables, cuya formación es responsabilidad de dicho servicio común. Ello se debe, como señala el citado tribunal «a la inexistencia de procedimientos que permitan la conexión directa entre la aplicación del Inventario de Bienes y Derechos de la Seguridad Social

(IBID) (diseñada para la gestión patrimonial de este inventario, operativa desde junio de 2021) con el Sistema de Información Contable de la Seguridad Social (SICOSS)».

**-Comunidad Autónoma de Cataluña. Derechos del paciente. Ley 2/2024, de 6 de febrero, de modificación de la Ley 21/2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (BOE 24-2-2024)**

En Cataluña, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, regula la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas para que toda persona mayor de edad con capacidad suficiente pueda comunicar las intervenciones y los tratamientos médicos que acepta o rechaza en caso de que se encuentre en una situación en la que no pueda expresar su voluntad.

Pero la forma en que la Ley 21/2000 regula la formalización del documento de voluntades anticipadas conlleva diferentes trabas burocráticas que perjudican más a las personas más vulnerables, como la gente mayor y la gente sin recursos económicos.

Por ello, se modifica el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 21/2000 para incluir una nueva letra con la que se reconoce la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios, de forma que estos profesionales puedan cumplir también la función de testigo. Esta posibilidad permitirá agilizar la tramitación del documento y facilitar su otorgamiento y presentación sin perder el debido rigor en la prestación del testimonio.

## 2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

***Extinción del contrato por incapacidad permanente***

**-STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22**

***«Procedimiento prejudicial — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad — Accidente de trabajo — Incapacidad permanente total — Resolución del contrato de trabajo — Artículo 5 — Ajustes razonables»***

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 5 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, a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre J. M. A. R. y Ca Na Negreta, S. A., en relación con la resolución del contrato de trabajo de J. M. A. R. por parte de dicha sociedad debido a que este se hallaba en situación de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, órgano jurisdiccional remitente, señala que, en el presente asunto, no se niega que el trabajador de que se trata sea una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Subraya que, en cualquier caso, esta apreciación

se ve corroborada por el artículo 4, apartado 2, de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, que confiere a las personas en situación de incapacidad permanente total la condición de «personas con discapacidad».

El órgano jurisdiccional remitente señala que, a tenor del artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, que no ha sido modificado desde el 10 de marzo de 1980 y que, por tanto, no se ha adaptado para tener en cuenta la Directiva 2000/78 ni la Convención de la ONU, la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual permite la extinción automática del contrato de trabajo, sin que deba cumplirse ninguna formalidad ni abonarse indemnización alguna, distinta de la pensión mensual, equivalente, en el presente asunto, al 55 % del salario del trabajador. Añade que tal extinción no está supeditada al cumplimiento de ninguna obligación previa de realizar «ajustes razonables», pese a que, en el caso de autos, la propia Ca Na Negreta había demostrado la viabilidad de tales ajustes, pues había reubicado a J. M. A. R. en otro puesto dentro de la empresa.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente cita la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85), de la que, a su parecer, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

El órgano jurisdiccional remitente hace también referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se desprende que, si bien la incapacidad permanente total no obliga al empresario a despedir al trabajador y no impide, en particular, que este sea reubicado en otro puesto dentro de la empresa, puesto que tal incapacidad solo afecta a su aptitud para desempeñar sus funciones habituales y, por lo tanto, no le impide realizar otras tareas, dicho empresario no está obligado, sin embargo, a realizar esa reubicación, salvo que así esté establecido convencional o contractualmente.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la compatibilidad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal con el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a la luz de la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail (C-485/20, EU:C:2022:85).

En el caso de autos, por una parte, no se discute que la incapacidad del demandante en el litigio principal resulta de dolencias físicas permanentes vinculadas a un accidente de trabajo. Según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Gobierno español, si bien dicha incapacidad no impide que el trabajador de que se trata desempeñe otras funciones para su empleador u otra empresa, no es menos cierto que a dicho trabajador se le ha reconocido la condición de «persona con discapacidad», en el sentido de la legislación nacional que transpone el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a saber, los artículos 4, 40 y 63 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Parece que la limitación de la capacidad del demandante en el litigio principal, que resulta de dolencias físicas permanentes, puede impedir la participación plena y efectiva de este en la vida profesional, de modo que su situación está comprendida en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78 y de la jurisprudencia recordada en el apartado 34 de la presente sentencia.

Por otra parte, tampoco se discute que la normativa nacional controvertida en el litigio principal confiere al empresario la facultad de resolver el contrato de trabajo debido a la incapacidad permanente total del trabajador para ejercer su profesión habitual en la empresa. El hecho de que el trabajador de que se trata hubiera solicitado que se le reconociera esa incapacidad permanente total y de que tuviera conocimiento de que dicha normativa confería a su empleador el derecho a resolver

su contrato de trabajo a raíz de ese reconocimiento no significa, a este respecto, que ese trabajador hubiera dado su consentimiento a la extinción de dicho contrato. Por consiguiente, una resolución en virtud de dicha normativa está comprendida entre las «condiciones de despido», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, puesto que constituye una extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador.

Por consiguiente, una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar, para empezar, que la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de discapacidad. Además, el artículo 26 de la Carta establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 27 y jurisprudencia citada).

A continuación, procede recordar asimismo que las disposiciones de la Convención de la ONU pueden invocarse para interpretar las de la Directiva 2000/78, de modo que esta última debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada).

Pues bien, en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de dicha Convención, el concepto de «discriminación por motivos de discapacidad» se refiere a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

En lo que concierne a dichos ajustes, del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 37).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).

En este contexto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan

lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

Por consiguiente, el concepto de «ajustes razonables» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartado 49).

En el caso de autos, de la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta que esta permite el despido de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado. En efecto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el demandante en el litigio principal había sido reubicado en otro puesto dentro de la empresa entre el 6 de agosto de 2018 y el 13 de marzo de 2020, fecha del despido, que fue notificado por el empresario once días después del reconocimiento formal de su incapacidad para ejercer su anterior función habitual. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, el nuevo puesto en que el trabajador había sido reubicado, durante más de un año, parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo.

Como señalaron el Gobierno helénico y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, tal normativa parece tener el efecto, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo, de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto, en el sentido del considerando 17 de la misma Directiva y de la jurisprudencia recordada en el apartado 46 de la presente sentencia. Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia, antes de proceder al despido del trabajador.

El hecho de que, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto.

En efecto, tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para

todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

Por último, en cuanto a la alegación formulada por el Gobierno español en sus observaciones escritas, según la cual el Estado miembro afectado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, procede recordar que, en el ejercicio de dicha competencia, ese Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (Acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, EU:C:2022:508, apartado 30 y jurisprudencia citada].

Así pues, una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia.

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara que el artículo 5 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, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

**-Sentencia del Juzgado de lo Social nº.2 de Vigo de 16 de febrero de 2024**

Declara la nulidad de un despido de un trabajador como consecuencia de haberle sido declarado una Incapacidad Permanente Total y reconocida una pensión en el sistema de la Seguridad Social.

La sentencia aplica la jurisprudencia de la STJUE de 18 de enero de 2024, nº C-631/22, que establece que no se puede considerar extinguido automáticamente el contrato de trabajo por el hecho de que se le declare una incapacidad permanente a un trabajador y que la empresa tampoco puede

proceder al despido por el hecho de que se le haya declarado una incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin intentar reubicarlo o adaptar su puesto de trabajo. La empresa queda obligada, antes de la extinción del vínculo laboral, a efectuar los ajustes razonables en su puesto de trabajo o reubicarlo en otro puesto compatible con sus dolencias o el despido se declarará nulo.

El Juzgado de lo Social nº.2 de Vigo establece que la consecuencia es la readmisión del trabajador y la obligación de la empresa de ofrecerle al trabajador un nuevo puesto de trabajo compatible con un incapacidad permanente total.

***Empleo público***

**-STJUE (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22**

**«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Personal laboral indefinido no fijo — Cláusulas 2 y 3 — Ámbito de aplicación — Concepto de "trabajador con contrato de duración determinada" — Cláusula 5 — Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada — Medidas legales equivalentes»**

Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), 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 (DO 1999, L 175 p. 43).

Estas peticiones se han presentado en el contexto de sendos litigios entre MP y la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, en el asunto C-59/22; entre IP y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en el asunto C-110/22, y entre IK y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, en el asunto C-159/22, en relación con la calificación de la relación laboral que vincula a los interesados con la Administración Pública correspondiente.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

**-Juzgado de lo Social número 14 de Sevilla, de 27 de febrero de 2024**

El Juzgado de lo Social número 14 de Sevilla de 27 de febrero declara fija a una empleada de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía que prestaba servicios como ordenanza en un instituto de Sevilla desde hacía catorce años con un contrato de interinidad por vacante y declara en consecuencia la improcedencia de su despido, siguiendo la

sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de febrero sobre el abuso de la temporalidad en las administraciones públicas.

La sentencia estima improcedente el despido de la trabajadora, producido el 31 de mayo de 2023, y condena a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía a readmitir a la demandante en el puesto de trabajo que venía ocupando, con abono de todos los salarios dejados de percibir desde la fecha de su despido hasta su efectiva readmisión, o a optar expresamente por abonarle una indemnización de 30.535,48 euros.

Esta empleada de la Junta fue cesada por cobertura definitiva de la plaza que venía ocupando "provisionalmente" desde el 7 de enero de 2009 y hasta el 31 de mayo de 2023, "es decir, más de catorce años ininterrumpidos cubriendo con carácter de interinidad una plaza, lo que supera con creces" el límite de tres años que el Estatuto Básico del Empleado Público y la doctrina del Tribunal Supremo han considerado aplicable a estos supuestos.

El juez considera por ello que la relación de la empleada ya había devenido fija con carácter previo, añadiendo que la Junta "no ha alegado, ni menos aún probado, ningún motivo por los que, a lo largo de tan dilatado periodo, no se hubiera cubierto la plaza, ni ha acreditado ningún acto administrativo tendente a su cobertura definitiva con anterioridad a la convocatoria que finalmente se produjo en 2023".

Señala la Sentencia que "De la prueba practicada cabe concluir que nos hallamos inequívocamente ante (...) una contratación temporal injustificadamente larga y, por tanto, abusiva". Así, aplicando la sentencia del TJUE, no considera a la trabajadora despedida como "indefinida no fija", sino directamente como fija, declarando en consecuencia su despido como improcedente, con todos los efectos legales correspondientes.

La sentencia recuerda que el TJUE ha considerado, en su sentencia de 22 de febrero, que la figura del indefinido no fijo creada por la jurisprudencia española, no es más que una relación laboral igualmente temporal a los efectos de la Directiva europea sobre trabajo de duración determinada y, por tanto, no constituye una sanción adecuada al abuso de la temporalidad.

En este sentido, el juez pone de manifiesto que, "a pesar de los loables y prolongados esfuerzos que se han realizado durante largos años por la jurisprudencia nacional para intentar dar una respuesta a las situaciones de uso abusivo de la temporalidad" con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, "el legislador no ha establecido, en todo este tiempo, una medida adecuada a lo exigido por la Directiva que tuviera en cuenta los sucesivos pronunciamientos que ha ido emitiendo el TJUE a las respuestas prejudiciales planteadas por los órganos judiciales españoles".

El magistrado recuerda que el TJUE ha señalado que la fijeza no es la única solución posible pero que, en ausencia de otra medida idónea, los tribunales nacionales deben aplicarla con preferencia a las disposiciones internas, incluso de rango constitucional. "Hubiera sido deseable que el legislador arbitrara una situación acorde con la normativa europea y, a su vez, con nuestros principios constitucionales, pero, a falta, pues, de otra medida adecuada en el Derecho interno, teniendo en cuenta la primacía del Derecho de la Unión Europea y el carácter preferente de su aplicación, procede sancionar el abuso de la utilización fraudulenta y abusiva de la temporalidad con el reconocimiento de que la relación laboral de la trabajadora demandante con la administración demandada tenía el carácter fijo en el momento de la extinción", lo que conlleva que su cese sea calificado como despido improcedente.

# 3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

## RELACIÓN LABORAL

Cervilla Garzón, M. D. (Dir.): *El actual contrato de prestación de servicios*, Aranzadi, 2023.

Martín Jiménez, R: *La persona trabajadora cabeza de familia monoparental*, Dykinson, 2023.

## DERECHO COLECTIVO

Garate Castro, J.: *Derecho sindical, Volumen III. Conflictos colectivos de trabajo*. Editorial: Bomarzo, Albacete 2023. 396 páginas.

Maneiro Vázquez, Y.: *El papel de los sindicatos como garantes de los derechos reconocidos en las nuevas directivas. Especial atención a la defensa de los intereses difusos*. Ed. Cinca, 2024. 150 páginas.

Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Atelier 2024, 380 páginas.

Valle-Inclán Rodríguez de Miñon, D.: *Los servicios mínimos como límite al derecho de huelga en el transporte aéreo*, Dykinson, 2023. 166 páginas.

VVAA: *La negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021*, XXXV Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTAS, 2023.

## PROTECCIÓN SOCIAL

Arrieta Idiakez, F.J.: *LAGUN ARO: Una experiencia de modelo alternativo de protección social*. Dykinson, diciembre 2023. 572. DOI: https://doi.org/10.14679/2511. 202 páginas.

Arufe Varela, A.: *La asistencia social en Alemania. Un comentario del Libro XII del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*. Atelier, 2024. 308 páginas.

Burgos Goyé, M.C./Monereo Pérez J.L.: *La inmigración-emigración: las rentas de pobreza en el contexto autonómico y en una era disruptiva*, Laborum, 2024.

López Insua, B.M., Ortega Lozano, P. y Guindo Morales, S.: *Seguridad social y tecnologías con perspectiva de género "Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje"*, Comares, 2024.

López Insua, B.M: *La protección de los mayores en la era digital. Entre trabajo y jubilación*, Tirant lo Blanch, 2023

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo Parra, A.R.: *Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, Laborum, 2023.

Ricou Casal, M.: *El derecho a la salud y la Seguridad Social,* Bomarzo, 2024

Vicente Palacio, A.: *La asistencia sanitaria transfronteriza*, Atelier, 2023

## PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Pérez Capitán, L.: *Memento Práctico-Prevención Riesgos Laborales 2024-2025,* Ed. Francis Lefebvre, 2023

## PROCESAL LABORAL

García Murcia, J. (Dir.): *Jurisprudencia social del Tribunal Supremo "En memoria de Félix Salvador Pérez"*, Aranzadi, 2024 (Papel + e-book).

Tascón López, R.: *Hacia la eficiencia procesal en el orden Social de la Jurisdicción* (Papel + e-book), Aranzadi, 2024

## EMPLEO PÚBLICO

Moreno Gené, J.: *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*. Atelier, 2024. 234 páginas.

## OBRAS GENERALES Y OTRAS

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona* 1ª Ed, Aranzadi, 2024.

Castro Medina, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales: La importancia de un cambio de paradigma*. Atelier, 2024, 320 páginas.

Díaz Barco, F.: *Manual de Derecho de la Construcción,* Tirant lo Blanch, 2024.

Fabregat Monfort, G. (Dir.): *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual. "Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social."*, Tirant lo Blanch, 2023

Fernández Orrico, F.J.: *Discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, Laborum, 2023.

Fortuny Cendra, M.: *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes. Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Aranzadi, 2024.

Montes Adalid, G.M.: *La respuesta del Derecho Social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo, envejecimiento y despoblación en la era digital.* Atelier, 2024. 468 páginas.

Nevado Fernández, M, J.: *La antigüedad en el trabajo. No hay más moderno*. Tiran lo Blanch, 2023

Ortega Lozano, P. Guindo Morales, S.: *Desafío tecnológico en el derecho del trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Atelier, 2023.

VVAA: *Memento Social*, 2024, Ed. Lefebvre 2024

## 4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES A PROPÓSITO DE LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL 2023-2027, *por María Belén Fernández Collados (Dir.) et al, Editorial Aranzadi, 2024, páginas: 400 páginas.*

**Comentado por:**
*Sara Guindo Morales*
*Profesora Contratada Doctora Indefinida. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.*
ORCID: 0000-0002-7018-8681

Tenemos el placer de recensionar la reciente y novedosa obra colectiva de referencia doctrinal que lleva por título "*La Prevención de Riesgos Laborales a propósito de la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral*" y que ha sido publicada por la prestigiosa editorial Aranzadi.

Obra que ha sido financiada por la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral en cumplimiento de los objetivos dispuestos en el convenio de colaboración entre la Universidad de Murcia y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía para la creación de la "Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral", para el ejercicio 2023 y en la que también se recogen los resultados del Proyecto PID2022-137171OB-I00 titulado "La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género". Además, el resultado es parte de la ayuda PID2022-137171OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+.

Así pues, el equipo investigador de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral, en su misión de fomento de las actividades de investigación, desarrollo e innovación en materia de seguridad y salud laboral, trata en este bibliográfico el tema de la Prevención de Riesgos

Laborales a propósito de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobada por el Consejo de Ministros, reunido el 14 de marzo de 2023.

Lo anterior, a través de una completa metodología investigadora consistente en el análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia, tratando las cuestiones y las problemáticas más actuales sobre la materia.

Conforme el contenido de dicha Estrategia, que pone su horizonte en 2027, pretende ser un nuevo marco de referencia que oriente las políticas públicas de prevención de riesgos laborales de este período, aunando esfuerzos y compromisos, con la voluntad compartida de seguir actuando con determinación para disminuir los daños físicos y mentales que sufren las personas con motivo del trabajo, llegando a todos los sectores, actividades, empresas y personas trabajadoras por igual.

Y es que la misma pretende adquirir un compromiso firme con los ejes prioritarios del Marco Estratégico Europeo de Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2027, y particularmente anticiparse a los riesgos derivados de las transiciones digital, ecológica y demográfica, alineándose sus líneas de actuación con otras estrategias y planes nacionales en materias fundamentales como la salud mental, la igualdad de hombres y mujeres, el cáncer laboral, la seguridad vial y el cambio climático, entre otras.

Por tanto, en definitiva, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 aspira a lograr entornos de trabajo seguros y saludables, que contribuyan positivamente a la salud de las personas trabajadoras, y al progreso de las empresas y de la sociedad.

Adentrándonos ya en el contenido de la obra colectiva, y partiendo de una estructura sistemática instrumental, la misma se encuentra conformada por los capítulos que se enumeran a continuación:

1. "La prevención de riesgos laborales desde la publicación de la Ley en 1995 hasta la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral 2023-2027", realizado por el autor Guillermo Rodríguez Iniesta, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

2. "La Seguridad y Salud Laboral española en cifras", realizado por los autores Olga García Luque, Profesora Titular de Economía Aplicada de la Universidad de Murcia y Manuel Hernández Pedreño, Profesor Titular de Sociología de la Universidad de Murcia.

3. "La prevención de los accidentes in itinere y en misión como estrategia de seguridad y salud en la empresa", realizado por el autor Francisco A. González Díaz, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

4. "La perspectiva de género en la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo", realizado por la autora Ana I. Pérez Campos, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

5. "Prevención de riesgos laborales y nuevos entornos laborales", realizado por la autora M.ª Elisa Cuadros Garrido, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

6. "La adhesión de España al Convenio de la OIT núm. 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo", realizado por la autora Noemí Serrano Argüello, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid.

7. "Colectivos vulnerables y prevención de riesgos laborales", realizado por la autora M.ª Belén Fernández Collados, Profesora Titular (acreditada a Cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

8. "La gestión de la seguridad y salud laboral en las PYMES", realizado por la autora Belén del Mar López Insua, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

9. "La Seguridad y Salud Laboral en la doctrina judicial", realizado por el autor José Antonio González Martínez, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

Como se ha podido comprobar, a lo largo de los capítulos de libro se tratan temas tan interesantes a la par que problemáticos relacionados con la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo y, en definitiva, con la prevención de riesgos laborales, tales como los accidentes *in itinere* y en misión, la perspectiva de género o los colectivos vulnerables.

Por tanto, este referente bibliográfico representa una herramienta útil y de calidad que permitirá a los distintos operadores jurídicos dialogar con los análisis y opiniones vertidas en el mismo sobre materia preventiva como consecuencia del reputado y prestigioso plantel de autores intervinientes, que gracias a su heterogénea procedencia contribuyen al mejor aval que cualquier obra de esta envergadura pueda tener.

Es de justicia insistir en la capacidad de análisis y en la profundidad de razonamiento de estos juristas, que conjugan con un sabio criterio la defensa de unos determinados valores, la evaluación de los avances normativos e institucionales, los defectos de regulación y el juicio respecto de aquellos aspectos que pudieran resultar más controvertidos.

Por estas razones, este atractivo ejemplar reúne todas las condiciones para convertirse en un gran referente teórico-práctico de imprescindible consulta sobre la temática preventiva, necesario para cualquier biblioteca jurídica que se precie.

## LA SUBROGACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, *por Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Editorial Dykinson, 2023, páginas: 434.*

**Comentado por:**

*Sheila López Vico*

*Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU. Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.*

ORCID: 0000-0002-2608-3436

En esta ocasión tenemos el placer de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada "La subrogación de los trabajadores en la transmisión de empresas". La misma ha sido realizada por Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada. No resulta baladí subrayar como esta ha sido galardonada por el prestigioso Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas en su VI edición y, en

consecuencia, editada por la reconocida editorial Dykinson, siendo todo ello ya una evidencia de su elevada calidad jurídica.

A lo largo de las últimas décadas se han producido importantes cambios en nuestro mercado empresarial como consecuencia de la expansión de tendencias ligadas a la tercera y cuarta revolución industrial, como son la digitalización, la globalización, la inteligencia artificial, la robótica, el internet de las cosas, etc. Todo ello ha dado lugar al tránsito de un modelo de producción fordista, caracterizado -entre otros rasgos- por la realización de la labor productiva de manera presencial bajo las órdenes y el control del empresario en el marco de grandes estructuras fabriles, a un modelo de empresa posfordista donde prima la búsqueda de la flexibilidad. De este modo, la existencia de un mercado inestable y altamente cambiante ha obligado a las empresas a acometer cambios relevantes en sus modelos organizativos. Así, se ha producido paulatinamente un abandono de las grandes fábricas o empresas, asistiéndose a una fragmentación o desintegración de las mismas que, si bien no han desaparecido, han pasado a adoptar una estructura sustancialmente diferente en aras de aumentar su flexibilidad. Para ello se ha recurrido a fórmulas variadas como son la deslocalización, la subcontratación o la descentralización. Junto a estas, se ha detectado asimismo un repunte de las transmisiones de empresas que han pasado, incluso, a normalizarse en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, en este último caso se produce un marcado choque entre los intereses del o los trabajadores y del empresario, lo cual se refleja en la existencia de una compleja regulación legal, tanto en nuestro país como en el plano europeo en esta materia. Pues bien, es precisamente la resolución de dicho conflicto de intereses derivado del cambio de titularidad de la empresa con sus implicaciones y consecuencias jurídicas la materia objeto de estudio por parte del prof. Ortega Lozano en la presente monografía.

En cuanto a su contenido, la misma se estructura en seis partes diferenciadas y un total de veintiún capítulos diferenciados pero íntimamente vinculados entre sí. Veámoslo:

— Parte primera: "Acerca del fenómeno de la sucesión de empresa". La primera parte se articula en un total de dos capítulos: Capítulo 1. "Prefacio acerca de las estructuras empresariales: un acercamiento al estado de la cuestión". Capítulo 2. "El sistema regulado en la Directiva 2001/23/CE relativa 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". A través de este primer capítulo se lleva a cabo por el autor una presentación de la problemática existente en torno a la subrogación empresarial, materia que posteriormente es analizada de manera detallada en los capítulos sucesivos, así como de la regulación legal existente en esta materia.

— Parte segunda: "La subrogación de trabajadores (Los supuestos de cambio de titularidad, asunción de plantilla y mandato convencional)". Este a su vez se divide en un total de 4 capítulos: Capítulo 3. "Los diferentes supuestos en los que pueden concurrir los complejos efectos subrogatorios: un esbozo a modo de ordenación". Capítulo 4. "La sucesión clásica". Capítulo 5. "Sucesión de plantilla consecuencia de la mano de obra". Capítulo 6. "Deberes y consecuencias jurídicas en la subrogación ex convenio colectivo". Una vez presentada en la primera parte la figura de la subrogación, se pasa a concretar por medio del segundo capítulo su aplicación y regulación en el plano privado.

— Parte tercera: "Subrogación de trabajadores en las administraciones públicas". Este bloque lo componen un total de 5 capítulos. Capítulo 7. "La subrogación en las contratas". Capítulo 8. "La reversión de la contrata y su reasunción por la Administración pública." Capítulo 9. "Superación de la sucesión convencional (no aplicación del convenio sectorial) cuando la Administración no está en el ámbito funcional: la «doctrina Monachil»". Capítulo 10. "cláusulas administrativas:

hacia la doctrina administrativa del «deber de información»". Capítulo 11. "El fenómeno de la subrogación en Centros Especiales de Empleo". Siguiendo la dinámica del capítulo segundo, entra el autor también a contemplar el tratamiento dado a esta materia en el ámbito público.

— Parte cuarta: "Criterios jurisprudenciales en las actividades materializadas y desmaterializadas". La cuarta parte se divide en un total de 6 capítulos: Capítulo 12. "La delimitación conceptual de actividades materializadas o desmaterializadas por el Tribunal Supremo: algunos criterios jurisprudenciales". Capítulo 13. "Subrogación de activos tangibles: actividades materializadas". Capítulo 14. "Subrogación de activos intangibles: actividades materializadas". Capítulo 15. "Subrogación y tecnología: algunos supuestos complejos tecnológicos". Capítulo 16. "Subrogación en actividades desmaterializadas: mano de obra intensiva". Capítulo 17. "Grupos de empresas y cambio de titularidad". Junto al tratamiento legal, no puede omitirse en nuestra disciplina, y más aún en una materia cuya regulación presenta un uso elevado de conceptos jurídicos indeterminados, el tratamiento realizado por nuestra doctrina judicial, así se procede por medio del presente bloque a analizar los más importantes pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, diversos Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, etc.

— Parte quinta: "Efectos jurídicos de la subrogación en casos concretos resueltos por los tribunales". La quinta parte la compone un único capítulo, pero representa una importante parte de la monografía: Capítulo 18. "Effectum iuris o consecuencias jurídicas en la subrogación: criterios jurisprudenciales de los tribunales".

— Parte sexta: "Conclusiones y bibliografía". La última parte, a modo de cierre, la componen un total de tres capítulos: Capítulo 19. "Conclusiones: interpretación valorativa y discrecional de los conceptos jurídicos indeterminados". Capítulo 20. "Bibliografía". Capítulo 21. "Índice de jurisprudencia". Por medio de este último bloque, además de un amplio catálogo de referencias doctrinales y jurisprudenciales, lleva a cabo el autor una recopilación de los diversos argumentos, críticas y propuestas de mejora de la normativa legal que han ido siendo evidenciadas a lo largo de toda la monografía. En concreto, el amplio tratamiento de la doctrina judicial realizada por el mismo, le permite evidenciar la existencia de una norma deliberadamente general e indeterminada -en aras de garantizar una suficiente flexibilidad que permita incluir dentro de la noción de subrogación las distintas casuísticas que en la práctica pueden producirse-, y con ello, su carácter insuficiente y la necesidad de su modificación o ampliación.

De las breves pinceladas que por medio de la presente recensión se han recogido sobre la monografía objeto de análisis puede ya deducirse que nos encontramos ante una obra de elevada calidad e indudable actualidad jurídica. La subrogación de empresas es una materia que, si bien es clásica en nuestra disciplina, no ve agotada su relevancia. Es más, los cambios que se han sucedido en nuestro mercado empresarial en los últimos años han hecho que la misma vea renovado su protagonismo, al incrementarse de manera relevante el número de empresas que recurren a dicha institución en aras de conseguir una adecuación de sus estructuras empresariales a un mercado de trabajo altamente convulso. Asimismo, la existencia de una normativa legal amplia y plagada de conceptos jurídicos indeterminados hace que en esta materia ocupen un papel central los pronunciamientos que, a nivel nacional e internacional, llevan a cabo los distintos Tribunales de Justicia y que contribuyen a clarificar las distintas dudas interpretativas que surgen en la realidad práctica.

Por todo ello, no puede concluirse el presente análisis sin recomendar la lectura atenta de esta monografía a todo aquel operador jurídico interesado en conocer la figura de la subrogación

empresarial en el marco de las transmisiones de empresas, al ser probablemente esta la obra más completa y actual en esta materia, convirtiéndola así en una monografía de indudable referencia.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: UN MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL SIGLO XXI, *por José Luis Monereo Pérez, Editorial Atelier, 2024, páginas: 378.*

**Comentado por:**
*Rafael José López Bedmar*
*Contratado predoctoral FPU. Universidad de Granada.*
ORCID: 0009-0002-4931-699X

El pasado mes de febrero vio la luz la novedosa e innovadora obra de Monereo Pérez, J.L.: "*La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno"*. Este nuevo libro persigue analizar la figura de la negociación colectiva y los convenios jurídicos en el sistema de relaciones laborales en España. Sin duda la importancia de este derecho constitucional deriva de su existencia como fuente de regulación autónoma de los conflictos laborales y de la organización del trabajo en las empresas.

Destaca el autor, quien es, José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, ambas de la Editorial Laborum; creador de la "Colección Crítica del Derecho" en la Editorial Comares). José Luis Monereo Pérez cuenta con numerosas publicaciones, siendo varios libros y más de seiscientos artículos tanto jurídicos, como de teoría política, como relacionados con las ciencias sociales y el pensamiento social y político.

Sus obras más reseñables de esta línea son: *El derecho a la negociación colectiva; El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo; Guía de negociación colectiva, los planes y fondos de pensiones; La negociación colectiva en el sector energético; El modelo legal de negociación colectiva a los veinticinco años del estatuto de los trabajadores; El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico (coord.); La negociación colectiva en las empresas multiservicios: un balance crítico (coord.);* entre otras muchas.

La obra que ve la luz, publicada por la Editorial Atelier en el año 2003, se encuadra en la prestigiosa y reputada Colección "Atelier Laboral". Dicha colección referida se encuentra dirigida por el profesor J.I. García Ninet (catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Barcelona)6 y cuenta con numerosos volúmenes publicados, lo cual releja la calidad de la monografía.

La obra "*La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*" consta de una introducción -en la que expone el modo de abordar la temática desde una perspectiva de conjunto- y siete capítulos. Los capítulos son los que se detallan a continuación:

— Capítulo I. La garantía constitucional *ex* artículo 37.1 de la Constitución Española en la dinámica de la negociación colectiva. En este capítulo, se realiza una categorización y delimitación del concepto de negociación colectiva. Además, el autor se adentra en el sistema español de la negociación colectiva, considerándolo como la columna vertebral del Derecho del Trabajo, llevando a cabo un estudio de la naturaleza constitucional del mismo.

— Capítulo II. El contenido esencial del derecho fundamental a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En esta sección, se aborda inicialmente el convenio como la expresión del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva, otorgándole la naturaleza de forma de Derecho objetivo. Posteriormente, se diferencian los convenios estatutarios de los extraestatutarios, analizando el reflejo de la autonomía colectiva en ambos.

— Capítulo III. La negociación colectiva como Derecho Social Reflexivo-Horizontal: Autonomía colectiva negocial y democracia social. El autor explica que la negociación colectiva forma parte del proceso de racionalización jurídica de las relaciones de poder en el contexto del mundo del trabajo y en cuya arena sobresale la misma como parte del Derecho social autónomo reflexivo. Se subraya la doble función del Derecho: buscar ser una forma de control social y, especialmente, lograr la integración social mediante la protección de formas de vida. El autor argumenta que la negociación colectiva y el convenio colectivo representan una plasmación típica y cualificada del Derecho reflexivo y flexible.

— Capítulo IV. Las funciones y contenidos de la negociación colectiva en la "sociedad del riesgo", postfordista y digitalizada. Inicialmente, se realiza una referencia a la función de la autonomía colectiva en el contexto de un sistema democrático de relaciones laborales, destacando la vertiente dinámica y estática de la autonomía colectiva. A continuación, se analizan las fuentes tradicionales y consustanciales de la autonomía colectiva. Finalmente, se exploran los nuevos retos funcionales de la autonomía colectiva en el contexto de un enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva en la época del derecho flexible del trabajo.

— Capítulo V. El modelo legal de negociación colectiva: el Estatuto de los Trabajadores. Este capítulo comienza señalando los principales rasgos del modelo legal de la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español. A continuación, se evalúa cómo han afectado las sucesivas reformas laborales de este siglo a dicho modelo, incluyendo la reforma de 2021, abordándola en profundidad mediante un exhaustivo análisis jurídico.

— Capítulo VI. Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de "lege ferenda" de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de la negociación colectiva estatutaria. Este capítulo analiza los desafíos futuros en el marco de la era de la globalización, la digitalización y la crisis ecológica. Destaca como un capítulo de vital importancia, ya que propone mejoras al modelo actual, siempre abogando por el fomento del trabajo decente.

— Capítulo VII. Bibliografía.

Ciertamente, supone un actualizado, detallado y profundo análisis, relevante y útil, de la figura de la negociación colectiva, netamente trascendente en el contexto actual de las relaciones laborales. Se está ante una obra fundamental de referencia en el ámbito del *iuslaboralismo*, y cuya lectura es imprescindible para aquellos interesados en entender las bases de la negociación colectiva y su relevancia en el ámbito jurídico-social.

El autor ha redactado la obra siguiendo una estructura organizada y coherente que, sin duda alguna, guía al lector fácilmente por la obra. La claridad y la profundidad con la que el Profesor José Luis Monereo presenta cada capítulo resultan en una lectura envolvente y enriquecedora. Su capacidad para ilustrar conceptos abstractos con ejemplos prácticos y casos reales hace que el lector se sumerja en el mundo jurídico, comprendiendo la importancia y el impacto del derecho en la vida cotidiana.

Es notorio el esfuerzo realizado para la confección de esta obra por el Profesor Monereo Pérez. El resultado ha sido un producto de gran calidad debido a la trayectoria investigadora y profesional del autor, sin ninguna duda, especialista en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En resumen, es una obra magistral –y de imprescindible lectura– que combina la erudición jurídica con una exposición clara y accesible. Sin duda, invita a explorar el trascendental mundo de la negociación colectiva, a comprender su importancia y a reflexionar sobre sus principios fundamentales. Dirigido tanto para profesionales del Derecho, estudiantes y público que busque una lectura enriquecedora y estimulante, siendo esta obra una elección imprescindible.

# Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 10 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático 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 de la Universidad de Murcia.*
*Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.*
*Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum*
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

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*. nº 10 (2024): 377-427.

## 1. PRÁCTICAS FORMATIVAS. PRÁCTICAS EXTERNAS INCLUIDAS EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN. INCLUSIÓN DE LOS ALUMNOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. REFUNDICIÓN DE CRITERIOS ADMINISTRATIVOS

### - CRITERIO INTERPRETATIVO 3/2024 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL QUE REFUNDE SU CRITERIO 11/2023, DE 5 DE JULIO, Y SUS SUCESIVAS AMPLIACIONES SOBRE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La disposición adicional quincuagésima segunda (DA 52ª) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en lo sucesivo, TRLGSS), titulada "*Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación*", entró en vigor el día 1 de enero de 2024, de conformidad con lo establecido en la disposición final décima 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.

Las consultas formuladas en relación con la aplicación de la citada disposición adicional llevaron a aprobar el Criterio 11/2023, de 5 de julio, emitido por este Centro Directivo en virtud de la competencia que le atribuye el artículo 3.1.a) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, criterio que fue posteriormente ampliado a fin de ir resolviendo las subsiguientes dudas que se fueron planteando.

[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.

La DA 52ª, desde su adición en virtud de lo dispuesto en el apartado 34 del artículo único del citado Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo*, ha sufrido varias modificaciones*, la primera de ellas con ocasión de la aprobación del *Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio,* por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Dicho real decreto-ley *modificó el apartado 8 de la disposición adicional y pospuso su entrada en vigor del 1 de octubre de 2023 al 1 de enero de 2024*, mediante la modificación de la disposición final décima del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

El *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre*, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, añade en su artículo 80 una *nueva letra c) al apartado 1 de la disposición adicional quincuagésima segunda, así como un nuevo apartado 11*, con la siguiente redacción:

> *«c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo».*
>
> *«11. No estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.*
>
> *La situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.»*

Con motivo de los cambios normativos expuestos, *ha quedado sin efecto el Criterio Interpretativo 11/2023, de 5 de julio*, en el que se daba respuesta a las dudas manifestadas por el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música, así como por la Subdirección General de Museos Estatales, pertenecientes ambos organismos al Ministerio de Cultura y Deporte, en cuanto a la interpretación de la DA 52ª TRLGSS respecto de los *estudiantes de enseñanzas artísticas superiores que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas*, al quedar la cuestión resuelta con la nueva redacción del precepto.

Ha quedado, asimismo y por la misma razón*, sin efecto* lo relativo a la *consulta séptima de la ampliación primera* del Criterio 11/2023, emitida el 7 de noviembre de 2023, por la que *se plantea la inclusión en el ámbito de la DA 52ª TRLGSS, de los estudiantes en prácticas de las enseñanzas artísticas profesionales y las enseñanzas deportivas.*

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las modificaciones que afectan al precepto que nos ocupa y los sucesivos criterios que se han emitido, se ha considerado conveniente, en aras del principio de seguridad jurídica, refundir el Criterio 11/2023 y todas sus ampliaciones en un nuevo criterio

interpretativo tendente a unificar y despejar todas las dudas manifestadas en cuanto a la interpretación de la DA 52ª TRLGSS[2]

Madrid, 4 de marzo de 2024

[2] Los criterios a los que se hace referencia son:
-Criterio 11-2023 (5 julio de 2023) relativo a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los estudiantes de enseñanzas artísticas superiores que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas.
- Criterio 11/2023. Ampliación 1ª. (7 noviembre de 2023) Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda 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.
- Criterio 11/2023. Ampliación 2ª. (15 diciembre de 2023) Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda 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 (que sería revisado parcialmente 20 diciembre 2023)
- Criterio 11/2023. Ampliación 3ª. (29 diciembre 2023). Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda 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.
-Criterio 11/2023, Ampliación Cuarta (31 enero de 2024) relativo a las consultas formuladas a esta Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda 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, y modificación de la tercera ampliación

# ÍNDICE

## I. PRÁCTICAS INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE LA DA 52ª TRLGSS

Uno. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS a prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad.

Dos. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS a las prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad.

Tres. Prácticas formativas de la formación curricular incluidas en la DA 52ª TRLGSS.

Cuatro. Inclusión en la DA 52ª TRLGSS del alumnado que realiza la formación en una administración pública.

Cinco. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS de las prácticas extracurriculares.

Seis. Consideración como prácticas externas, y por tanto incluidas en el ámbito de aplicación de la DA 52ª, las que realizan los alumnos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) que son a su vez reclusos en centros penitenciarios y que realizan tales prácticas en las dependencias de dichos centros penitenciarios.

Siete. Inclusión de prácticas formativas realizadas en el marco de los estudios de monitor/director de tiempo libre que se realizan en escuelas fuera del Sistema de Formación Profesional en el ámbito de diversas comunidades autónomas respecto de los que se adjuntan los certificados de profesionalidad que se otorgan a los alumnos una vez superada dicha formación.

Ocho. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS de las prácticas remuneradas realizadas por quien esté en posesión de un título universitario y ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación.

Nueve. Inclusión de las prácticas realizadas en cursos de extensión universitaria en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS.

Diez. Inclusión en el sistema de Seguridad Social, en virtud de la DA 52ª TRLGSS de los estudiantes nacionales en prácticas sin contrato laboral.

Once. Distinción entre prácticas remuneradas y no remuneradas a efectos de la DA 52ª TRLGSS.

Doce. Inclusión en la DA 52ª TRLGSS de los alumnos que realizan prácticas de formación no reglada.

Trece. Informe sobre delimitación ámbito subjetivo de la disposición adicional 52ª del texto refundido de la ley general de la Seguridad Social.

## II. INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DA 52ª TRLGSS CUANDO CONCURREN ELEMENTOS INTERNACIONALES

Uno. Aplicación de la DA 52ª a las personas que quiera acceder al arraigo para la formación cursando un certificado de profesionalidad sin disponer de NIE ni autorización de residencia.

Dos. Cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social según la DA 52ª TRLGSS en el caso de prácticas formativas en las que interviene un elemento transfronterizo.

Tres. Inclusión en la DA 52ª de los solicitantes de asilo que realizan prácticas en España.

Cuatro. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS al personal diplomático al servicio de misiones diplomáticas y oficinas consulares con sede en España

## III. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

Uno. Cálculo de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

Dos. Pago delegado de la incapacidad temporal.

Tres. Consideración de cada día de prácticas formativas no remuneradas como 1,61 días cotizados.

Cuatro. Asistencia sanitaria de las personas beneficiarias de titulares mutualistas de MUFACE, MUGEJU E ISFAS, que realizan prácticas formativas en los términos de la DA 52ª TRLGSS.

## IV. REQUISITOS

Uno. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª de los alumnos menores de 14 años que realizan prácticas no remuneradas por recibir Formación Profesional básica.

Dos. Inexistencia de obligación para las empresas de tener elaborado el Plan de Igualdad para poder aplicarse la reducción del 95 por ciento de las cuotas por contingencias comunes.

Tres. Aplicación del convenio especial previsto en el apartado 8 de la DA 52ª TRLGSS al personal investigador en formación con una beca.

## V. COMPATIBILIDAD

Uno. Compatibilidad del Seguro Escolar con el régimen de cotización y prestaciones reguladas por la DA 52ª TRLGSS.

Dos. Efectos de la DA 52ª TRLGSS sobre el derecho a pensiones no contributivas (PNC) y a las prestaciones de dependencia, así como sobre la suscripción del convenio especial para cuidadores no profesionales.

Tres. Efectos en el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado de la DA 52ª TRLGSS.

Cuatro. Instrucciones del SEPE tras la derogación del Real Decreto ley 7/2023, de 19 de diciembre, para la simplificación del nivel asistencial de la protección por desempleo

## I. PRÁCTICAS INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE LA DA 52ª TRLGSS

### Uno. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS a prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad

Se ha planteado por distintas comunidades autónomas la aplicabilidad o no de la DA 52ª TRLGSS y, por tanto, de las obligaciones con la Seguridad Social que establece a las prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo *no* conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad.

**Normativa**

— TRLGSS, apartado 1, de la DA 52ª, sobre inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*"1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional. Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo.*

*(...)"*

— Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

*"Artículo 9. Objeto y características.*

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, la formación programada por las empresas deberá guardar relación con la actividad empresarial y adecuarse a las necesidades formativas de aquellas y sus trabajadores. Estas necesidades formativas podrán ser cubiertas con las acciones formativas programadas por las empresas para sus trabajadores en el marco de este real decreto, incluidas las dirigidas a dar cumplimiento al derecho del trabajador al permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional*

*para el empleo, según lo previsto en el artículo 9.6 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre. A estos efectos, de acuerdo con lo previsto en dicho artículo, las organizaciones empresariales y sindicales representativas podrán comprometer en el marco de la negociación colectiva planes de formación.*

*La programación y gestión de estas acciones formativas podrá realizarse por las empresas con flexibilidad en sus contenidos y el momento de su impartición, siempre que se respete el derecho de información y consulta de la representación legal de los trabajadores en los términos señalados en el artículo 13."*

**Criterio interpretativo**

La regulación del apartado 1 de la DA 52ª TRLGSS solo afectaría a las practicas realizadas en el ámbito de la formación universitaria y de formación profesional, entendiendo por formación profesional la regulada por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, que incluye los títulos de formación profesional del sistema educativo, y la formación profesional acreditable de grados a), b) y c), vinculada a certificados profesionales (certificados de profesionalidad), regulada en dicha ley.

Las obligaciones con la Seguridad Social establecidas en la DA 52ª TRLGSS no se aplican a la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas vinculadas a acciones formativas de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (formación en el trabajo) vinculadas al Catálogo de Especialidades Formativas y no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad.

**Dos. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS a las prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad**

Se cuestiona en el ámbito de una comunidad autónoma si la formación reglada perteneciente al Sistema de Formación Profesional para el Empleo, que implica la realización de prácticas no laborales para la obtención de certificados de profesionalidad, está incluida en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS, concretamente en su apartado 1, letra b).

**Normativa**

— TRLGSS, apartado 1. b) de la DA 52ª, sobre inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*"La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional. Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*(...)*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*(...)"*

— Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

*"Artículo 38. Titulación y validez.*

*1. La superación de una formación de Grado C o la disposición de los Certificados de Competencia de Grado B que incluyan todos los módulos profesionales recogidos en dicha formación dará derecho a la expedición de un Certificado Profesional, en el que deberá detallarse los módulos profesionales superados y los estándares de competencia correspondientes según el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.*

*2. Los Certificados Profesionales serán otorgados por la administración competente, inscritos en el Registro Estatal de Formación Profesional y tendrán carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.*

*3. Las credenciales expedidas por las administraciones competentes por la superación de ofertas de formación de Grado C no incluidas en el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional, tendrán validez autonómica. En este caso, podrán emitirse e incorporarse al Registro Estatal de Formación Profesional los Certificados de Competencia de Grado B incluidos en dichos cursos de Grado C."*

*"Artículo 81. Entidades no pertenecientes al Sistema de Formación Profesional.*

*1. Únicamente tendrán la consideración de centros de formación profesional aquellos autorizados y que impartan ofertas formativas conducentes a la obtención directa de acreditaciones, certificados profesionales o títulos de formación profesional en cualquiera de los grados de formación A, B, C, D y E.*

*2. Las entidades que no tengan esta consideración no podrán utilizar ninguna de las denominaciones establecidas para los centros de formación profesional oficialmente autorizados, ni cualesquiera otras que puedan inducir a error o confusión con aquéllas.*

*(...)"*

— Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional.

*"Artículo 146. Certificado profesional.*

*1. El certificado profesional tendrá validez en todo el territorio nacional y deberá constar en el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional.*

*2. El certificado profesional deberá detallar los módulos profesionales superados y los estándares de competencia profesional asociados a él e incluidos en el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales y su correspondencia con el Marco Español de Cualificaciones.*

*3. La obtención de un certificado profesional permitirá el acceso al resto de certificados profesionales complementarios para la obtención de un Grado D.*

*Los certificados profesionales que formen parte de un Grado D permitirán, la matrícula modular para, completar los módulos establecidos en el currículo y obtener el correspondiente título de técnico básico, técnico o técnico superior con validez en todo el territorio nacional.*

*(...)*

*Disposición adicional décima. Equivalencia de los certificados de profesionalidad.*

*1. Los certificados de profesionalidad de nivel 1 expedidos con arreglo a la regulación prevista en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad, se consideran equivalentes a todos los efectos, profesionales y de acceso a empleos públicos y privados a los certificados profesionales de nivel 1.*

*2. Los certificados de profesionalidad de nivel 2 expedidos con arreglo a la regulación prevista en el Real Decreto 34/2008, se consideran equivalentes a todos los efectos, profesionales y de acceso a empleos públicos y privados a los certificados profesionales de nivel 2.*

*3. Los certificados de profesionalidad de nivel 3 expedidos con arreglo a la regulación prevista en el Real Decreto 34/2008, se consideran equivalentes a todos los efectos profesionales y de acceso a empleos públicos y privados a los certificados profesionales de nivel 3."*

**Criterio interpretativo**

La obtención de un certificado profesional o, anteriormente, de un certificado de profesionalidad está comprendida en el ámbito de las ofertas formativas de los centros de formación profesional, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, por lo que a las prácticas formativas dirigidas a la obtención de dicho certificado, así como de la precedente certificación de profesionalidad, les es de aplicación la DA 52ª TRLGSS.

**Tres. Prácticas formativas de la formación curricular incluidas en la DA 52ª TRLGSS**

El artículo 57.3 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, dispone que la fase de formación desarrollada en la empresa "f) Tendrá consideración de formación curricular, en cuanto que contribuye a la adquisición de los resultados de aprendizaje del currículo y, en ningún caso, tendrá la consideración de prácticas ni supondrá la sustitución de funciones que corresponden a un trabajador o trabajadora."

Puesto en relación dicho artículo con lo dispuesto en el artículo 55.6 del mismo texto legal, que dispone que:

"*6. Las administraciones competentes en el desarrollo de ofertas de formación profesional adoptarán las medidas necesarias para garantizar el carácter formativo de las actividades desarrolladas durante el o los periodos de formación en la empresa, y evitar su utilización inadecuada como actividad productiva y de carácter laboral, sin perjuicio de las competencias de la administración laboral en el ámbito de la inspección de trabajo. Será incompatible la estancia formativa y la contratación laboral con la misma empresa durante este período, salvo que la estancia formativa se formalice por sí misma con un contrato formativo específico."*

Además, el artículo 57.3.f), lo que dispone es que la formación curricular desarrollada en la empresa no podrá tener carácter laboral y las prácticas a que el mismo alude ha de entenderse que son

prácticas laborales realizadas al amparo de la figura de los contratos formativos del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

La DA 52ª TRLGSS se refiere, por su parte, al definir el ámbito de las prácticas formativas a las que se aplica, a *"b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva."*

El artículo 67.1 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, dispone que, "1. La formación profesional intensiva se corresponde con la formación profesional que se realiza alternando la formación en el centro de formación profesional o en la empresa u organismo equiparado con la actividad productiva, y retribuida en el marco de un contrato de formación."

En consecuencia, *las prácticas formativas a que se refiere la DA 52ª son aquellas que no revisten carácter laboral.*

## Cuatro. Inclusión en la DA 52ª TRLGSS del alumnado que realiza la formación en una administración pública

A los efectos de la Seguridad Social las administraciones públicas tienen la naturaleza de empresarios por lo que, si se dan las condiciones y requisitos dispuestos en la norma, a dichas administraciones públicas les resultará de aplicación lo dispuesto en la citada DA 52ª TRLGSS.

## Cinco. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS de las prácticas extracurriculares

A este respecto, indica la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que la DA 52ª establece que resultarán incluidas en su ámbito de aplicación las prácticas académicas externas realizadas por alumnos universitarios y dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado y título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto, así como las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.

En consecuencia, *se plantea consulta sobre si resultan incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición las prácticas extracurriculares*, habida cuenta que de lo dispuesto en dicha DA 52ª parece deducirse que únicamente quedarían incluidas las prácticas dirigidas a la obtención de un título vinculado a los estudios correspondientes, mientras que las prácticas extracurriculares, según lo indicado, tienen carácter voluntario por parte del alumno y no forman parte del Plan de Estudios de que se trate. En el supuesto de que se entendiera que dichas prácticas extracurriculares forman parte del ámbito de aplicación de la referida disposición adicional, debería precisarse si también se incluyen aquellas prácticas que se realizan ajenas al centro educativo, considerando la TGSS que en este concreto caso, no quedarían incluidas.

## Normativa

— TRLGSS, apartado 1. a) de la DA 52ª, sobre inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*"1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.*

*(...)"*

— Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

*"Artículo 4. Modalidades de prácticas académicas externas. Las prácticas académicas externas serán curriculares y extracurriculares.*

*a) Las prácticas curriculares se configuran como actividades académicas integrantes del Plan de Estudios de que se trate.*

*b) Las prácticas extracurriculares, son aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios. No obstante serán contempladas en el Suplemento Europeo al Título conforme determine la normativa vigente."*

— Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

*Artículo 10. Procedimientos de reconocimiento y transferencias de créditos académicos en los títulos universitarios oficiales.*

*" (...)*

*9. En todo caso, específicamente para los títulos de Grado se deberá tener presente que:*

*a) Serán objeto de estos procedimientos hasta la totalidad de los créditos de formación básica entre títulos del mismo ámbito de conocimiento.*

*b) Serán objeto de estos procedimientos los créditos del resto de materias y asignaturas entre títulos del mismo ámbito de conocimiento o de ámbitos diferentes, siempre atendiendo a la coherencia académica y formativa de los conocimientos, las competencias y las habilidades que definen las materias o asignaturas a reconocer con las existentes en el plan de estudios del título al que se quiere acceder.*

*c) Serán objeto de estos procedimientos los créditos con relación a la participación del estudiantado en actividades universitarias de cooperación, solidarias, culturales, deportivas*

*y de representación estudiantil, que conjuntamente equivaldrán a como mínimo seis créditos. De igual forma, podrán ser objeto de estos procedimientos otras actividades académicas que con carácter docente organice la universidad. En ningún caso podrán suponer la totalidad los créditos objeto del reconocimiento establecido en esta letra c) de este artículo, más del 10 por ciento del total de créditos del plan de estudios."*

*"Artículo 11. De las prácticas académicas externas.*

*1. Las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que los preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento. El Suplemento Europeo al Título recogerá las prácticas realizadas por el o la estudiante.*

*2. De conformidad con el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, se podrán realizar en su modalidad curricular (y por tanto forman parte del plan de estudios y del proyecto formativo del título, pudiéndose concretar en materias o asignaturas obligatorias u optativas) y en su modalidad extracurricular.*

*3. La universidad garantizará el carácter plenamente formativo de las prácticas académicas externas y que las condiciones de realización por parte del estudiantado sean las adecuadas y sujetas a su interés formativo primordial. Dado su carácter formativo, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.*

*4. La realización de las prácticas académicas externas exigirá la suscripción de un Convenio de Cooperación Educativa entre la universidad, o sus centros propios y adscritos, y las entidades, empresas, organizaciones sociales y sindicales o la administración, tal y como se prevé en el artículo 7 del Real Decreto 592/2014, que recogerá el proyecto formativo que desarrollan dichas prácticas y las condiciones en las que se implementará.*

*5. La universidad deberá disponer de una normativa específica de desarrollo de las prácticas académicas externas, que deberá haber sido aprobada por sus órganos de gobierno. Dicha normativa deberá especificar, como mínimo, los requisitos de los y las estudiantes y entidades colaboradoras, el contenido de los Convenios de Cooperación Educativa, los mecanismos de seguimiento y evaluación de las prácticas, el reconocimiento académico de las prácticas del estudiante, la labor de coordinación y tutorización académica, y la duración y horarios de realización de las prácticas, incluyendo las adaptaciones necesarias para el estudiantado con discapacidades y necesidades específicas de apoyo educativo."*

## Criterio interpretativo

Las prácticas académicas externas en el ámbito universitario pueden ser, por tanto, curriculares y extracurriculares. La naturaleza de dichas prácticas es formativa, como bien señala el apartado 1 del Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad:

*"1. Las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que los preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento. El Suplemento Europeo al Título recogerá las prácticas realizadas por el o la estudiante".*

Dichas prácticas serán objeto del procedimiento para el reconocimiento de créditos académicos en la obtención del título; a tal efecto, cada Universidad dispondrá de una normativa específica que desarrolle las prácticas externas -lo que incluye tanto las prácticas curriculares como las extracurriculares- y aprobada por sus órganos de Gobierno en la que, entre otros, se establezca *el reconocimiento académico de las prácticas del estudiante.*

En consecuencia*, las prácticas extracurriculares universitarias autorizadas previamente por el centro de formación deben considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS.*

**Seis. Consideración como prácticas externas, y por tanto incluidas en el ámbito de aplicación de la DA 52ª, las que realizan los alumnos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) que son a su vez reclusos en centros penitenciarios y que realizan tales prácticas en las dependencias de dichos centros penitenciarios.**

**Normativa**

— DA 52ª, apartado 1, del TRLGSS.

*"Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.*

*1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*(...)"*

**Criterio interpretativo**

La redacción del apartado 1 de la DA 52ª admite claramente que la realización de las prácticas formativas podrá efectuarse en todo tipo de empresas, instituciones o entidades, con tal de que estén incluidas en los respectivos programas de formación. Respecto de las prácticas académicas externas, la disposición solo exige que se efectúen al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, por lo que cumpliendo este requisito no existe obstáculo alguno para que los alumnos de la UNED que son a su vez reclusos en centros penitenciarios y realizan tales prácticas en las dependencias de los centros penitenciarios queden incluidos en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena conforme a lo establecido en la citada disposición adicional.

**Siete. Inclusión de prácticas formativas realizadas en el marco de los estudios de monitor/director de tiempo libre que se realizan en escuelas fuera del Sistema de Formación Profesional en el ámbito de diversas comunidades autónomas respecto de los que se adjuntan los certificados de profesionalidad que se otorgan a los alumnos una vez superada dicha formación.**

Según se desprende del escrito de consulta, tales prácticas se realizan en el ámbito de la formación para obtener los títulos de monitor/director de tiempo libre que se conceden en escuelas fuera del Sistema de la Formación Profesional en el ámbito de diversas comunidades autónomas. Ello no obstante, se adjuntan al referido escrito los certificados profesionales que se otorgan a los alumnos una vez superada dicha formación.

**Normativa**

— DA 52, apartado 1. b), del TRLGSS.

"Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*(...)*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*(...)."*

— Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

*"Artículo 28. Tipología de ofertas.*

*1. La tipología de las ofertas del Sistema de Formación Profesional está organizada, de manera secuencial, en los siguientes grados:*

*a) Grado A: Acreditación parcial de competencia.*

*b) Grado B: Certificado de competencia.*

*c) Grado C: Certificado profesional.*

*d) Grado D: Ciclo formativo.*

*e) Grado E: Curso de especialización.*

*2. En cada uno de los Grados existirán ofertas vinculadas a los niveles 1, 2 y 3 del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales."*

*"Artículo 38. Titulación y validez.*

*1. La superación de una formación de Grado C o la disposición de los Certificados de Competencia de Grado B que incluyan todos los módulos profesionales recogidos en dicha formación dará derecho a la expedición de un Certificado Profesional, en el que deberá detallarse los módulos profesionales superados y los estándares de competencia correspondientes según el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales.*

*2. Los Certificados Profesionales serán otorgados por la administración competente, inscritos en el Registro Estatal de Formación Profesional y tendrán carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.*

*3. Las credenciales expedidas por las administraciones competentes por la superación de ofertas de formación de Grado C no incluidas en el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional, tendrán validez autonómica. En este caso, podrán emitirse e incorporarse al Registro Estatal de Formación Profesional los Certificados de Competencia de Grado B incluidos en dichos cursos de Grado C."*

**Criterio interpretativo**

Sobre la base de los citados preceptos se concluye que:

"*La obtención de un certificado profesional está comprendida en el ámbito de las ofertas formativas de los centros de formación profesional, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, por lo que a las prácticas formativas dirigidas a la obtención de dicho certificado, así como de la precedente certificación de profesionalidad, les es de aplicación la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS."*

Y por lo que respecta a los Centros del Sistema de Formación Profesional, la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, establece lo siguiente:

*"Artículo 76. Ejecución de las ofertas formativas de formación profesional.*

*La formación profesional se desarrollará, bajo la responsabilidad de los centros de formación profesional, en:*

*1. Centros del Sistema de Formación Profesional.*

*2. Empresas u organismos equiparados."*

*Artículo 77. Centros del Sistema de Formación Profesional.*

*1. Tendrán la consideración de centros del Sistema de Formación Profesional los establecidos y gestionados por las administraciones competentes al efecto, así como los autorizados por dichas administraciones para impartir ofertas de formación profesional en cualquiera de los*

*grados previstos en la presente ley, de forma exclusiva o simultáneamente con otro tipo de educación o formación, siempre que concluyan oficialmente en las acreditaciones, certificados y títulos de formación profesional establecidos en la presente ley. Se considerarán centros especializados de formación profesional los que impartan formación profesional en cualquiera de los grados previstos en la presente ley, de forma exclusiva, así como los dedicados, en su caso, a orientación profesional en el marco del Sistema de Formación Profesional, o acreditación de competencias profesionales.*

*(...)*

*4. Los centros que impartan ofertas de formación profesional deberán quedar inscritos en el registro de centros autonómicos que corresponda al ámbito territorial en que tengan su sede y en tantos como desarrollen su actividad en cualquiera de las ofertas y modalidades de formación profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la presente ley."*

Habida cuenta de lo expuesto, se señala que quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS las prácticas formativas realizadas por alumnos de formación profesional dirigidas a la obtención de certificados profesionales. En este sentido y en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, tales certificados profesionales habrán de ser expedidos por centros del Sistema de Formación Profesional que estén autorizados por las administraciones competentes para impartir ofertas de formación profesional e inscritos en el registro de centros autonómicos que corresponda.

*"Artículo 82. Colaboración en la formación profesional.*

*1. Las empresas u organismos equiparados, incluidas las administraciones públicas, que cuenten con la capacidad precisa al efecto y asuman su corresponsabilidad en la formación de estudiantes y personas trabajadoras podrán participar en actividades formativas del Sistema de Formación Profesional.*

*2. La colaboración de las empresas u organismos equiparados en el Sistema de Formación Profesional quedará acreditada en la forma y condiciones que reglamentariamente se determinen, y con los efectos que se regulen."*

En consecuencia, en el supuesto que se plantea*, las prácticas formativas realizadas en el marco de los estudios de monitor/director de tiempo libre únicamente quedarán incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, si están dirigidas a la obtención de un Certificado Profesional que sea expedido por un Centro del Sistema de Formación Profesional autorizado por las administraciones competentes para impartir ofertas de formación profesional e inscrito en el registro de centros autonómicos que corresponda, y ello sin perjuicio de que, según se ha indicado, en el desarrollo de tales prácticas puedan intervenir otras empresas u organismos equiparados* en los términos del citado artículo 82 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo.

**Ocho. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS de las prácticas remuneradas realizadas por quien esté en posesión de un título universitario y ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación.**

Estima la TGSS que las prácticas remuneradas realizadas por quien esté en posesión de un título universitario quedarían fuera del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS, habida cuenta que ésta se refiere a las prácticas realizadas por alumnos universitarios y dirigidas a la obtención de las titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.

Por el contrario, considera que tales prácticas remuneradas realizadas por quien esté en posesión de un título universitario sí que quedaron incluidas en el campo de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

**Normativa**

— TRLGSS, apartados 1 y 2, de la DA 52ª. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*"1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo.*

*2. Las personas que realicen las prácticas a que se refiere el apartado 1 quedarán comprendidas como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social, excluidos los sistemas especiales del mismo, salvo que la práctica o formación se realice a bordo de embarcaciones, en cuyo caso la inclusión se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar."*

— Artículo 1.1 del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional

tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

*"1. Quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social."*

## Criterio interpretativo

La DA 52ª TRLGSS se añadió al citado texto legal mediante el artículo único. Treinta y cuatro 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, limitándose la disposición derogatoria de dicho real decreto-ley a derogar todas aquellas disposiciones que se opusieran a lo que en él se establecía y en particular, en su apartado 2, la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que regulaba la Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas pero que, conforme a su apartado 5, no llegó a aplicarse al no ser aprobada la norma reglamentaria de desarrollo. Ninguna mención se hizo a la derogación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

La misma fórmula derogatoria siguieron los posteriores reales decretos-leyes que modificaron la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS: el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; y el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

En consecuencia, fácilmente se colige que el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, sigue vigente solo en aquello que no se oponga a la DA 52ª TRLGSS. De esta forma*, en la citada disposición adicional se incardinan las prácticas realizadas por alumnos universitarios y dirigidas a la obtención de las titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto mientras que las prácticas remuneradas realizadas por quien esté en posesión de un título universitario vinculadas a dichos estudios quedan incluidas en el campo de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación.*

**Nueve. Inclusión de las prácticas realizadas en cursos de extensión universitaria en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS**

La Universidad de León plantea la duda de si las prácticas realizadas en cursos de extensión universitaria se encuentran incluidas en la DA 52ª TRLGSS.

**Normativa**

— TRLGSS, apartado 1 de la DA 52ª. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*"La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo."*

— Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario.

*"Artículo 3. Autonomía de las universidades. (...)*

*2. En los términos de esta ley orgánica, la autonomía de las universidades comprende y requiere:*

*(...)*

*f) La propuesta y determinación de la estructura y organización de la oferta de enseñanzas universitarias oficiales, así como de enseñanzas propias universitarias, incluida la formación a lo largo de la vida.*

*g) La elaboración y aprobación de planes de estudio conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales de Grado o de Máster Universitario, o que conduzcan a la obtención de títulos propios, así como la oferta de programas de Doctorado.*

*h) La expedición de los títulos correspondientes a las enseñanzas universitarias de carácter oficial, así como de títulos propios, incluida la formación a lo largo de la vida. (...)"*

*"Artículo 6. La función docente. (...)*

*6. La docencia y la formación universitarias se estructuran, por una parte, en la docencia oficial con validez y eficacia en todo el Estado, configurada por los títulos de Grado, Máster Universitario y Doctorado, y, por otra parte, en la articulada en los títulos propios. En ambos casos, dichas titulaciones podrán organizarse como titulaciones conjuntas entre universidades españolas o entre universidades españolas y extranjeras.*

*Los títulos propios también podrán establecerse conjuntamente entre universidades y la Administración Pública, con la finalidad de orientar su contenido a las características y necesidades específicas de determinados colectivos."*

*"Artículo 7. Los títulos universitarios.*

*1. Las universidades impartirán enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales, con validez y eficacia en todo el Estado, y podrán impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios, incluidos los de formación a lo largo de la vida, en los términos establecidos reglamentariamente.*

*(...)*

*4. Las universidades y otros centros de estudios superiores deberán evitar que la denominación o el formato de sus títulos propios puedan inducir a confusión con respecto a los títulos universitarios oficiales. Las universidades deberán informar al estudiantado del carácter oficial o propio de sus títulos."*

*"Artículo 29. Centros en el extranjero*

*1. Las universidades podrán crear centros en el extranjero, que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez y eficacia en todo el Estado o títulos propios, por sí solos o mediante acuerdos con otras instituciones nacionales, supranacionales o extranjeras, que tendrán la estructura y el régimen establecido en la normativa aplicable. (...)"*

*"Artículo 40. Centros y estructuras. (...)*

*2. Los Estatutos establecerán las funciones de los centros o estructuras que componen la universidad para proponer y organizar las enseñanzas universitarias oficiales y los procedimientos académicos, administrativos y de gestión conducentes a la obtención de los correspondientes títulos, para proponer y organizar las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios y las estructuras encargadas de su gestión, así como, en su caso, las creadas específicamente para desarrollar, transferir, intercambiar y promover la investigación científica, tecnológica, humanística, social, cultural o la creación artística. (...)"*

*"Artículo 57. Presupuesto. (...)*

*4. El presupuesto de las universidades contendrá en su estado de ingresos:*

*(...)*

*c) Los ingresos por los precios de las enseñanzas propias, la formación a lo largo de la vida y los referentes a las demás actividades autorizadas a las universidades, que deberán ser aprobados junto con los presupuestos anuales en los que se deban aplicar.*

*(...)"*

— Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

*"CAPÍTULO VIII*

*Las enseñanzas propias de las universidades*

*La formación permanente*

*Artículo 36. Las enseñanzas propias universitarias.*

*Las universidades en uso de su autonomía podrán impartir otras enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos distintos a los títulos universitarios oficiales a los que hace referencia el artículo 3.1, que serán definidos como títulos propios. La expedición de estos títulos se realizará del modo que determine la universidad, y teniendo presente lo establecido en el presente real decreto, sin que en ningún caso ni su denominación ni el formato en que se elaboren e informen públicamente los correspondientes títulos propios puedan inducir a confusión con respecto los títulos universitarios oficiales.*

*Artículo 37. La formación permanente.*

*1. Dentro de los estudios universitarios propios, la formación permanente estará conformada por una serie de enseñanzas cuya finalidad es fortalecer la formación de los ciudadanos y ciudadanas a lo largo de la vida, actualizando y ampliando sus conocimientos, sus capacidades y su habilidades generales, específicas o multidisciplinares de los diversos campos del saber.*

*(...)*

*8. Igualmente, las universidades podrán impartir enseñanzas propias de menos de 15 ECTS que requieran o no titulación universitaria previa, en forma de microcredenciales o micromódulos, que permitan certificar resultados de aprendizaje ligados a actividades formativas de corta duración. En ningún caso estas enseñanzas podrán confundirse con las titulaciones ofertadas por los centros de Formación Profesional de Grado Medio o Grado Superior.*

*(...)"*

**Criterio interpretativo**

Solicitado informe a la TGSS manifiesta lo siguiente:

De acuerdo con la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, las universidades españolas, además de la oferta de enseñanzas superiores oficiales recogidas en el Catálogo de Títulos Universitarios oficiales, pueden establecer otro tipo de enseñanzas conducentes a la obtención de diplomas y títulos propios que no tienen carácter oficial ni validez en todo el territorio

nacional. Estas enseñanzas propias permiten a las universidades responder a la demanda social de formación especializada en los distintos campos de conocimiento que generalmente no está incluida en las titulaciones oficiales.

*Los títulos propios* son enseñanzas ofertadas y certificadas por las universidades españolas con el objeto fundamental de atender aquellas necesidades formativas que no se recogen en el catálogo oficial de titulaciones universitarias. Aunque carecen de reconocimiento oficial, su enfoque eminentemente práctico y adaptado a la demanda de formación especializada en distintos sectores profesionales los convierte en una de las alternativas más comunes entre los estudios de posgrado universitarios.

Dentro de los títulos propios de posgrado se distinguen normalmente tres categorías: máster, especialista y experto, dependiendo de la titulación requerida para realizar los estudios y la duración de los mismos.

La amplia autonomía de la que gozan las universidades para el diseño de títulos propios hace que no siempre haya homogeneidad entre ellas en las características fundamentales de estos programas. No obstante, tienen como distintivo común que las enseñanzas tienen un carácter más práctico y relacionado con el entorno laboral.

En cuanto a las *actividades de extensión universitaria*, en el marco de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, y del Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, se rigen por la normativa interna de las universidades y, en general, están orientadas al cumplimiento de los siguientes objetivos:

— Completar la formación curricular de los estudiantes.

— Actualizar la formación de los profesionales.

— Reflexionar, debatir y proyectar el desarrollo cultural, económico y social, etc.

— Promover y realizar actividades de difusión y divulgación de los conocimientos, la ciencia y la cultura entre los universitarios y el resto de la sociedad.

Las actividades de extensión universitaria pueden tomar el formato de cursos, seminarios, simposios, congresos, talleres o jornadas que se realizan bajo diversas formas de metodología universitaria, estando *encaminadas a la expedición de un diploma o certificado distintos de los que se obtienen con los títulos propios*. En consecuencia, *la TGSS entiende que los cursos de extensión universitaria no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS. Esta Dirección General comparte el criterio sostenido por la TGSS.*

## Diez. Inclusión en el sistema de Seguridad Social, en virtud de la DA 52ª TRLGSS de los estudiantes nacionales en prácticas sin contrato laboral

### Criterio interpretativo

A efectos de que opere la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena de las personas a que se refiere la citada DA 52ª TRLGSS ha de tratarse de alumnos universitarios o alumnos de formación profesional que realicen prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación o que realicen

prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, en los términos y condiciones que en dicha disposición se establecen; sin que la realización de tales prácticas formativas o prácticas externas dé lugar al establecimiento de una relación laboral, por lo que, *a tramitarse el alta de los referidos estudiantes en virtud de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, no habrá de aportarse contrato laboral.*

## Once. Distinción entre prácticas remuneradas y no remuneradas a efectos de la DA 52ª TRLGSS

Para la adecuada clasificación y gestión de las prácticas estudiantiles, resulta crucial establecer una definición exacta de lo que se considera una práctica remunerada. Según la interpretación del Real Decreto 1493/2011, cualquier tipo de ayuda recibida por el estudiante, ya sea económica o en especie, se consideraría como tal. Sin embargo, no parece haber una fuente autorizada adicional que proporcione una definición más detallada. En este contexto, se señala que existen diferentes interpretaciones sobre las ayudas asociadas a programas como Erasmus+ y similares, que suelen ser entendidas como compensaciones de gastos y no como un salario per se. Estas ayudas tienen como propósito principal facilitar el estudio y no representan una remuneración laboral. En consecuencia, se consulta si existe alguna normativa complementaria que aborde y especifique este asunto, particularmente en casos que implican un cambio de residencia, que pudiera arrojar luz sobre esta distinción.

### Criterio interpretativo

Se entiende por prácticas remuneradas a los efectos de la DA 52ª aquellas que suponen para el alumno una percepción económica cualquiera que sea el concepto, la forma o el importe tendente a compensar los gastos de las citadas prácticas como establece el Real Decreto 1493/2011. No obstante, no debe de confundirse el concepto de salario (en estos supuestos no hay salario puesto que los alumnos en prácticas a los que es de aplicación la DA 52ª TRLGSS no son trabajadores) con el de remuneración, que es un concepto más amplio.

## Doce. Inclusión en la DA 52ª TRLGSS de los alumnos que realizan prácticas de formación no reglada

Se cuestiona si está incluida en el ámbito de la DA 52ª TRLGSS la formación no reglada, entendiendo por tal aquella que se imparte en centros privados y que conlleva la obtención de un título sin valor oficial.

### Normativa

— TRLGSS, DA 52ª, apartado 1.

*"1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*Las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden:*

*a) Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de*

*la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.*

*b) Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.*

*c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo."*

— Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

*"Artículo 76. Ejecución de las ofertas formativas de formación profesional.*

*La formación profesional se desarrollará, bajo la responsabilidad de los centros de formación profesional, en:*

*1. Centros del Sistema de Formación Profesional.*

*2. Empresas u organismos equiparados."*

*Artículo 77. Centros del Sistema de Formación Profesional.*

*1. Tendrán la consideración de centros del Sistema de Formación Profesional los establecidos y gestionados por las administraciones competentes al efecto, así como los autorizados por dichas administraciones para impartir ofertas de formación profesional en cualquiera de los grados previstos en la presente ley, de forma exclusiva o simultáneamente con otro tipo de educación o formación, siempre que concluyan oficialmente en las acreditaciones, certificados y títulos de formación profesional establecidos en la presente ley. Se considerarán centros especializados de formación profesional los que impartan formación profesional en cualquiera de los grados previstos en la presente ley, de forma exclusiva, así como los dedicados, en su caso, a orientación profesional en el marco del Sistema de Formación Profesional, o acreditación de competencias profesionales.*

*(...)*

*4. Los centros que impartan ofertas de formación profesional deberán quedar inscritos en el registro de centros autonómicos que corresponda al ámbito territorial en que tengan su sede y en tantos como desarrollen su actividad en cualquiera de las ofertas y modalidades de formación profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la presente ley."*

*"Artículo 82. Colaboración en la formación profesional.*

*1. Las empresas u organismos equiparados, incluidas las administraciones públicas, que cuenten con la capacidad precisa al efecto y asuman su corresponsabilidad en la formación de estudiantes y personas trabajadoras podrán participar en actividades formativas del Sistema de Formación Profesional.*

*2. La colaboración de las empresas u organismos equiparados en el Sistema de Formación Profesional quedará acreditada en la forma y condiciones que reglamentariamente se determinen, y con los efectos que se regulen."*

**Criterio interpretativo**

A la vista del apartado 1 de la DA 52ª TRLGSS, quedan excluidas de su ámbito de aplicación tanto las prácticas formativas realizadas por alumnos universitarios que no vayan dirigidas a la obtención de las titulaciones que enumera la letra a) del apartado; como las prácticas formativas realizadas por alumnos de formación profesional que *no* vayan dirigidas a la obtención de certificados profesionales expedidos por centros del Sistema de Formación Profesional que estén autorizados por las administraciones competentes para impartir ofertas de formación profesional e inscritos en el registro de centros autonómicos que corresponda, así como las prácticas realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas *que no se encuentren dentro del sistema educativo.*

*En consecuencia, la formación no reglada no está incluida en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS.*

**Trece. Informe sobre delimitación ámbito subjetivo de la disposición adicional 52ª del texto refundido de la ley general de la Seguridad Social**

El artículo 80 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, ha modificado la disposición adicional 52ª del TRLGSS y, entre dichas modificaciones, ha añadido un nuevo apartado 11 cuyo primer párrafo establece lo siguiente:

> *"11. No estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.*
>
> *(...)"*

Con relación a este último inciso se han planteado dudas sobre qué situaciones cabe considerar como situaciones *asimiladas a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones.*

**Criterio DGOSS**

En primer lugar, este apartado 11 de la DA 52ª del TRLGSS excluye de su ámbito de aplicación a todas las personas que figuran en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, es decir, que se encuentran desarrollando un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia que determina su inclusión y correspondiente alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

En este sentido, cabe precisar que las personas beneficiarias del subsidio por incapacidad temporal, previsto en el artículo 169 del TRLGSS; personas beneficiarias del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, previsto en los artículos 177 a 182 del TRLGSS; las personas que perciban la prestación por ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante, regulada en los 183 a 185 del TRLGSS o de la prestación económica por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia

natural, de acuerdo con lo previsto en los artículos 186 a 189 del TRLGSS, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS ya que, aunque la situación en la que se encuentran es causa de suspensión de contrato de trabajo, permanecen de alta en el sistema de la Seguridad Social.

En segundo lugar, se excluye del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS las personas que se encuentren en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, es decir, aquellos trabajadores que, a pesar de haber cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en un determinado régimen de la Seguridad Social, se les sigue considerando comprendidos en el campo de aplicación de dicho Régimen y se mantiene la obligación de cotizar como, por ejemplo, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

Asimismo, la exclusión del ámbito de aplicación de la DA 52ª del TRLGSS se extiende también a las personas que se encuentran en situación asimilada a la de alta cuyo periodo tiene la consideración de cotizado a efectos de prestaciones. Es el caso, por ejemplo, de las personas en situación de excedencia por cuidado de menor o por cuidado de otros familiares, a quienes se les considera cierto periodo de tiempo como de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, y nacimiento y cuidado de menor, derivadas de contingencias comunes, tal como establece el artículo 237 del TRLGS.

Por último, el apartado 11 señala no que estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la DA 52ª quienes tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva.

En este sentido, cabe precisar que las personas que sean perceptoras de las prestaciones de muerte y supervivencia o del ingreso mínimo vital salvo que ya se encuentren en situación de alta o asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social por alguna de las causas a las que hace referencia el apartado 11 de la DA 52ªdel TRLGSS, se incluyen en el ámbito de aplicación de la DA 52ª del TRLGSS.

## II. INCLUSIÓN EN LA DA 52ª TRLGSS CUANDO EN LAS PRÁCTICAS CONCURREN ELEMENTOS INTERNACIONALES

### Uno. Aplicación de la DA 52ª a las personas que quiera acceder al arraigo para la formación cursando un certificado de profesionalidad sin disponer de NIE ni autorización de residencia.

Se consulta sobre la aplicación de la DA 52ª TRLGSS a las personas que quieran acceder al arraigo para la formación cursando un certificado de profesionalidad que conlleva un módulo de prácticas no laborales, habida cuenta de que tales personas puede que no dispongan, en el momento de tener que realizar el módulo de formación práctica, por plazos de matriculación, tiempos de tramitación u otros motivos, ni del NIE ni de la autorización de residencia que les permita convertirse en cotizantes a la Seguridad Social.

**Normativa**

— Artículo 124.4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, tras su reforma por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio (Reglamento de Extranjería).

*"Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social, familiar o para la formación cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*4. Por arraigo para la formación, podrán obtener una autorización de residencia, por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. Además, deberán cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:*

*a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.*

*b) Comprometerse a realizar una formación reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el Catálogo al que se refiere el artículo 65.1, o bien, en el ámbito de la formación permanente de las universidades, comprometerse a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales así como de otras enseñanzas propias de formación permanente. A estos efectos, la matriculación deberá haberse realizado en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia.*

*El solicitante deberá aportar acreditación de dicha matriculación en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización. En caso contrario, la Oficina de Extranjería podrá extinguir dicha autorización. En los casos que la matriculación esté supeditada a periodos concretos de matriculación, deberá remitir a la Oficina de Extranjería prueba de la matrícula en un periodo máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo.*

*Esta autorización de residencia podrá ser prorrogada una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida.*

*Una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar."*

— Artículo 42 "De la afiliación y alta de los extranjeros" del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

*"1. A efectos de la afiliación y el alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social en los términos previstos en la ley, se equiparan a los españoles los*

*extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en que sea legal o reglamentariamente exigible.*

*Para tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles."*

**Criterio interpretativo**

Habida cuenta de la normativa expuesta se considera que, según lo dispuesto en el citado artículo 124 del Reglamento de Extranjería, podrá concederse la autorización de residencia por razones de arraigo para la formación durante un periodo de doce meses, prorrogables otros doce, a los extranjeros que, entre otros requisitos, acrediten permanencia continuada en España y se comprometan a realizar una formación reglada para el empleo o para la obtención de un certificado de profesionalidad. A tales efectos, la matriculación en las prácticas correspondientes deberá realizarse en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia y una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado podrá presentar la solicitud de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería.

En este sentido y si bien tales personas puede que no dispongan en el momento de realizar la formación práctica, ni del NIE ni de la autorización de residencia por razones de plazos de matriculación, tiempos de tramitación u otros motivos, lo cierto es que el citado artículo 124 del Reglamento de Extranjería establece que "*la matriculación en las prácticas correspondientes deberá realizarse en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia*", de lo que se deduce que la matriculación en tales prácticas resulta posterior a la concesión de la autorización de residencia.

*Se estima que podrá tramitarse el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que quieran acceder al arraigo para la formación cursando un certificado de profesionalidad que conlleva la realización de prácticas no laborales, siempre y cuando dispongan, en el momento del alta, de una autorización de residencia en los términos del artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, y ello aunque no dispongan de autorización previa para trabajar, por considerar que la inclusión en el sistema de Seguridad Social de tales personas en virtud de lo dispuesto en la citada DA 52ª TRLGSS, lo es como asimilados a trabajadores por cuenta ajena al no suponer la realización de tales prácticas, stricto sensu, la realización de un trabajo por cuenta ajena.

**Dos. Cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social según la DA 52ª TRLGSS en el caso de prácticas formativas en las que interviene un elemento transfronterizo**

Se vienen planteando frecuentes consultas relativas a la interpretación del apartado 4 de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS en aquellos supuestos en los que interviene un elemento transfronterizo, bien porque se trate de estudiantes extranjeros que realicen sus prácticas formativas en España o de españoles que vayan a realizarlas fuera del territorio nacional. En particular, se han formulado diversas consultas en relación con los alumnos que forman parte de

un programa de movilidad, ya sea Erasmus o cualquier otro de análogas características, previstos en el ámbito educativo.

Asimismo, se han recibido preguntas referidas a la documentación y permisos que por parte de los alumnos en prácticas han de presentarse en el momento de la solicitud de alta en nuestro sistema de Seguridad Social, en los casos en que esta proceda, sobre las consecuencias de la ausencia de dicha documentación y sobre la realización de prácticas online desde el extranjero.

Por tanto, se procede a la elaboración del siguiente criterio interpretativo que tiene como finalidad servir de eje en torno al cual pueda articularse una gran parte las respuestas a las consultas hasta ahora planteadas en relación con aquellos supuestos de prácticas formativas en los que intervenga un elemento transfronterizo.

**Normativa**

— Artículo 7.1.a) del TRLGSS.

*"1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:*

*a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun cuando de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.*

*(...)"*

— Artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, relativo a la afiliación y alta de los extranjeros, de acuerdo con el cual:

*"A efectos de la afiliación y alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social en los términos previstos en la ley, se equipararán a los españoles los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en que sea legal o reglamentariamente exigible.*

*Para tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación a obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para los trabajadores españoles.*

*(...)"*

— Artículo 2.2 del Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, de acuerdo con el cual, dichas prácticas:

*"2. Podrán realizarse en las propia Universidad o en entidades colaboradoras, tales como empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito tanto nacional como internacional."*

**Criterio interpretativo**

Tomando en consideración la percepción/compensación o no de las prácticas sobre las que se consulta, procede distinguir dos supuestos, a los que se añade un tercero relativo a aspectos comunes a unas y otras.

a) Tratándose de prácticas formativas cuya realización lleve aparejada la obtención por el alumno de una percepción/compensación cualquiera que sea la índole, naturaleza y cuantía de esta, nos encontramos, en todo caso, ante un supuesto de *prácticas formativas remuneradas*. En consecuencia, estas prácticas se incardinan en el supuesto normativo previsto en el apartado 4. a) de la DA 52ª TRLGSS.

1. En primer lugar, *en el supuesto de alumnos de centros españoles que realicen sus prácticas formativas en otro Estado bajo la modalidad del programa Erasmus prácticas -o programa formativo similar en el extranjero-*, corresponde al referido centro formativo o universitario la obligación de cumplir con las obligaciones en materia de Seguridad Social que la citada disposición adicional le impone. Tal interpretación se basa en la consideración de que dichos alumnos, en la medida en que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de la DA 52ª TRLGSS, tienen la consideración de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social -o, en su caso en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar-, han de recibir un tratamiento similar al de los trabajadores desplazados por sus empresas al extranjero y, en consecuencia, quedar sujetos a la legislación española durante el tiempo de duración de las prácticas.

2. *Si los alumnos de centros españoles se desplazan a otro Estado bajo la modalidad del programa Erasmus estudios - o programa formativo similar en el extranjero-* quedan excluidos del ámbito de aplicación de la DA 52ª del TRLGSS.

3. *En el caso de alumnos de centros extranjeros que realicen prácticas remuneradas en España*, ha de entenderse que los mismos quedan en todo caso fuera del ámbito de aplicación de la DA 52ª del TRLGSS.

b) Tratándose de *prácticas formativas no remuneradas*, es decir, de prácticas cuya realización no lleva aparejada la obtención de una percepción o compensación para el alumno, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4. b) de la DA 52ª TRLGSS, la asignación de responsabilidades respecto del cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social va a depender de si existe o no previsión al respecto en el correspondiente convenio o acuerdo de cooperación suscrito a tales efectos.

1. En *el supuesto de alumnos de centros españoles que realicen sus prácticas formativas en otro Estado bajo la modalidad del programa Erasmus prácticas - o programa formativo similar en el extranjero-*, para realizar las correspondientes prácticas formativas, habrá que estar, en

principio, a lo que se establezca al respecto en el convenio o acuerdo de cooperación que a tales efectos se haya firmado.

Si en dicho acuerdo se estableciera expresamente que la obligación se atribuye al centro responsable de la oferta *formativa y siempre que el mismo se encuentre establecido en España, será este quien habrá de proceder a instar el alta* de los alumnos en el sistema de la Seguridad Social española sobre la base de lo establecido en la DA 52ª del TRLGSS. Se trata de una situación que cabe considerar como asimilada al desplazamiento de un trabajador al extranjero por su empresa, siendo el centro responsable de la oferta formativa el que tendría tal consideración de empresario en este supuesto.

*Si, por el contrario, en el convenio o acuerdo de cooperación no se contempla ninguna disposición relativa al cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social*, dado que en este supuesto la empresa, institución o entidad en la que se realizan las practicas se encuentra fuera de España y que, por tanto, no cabe aplicar la ficción de la figura del desplazamiento como excepción al principio *lex loci laboris,* el alumno no quedaría sujeto a la legislación española de Seguridad Social durante el período de prácticas y, en consecuencia, estaría asimismo fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la DA 52ª.

2. *Si los alumnos de centros españoles se desplazan a otro Estado bajo la modalidad del programa Erasmus estudios - o programa formativo similar en el extranjero* - quedan excluidos del ámbito de aplicación de la DA 52ª del TRLGSS.

3. *En el supuesto de prácticas no remuneradas realizadas en España por alumnos procedentes de un centro formativo extranjero*, ha de entenderse que los mismos quedan en todo caso fuera del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS.

c) Aspectos comunes a las prácticas remuneradas y no remuneradas.

— Las reglas expuestas en los apartados a) y b) del presente criterio resultan de aplicación tanto en aquellos supuestos en los que las *prácticas se inicien en España y continúen en el extranjero*, como en la situación inversa, cuando las *prácticas se inicien en el extranjero y continúan en España.*

— El alta de los estudiantes extranjeros en España podrá tramitarse aun *cuando aquellos, de manera temporal, no dispongan de Número de Identificación de Extranjero* (NIE), si bien habrá de acreditarse la solicitud del mismo en el momento del alta en la Seguridad Social, así como la identidad del alumno mediante la presentación del correspondiente pasaporte en vigor.

— Dado que no se trata de personas trabajadoras propiamente dichas, sino de asimiladas a trabajadores, *no se requiere permiso de trabajo* para proceder al alta en la Seguridad Social española, ni en el caso de los estudiantes comunitarios ni en el de los extracomunitarios.

— Los *alumnos que se encuentren en situación irregular en España*, careciendo de NIE y de pasaporte no podrán ser dados de alta en la Seguridad Social en ningún caso, puesto que para ello, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7.1 del TRLGSS y 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, los extranjeros ha de hallarse legalmente en España.

— Por último, las prácticas formativas realizadas *on line* por un alumno matriculado en una Universidad española, pero residente en el extranjero, no están incluidas dentro del ámbito de

aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 del mismo, la inclusión en el sistema de Seguridad Social español requiere la residencia -legal, si se trata de extranjeros- en nuestro país.

### Tres. Inclusión en la DA 52ª de los solicitantes de asilo que realizan prácticas en España

Se formula consulta relativa a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS a las personas extranjeras solicitantes de asilo en España que, en el intervalo de tiempo que transcurra hasta la resolución de su solicitud, realicen prácticas no remuneradas en España.

### Normativa

— Artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

— Artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

— Artículos 18 y 32 de la Ley 12/2009, de 3 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria.

### Criterio interpretativo

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social, los extranjeros residentes en España pueden ser incluidos en el sistema de la Seguridad Social siempre que dicha residencia sea legal y ejerzan una actividad laboral en territorio nacional.

Acorde con lo anterior, el artículo 42 del Real Decreto 84/1996 equipara a los españoles, a efectos de afiliación y alta en el sistema, a los extranjeros que residan y se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, cuando la misma sea legal o reglamentariamente exigible.

En el caso de las personas solicitantes de asilo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 12/2009, tienen derecho a ser documentadas como solicitantes de protección internacional y, tal como se dispone en el artículo 32 de la norma citada, a ser autorizadas a trabajar en los términos en los que reglamentariamente se determine.

Por tanto, la persona solicitante de asilo, hasta la resolución de su solicitud, se encuentra documentada y en situación regular en España, si bien la misma es de carácter provisional por estar condicionada a la posterior obtención de una resolución favorable respecto de su solicitud de asilo.

Aun cuando, como se ha señalado, el solicitante de asilo puede ser autorizado a trabajar en España en tanto se resuelve su solicitud, en el caso concreto de las prácticas formativas no remuneradas sobre el que se consulta, dicha autorización no sería necesaria, dado que los alumnos en prácticas no son trabajadores propiamente dichos, sino que tienen meramente la consideración de asimilados a trabajadores.

En consecuencia, *las personas extranjeras solicitantes de asilo en España que, en el intervalo de tiempo hasta la resolución de su solicitud realicen prácticas no remuneradas en España están incluidas en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS, procediendo su alta en el sistema.*

**Cuatro. Aplicación de la DA 52ª TRLGSS al personal diplomático al servicio de misiones diplomáticas y oficinas consulares con sede en España**

Se ha planteado consulta por parte de alguna Embajada acreditada en España acerca de si el personal diplomático al servicio de una Misión Diplomática u Oficina Consular extranjera en España que realice una práctica formativa de las incluidas en la DA 52ª TRLGSS ha de ser dado de alta en el sistema de la Seguridad Social española, en virtud de lo dispuesto en la citada disposición adicional.

**Normativa**

— Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social N.º 883/2004, de 29 de abril y 987/2009, de 16 de septiembre.

— Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007.

— Convenios bilaterales sobre Seguridad Social suscritos por España.

— Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

— Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963.

**Criterio interpretativo**

Todos los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos hasta ahora por España incluyen, en el capítulo correspondiente a legislación aplicable, bien una cláusula por la que se establece la sujeción de los agentes diplomáticos destinados en una de las partes firmantes -país de destino- a la legislación de Seguridad Social de la otra -país de envío-, bien una remisión genérica a las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares. En consecuencia, en virtud del principio de unicidad de la legislación aplicable, dicho personal no se halla sujeto a la legislación del país de destino.

Cláusulas similares se recogen en otros instrumentos internacionales multilaterales en materia de Seguridad Social aplicables a España, como es el caso, en el ámbito de la Unión Europea, de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, o del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social entre los países firmantes del mismo.

En última instancia, a falta de instrumento internacional aplicable entre España y el otro país, habría de acudirse a lo establecido al respecto en las Convenciones de Viena sobre relaciones Diplomáticas y Consulares, de 1961 y 1963 respectivamente, en las que se recoge la misma regla ya expuesta.

Si bien en este último caso la exención de la legislación del país de destino se realiza "en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante", el hecho de que la consulta se formule por vía oficial, por la propia Embajada con sede en España, es decir, por la institución para la que trabaja el personal diplomático sobre el que se solicita información, permite inferir que las prácticas a las

que se refiere la misma se realizan en el marco de los servicios que el diplomático presta a su Estado acreditante.

En definitiva, *en tales supuestos el personal diplomático al servicio de Misiones Diplomáticas y Consulares extranjeras en España no está sujeto a la legislación española de Seguridad Social y, en consecuencia, no le resulta de aplicación la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.*

## III. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

### Uno. Cálculo de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales

*"De lo regulado en la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, apartado 3 en relación con el 7 a), parece deducirse que en las prácticas no remuneradas existe la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en pago delegado. En caso afirmativo ¿Cómo se calcularía su importe?"*

### Normativa

— Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*(...)*

*3. La acción protectora será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.*

*(...)*

*7. La cotización en el supuesto de prácticas formativas no remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones:*

*(...)*

*b) La base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7.*

*(...)*

*e) A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día que pudieran resultar del coeficiente anterior se computaran como un día completo."*

— Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social.

**Criterio interpretativo**

En relación con el supuesto de prácticas formativas no remuneradas para el cálculo de la base reguladora de la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, se entiende que la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7.” Este resultado se dividirá entre el número de días de alta en dicho mes.

**Dos. Pago delegado de la incapacidad temporal**

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) plantea que, de acuerdo con el apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS, la cotización a la Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas no remuneradas se realizará, necesariamente, con carácter trimestral.

Por su parte, la norma específica que regula el pago delegado de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (artículo 20 de la Orden de 22 de febrero de 1996), indica que el empresario debe llevarla a cabo en el mismo momento que el abono del salario, esto es, con carácter mensual, de manera que, cuando este abona las cotizaciones sociales correspondientes a dicho mes realiza la oportuna compensación.

No obstante, en lo que se refiere al pago delegado del subsidio por incapacidad temporal en el caso de prácticas formativas no remuneradas se dan dos circunstancias que determinan la necesaria interpretación de la regla general, cuales son: no hay salario que sustituir y el pago de las cotizaciones sociales debe realizarse con carácter trimestral necesariamente. Ello determina que se produce un decalaje entre el pago delegado del subsidio (que sería mensual) y el abono de las cotizaciones sociales (que debe ser trimestral).

Sentado lo anterior, el INSS considera que, a efectos de determinar el momento en que se debe proceder al pago delegado del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales en las prácticas no remuneradas, caben dos interpretaciones:

1. Entender que al estar considerados como asimilados a trabajadores por cuenta ajena el pago delegado del subsidio de IT se debe llevar a cabo mensualmente, al igual que el resto de los trabajadores por cuenta ajena. Por otro lado, la cotización a la Seguridad Social y correspondiente compensación se realizaría trimestralmente.

2. Entender que, al no existir abono de salario, no se puede aplicar literalmente la norma establecida con carácter general, por lo que el pago delegado del subsidio de IT podría llevarse a cabo trimestralmente en el mismo mes en el que se ingresan las cotizaciones sociales y se realiza la correspondiente compensación. Por tanto, esto supondría que el abono del subsidio por IT se realizara trimestralmente.

**Normativa**

— DA 52ª TRLGSS.

*(...).*

*7. La cotización en el supuesto de prácticas formativas no remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones:*

*(...)*

*c) El plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo será el mes de abril; el de las cuotas correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, será el mes de julio; el de las cuotas correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre, será el mes de octubre; y el de las cuotas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre, será el mes de enero.*

*Hasta el penúltimo día natural de cada uno de los meses que, conforme a lo indicado en el párrafo anterior, se constituyen como plazo reglamentario de ingreso de cuotas, las entidades que asumen la condición de empresa deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el número de días en que se haya realizado cualquier de prácticas y programas formativos no remunerados, realizados por las personas asimiladas a trabajadores por cuenta ajena a que se refiere este apartado, durante los tres meses inmediatamente anteriores."*

— Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

— Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

**Criterio interpretativo**

La Entidad Gestora señala que, si bien el artículo 17.1 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional -único supuesto en el que los alumnos en prácticas no remuneradas pueden percibir la prestación por IT- establece que el pago del subsidio debe efectuarse a partir del día siguiente a aquel en que el accidente de trabajo haya ocurrido, en tanto que para el supuesto de enfermedad profesional, incluido en tal concepto el período de observación que en su caso proceda, el pago de la prestación determina que se efectuará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, esta previsión no puede efectuarse y resulta de imposible aplicación conforme al criterio sobre el cálculo de la base reguladora de la IT.

En dicho criterio se considera que *"en relación con el supuesto de prácticas formativas no remuneradas para el cálculo de la base reguladora de la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, se entiende que la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual*

*correspondiente al grupo de cotización 7. Este resultado se dividirá entre el número de días de alta en dicho mes".*

En los supuestos en los que concurran las condiciones del primer párrafo del apartado 11 de la DA 52ª TRLGSS, hasta que no se comuniquen por los sujetos responsables el número de días de prácticas en el mes natural siguiente al de la finalización de cada trimestre natural, los sujetos responsables no van a conocer el número de días de prácticas por los que deben cotizar y, en consecuencia, no podrán calcular la base reguladora de la prestación y, sin este dato, no podrán calcular el importe del pago delegado a realizar ni las entidades gestoras llevar control alguno, lo que lleva a la consecuencia de que solo cabe la segunda opción que propone, consistente en dejar transcurrir un trimestre desde el accidente de trabajo o desde la baja en el trabajo por enfermedad profesional para efectuar el pago delegado de la IT.

En consecuencia, conforme los argumentos que señala la entidad gestora*, el pago delegado de la IT en los casos de prácticas formativas no remuneradas de la DA 52 es trimestral.*

**Tres. Consideración de cada día de prácticas formativas no remuneradas como 1,61 días cotizados**

Se consulta la posibilidad de que el coeficiente indicado en la letra e) del apartado 7 de la DA 52ª TRLGSS resulte también de aplicación a los días de prácticas previstos en los supuestos en los que la persona que realiza las prácticas se encuentra en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

**Normativa**

— "Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*(...)*

*7. La cotización en el supuesto de prácticas formativas no remuneradas se ajustará a las siguientes previsiones:*

*(...)*

*e) A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día que pudieran resultar del coeficiente anterior se computaran como un día completo."*

**Criterio interpretativo**

*Se estima que la consideración de cada día de prácticas formativas no remuneradas como 1,61 días cotizados resultará también de aplicación a los días previstos de realización de dichas prácticas en los supuestos en que la persona que las realice se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y que, dicha consideración, lo es únicamente a efectos*

*de prestaciones* tal y como establece el párrafo e) del apartado 7 de la citada disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS.

**Cuatro. Asistencia sanitaria de las personas beneficiarias de titulares mutualistas de MUFACE, MUGEJU E ISFAS, que realizan prácticas formativas en los términos de la DA 52ª TRLGSS**

Se plantea consulta sobre el derecho al mantenimiento de la asistencia sanitaria de las personas beneficiarias de titulares del mutualismo administrativo por dicho título, sin perjuicio del acceso al derecho a la asistencia sanitaria por su inclusión como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar por la realización de prácticas formativas en los términos previstos en la disposición adicional 52ª del TRLGSS.

**Normativa**

— TRLGSS.

Párrafo segundo del apartado 11 de la DA 52ª TRLGSS:

*"La situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la precepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales".*

Artículo 42.1. Acción protectora del sistema de Seguridad Social

Artículo 169. Incapacidad Temporal.

**Criterio interpretativo**

El último inciso del referido apartado 11 de la DA 52ª TRLGSS supone que, a efectos de asistencia sanitaria, la inclusión y alta en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Régimen Especial de los Trabajadores del MAR de quienes realicen prácticas, siendo beneficiarios de titulares mutualistas con cobertura sanitaria a cargo de una mutualidad no dará lugar a modificación del título por el que tuviera derecho a la prestación de asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

A su vez, el apartado 3 de esta misma DA 52ª TRLGSS, establece que las personas que realicen prácticas formativas, tanto remuneradas como no remuneradas, quedarán comprendidas como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General o, en su caso, en Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, y la acción protectora *será la correspondiente al régimen de la Seguridad Social aplicable,* con las particularidades fijadas en dicha disposición.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 42.1 a) del TRLGSS dispone que la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo, forman parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, la DA 52ª TRLGSS establece que las personas que realicen prácticas no remuneradas tendrán cobertura de incapacidad temporal por contingencias profesionales y las que realicen prácticas remuneradas tendrán cobertura por incapacidad temporal tanto en el caso de

contingencias profesionales como comunes. Si bien, para poder hacer efectiva dicha prestación de incapacidad temporal

Si bien de la lectura literal del párrafo segundo del apartado 11 de la disposición adicional 52ª podría entenderse la "*no modificación del título*" como exclusión al derecho a la asistencia sanitaria por otro título distinto que el del mutualismo administrativo, *una interpretación sistemática de dichos preceptos determina que, tanto en el caso de las prácticas remuneradas como en el de las no remuneradas, dicha expresión ha de entenderse en el sentido de mantenimiento de dicho título sin perjuicio del derecho a la asistencia sanitaria que otorga la inclusión en la acción protectora del Régimen General o del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.*

Además, si no se entendiese en dicho sentido y se estableciera que el título de acceso al derecho a la asistencia sanitaria es exclusivamente el mutualismo administrativo, no podría reconocerse el derecho al subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes al cual tienen derecho las personas que realicen prácticas remuneradas de acuerdo con el citado apartado 3 de la DA 52ª TRLGSS. En este sentido, el artículo 169.1 del TRLGSS establece que:

*"Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:*

*a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo".*

De acuerdo con esto, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la que se refiere este artículo no es la del mutualismo administrativo, cuyos facultativos médicos no pueden expedir los partes de alta, confirmación y baja, que han de ser obligatoriamente emitidos durante el proceso de incapacidad temporal del Régimen General de la Seguridad Social

Por tanto, para poder cumplir la premisa prevista en el artículo 169.1, esto es, recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, es necesario que el interesado tenga previamente reconocido dicho derecho, esto es, que tenga acceso a la asistencia sanitaria por el mismo título que permite dicho acceso a los trabajadores por cuenta ajena a los que se halla asimilado; lo que no sería posible si no se interpretara el segundo inciso del párrafo segundo del apartado 11 en el sentido de mantenimiento de dicho título sin perjuicio del derecho a la asistencia sanitaria que otorga la inclusión en la acción protectora del Régimen General o del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

*En consecuencia, las personas beneficiarias de titulares mutualistas que se incluyan en el ámbito de aplicación de la DA 52 TRLGSS están cubiertas por la mutualidad correspondiente para la prestación de asistencia sanitaria por contingencias comunes.*

## IV. REQUISITOS

### Uno. Inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª de los alumnos menores de 14 años que realizan prácticas no remuneradas por recibir Formación Profesional básica.

En este sentido indica la TGSS que la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los alumnos a que se refiere la citada disposición lo es como asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

Y, por otra parte, el artículo 7 del TRLGSS incluye en su campo de aplicación a aquellos trabajadores por cuenta ajena que reúnan los requisitos previstos en el artículo 1.1 del texto refundido

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, siendo estos los que "*voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"*.

Y el artículo 6 del referido texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años, con la salvedad del permiso de la Autoridad Laboral para la intervención de los menores de 16 en espectáculos públicos.

En consecuencia, se solicita el criterio en relación con si resultan incluidos en el ámbito de aplicación de la referida disposición los alumnos menores de 14 años que realizan prácticas no remuneradas por recibir Formación Profesional básica habida cuenta que, caso de que así se considere, podría darse el supuesto de que un menor de 16 años no podría ser dado de alta como trabajador por cuenta ajena, con la salvedad de los menores que trabajen en espectáculos públicos, mientras que un menor de 14 podría ser dado de alta como asimilado a trabajador por cuenta ajena si realiza las prácticas correspondientes en los términos y condiciones.

**Normativa**

— Artículo 7, apartado 1, del TRLGSS.

*"Artículo 7. Extensión del campo de aplicación.*

*1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:*

*(...)"*

— Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

*"Artículo 6. Trabajo de los menores.*

*1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.*

*(...)*

*4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados."*

**Criterio Interpretativo**

Dado que la inclusión de los alumnos en prácticas se efectúa en la condición de asimilados a trabajadores por cuenta ajena y a efectos de establecer un límite de edad en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 52, de forma análoga debe aplicarse el artículo 6 del TRLET, que limita

la edad laboral a 16 años. De esta forma se evitan agravios comparativos con aquellas personas que no pueden ejercer una actividad laboral con la correspondiente protección social antes los 16 años.

**Dos. Inexistencia de obligación para las empresas de tener elaborado el Plan de Igualdad para poder aplicarse la reducción del 95 por ciento de las cuotas por contingencias comunes.**

Se consulta si resulta exigible para el disfrute de la reducción del 95 por ciento de las cuotas por contingencias comunes prevista en la disposición adicional quincuagésima segunda.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que la empresa tenga elaborado el Plan de Igualdad previsto en el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

**Normativa**

— TRLGSS.

*Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.*

*1. La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional.*

*(...)*

*5. La cotización a la Seguridad Social, tanto en el caso de las prácticas formativas remuneradas como en el de las no remuneradas, se ajustará a las siguientes previsiones:*

*(...)*

*b) A las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación una reducción del 95 por ciento sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción. A estas reducciones de cuotas les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20 de esta ley, a excepción de lo establecido en su apartado 1.*

*(...)"*

— Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

*"Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.*

*1. Este real decreto-ley tiene por objeto regular los incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad financiados mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, o desarrollados mediante otros instrumentos de apoyo al empleo.*

*(...).”*

*“Artículo 8. Requisitos de los beneficiarios. Para ser beneficiario se requerirá:*

*(.. .)*

*d) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación con el ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 20 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en su desarrollo reglamentario, salvo que se establezca legalmente la inaplicación de alguno de los apartados de dicho artículo.*

*(. ..)*

*e) Contar con el correspondiente plan de igualdad, en el caso de las empresas obligadas legal o convencionalmente a su implantación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, El requisito previsto en el párrafo anterior se entenderá cumplido con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 9011 2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 71312010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.”*

*“Disposición adicional undécima. Compatibilidad de las reducciones y bonificaciones de cuotas de Seguridad Social.*

*1. Las reducciones de cuotas de Seguridad Social son compatibles con las bonificaciones de cuotas reguladas en la presente norma.*

*El régimen de compatibilidad se ajustará a las siguientes reglas:*

*(...)*

*2. A las reducciones de cuotas les resultará de aplicación lo establecido en los artículos 8, 36, 37.2, 38.3, 38.4 y 39.”*

## Criterio interpretativo

El Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, entró en vigor el 1 de septiembre de 2023 (con las excepciones previstas en su disposición final décimo tercera), mientras que la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social fue introducida por el 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 ha entrado en vigor el 1 de enero de 2024.

El objeto del mencionado Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, es regular una serie de incentivos destinados a promover la contratación laboral, así como otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable y de calidad, mientras que el objeto de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social es regular la asimilación a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de los alumnos que realicen las prácticas a que se refiere su apartado primero, sin que la realización de tales prácticas de lugar al establecimiento de una relación laboral.

En virtud de lo establecido en la disposición adicional undécima del mencionado Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, a las reducciones de cuotas les resultarán de aplicación los requisitos del artículo 8 del mismo texto legal, entre los que se encuentran, en lo que aquí interesa, el requisito de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social y el requisito de contar con el correspondiente plan de igualdad, mientras que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 de la mencionada DA 52ª, a la reducción del 95 por ciento de las cuotas por contingencias comunes no le resulta de aplicación el apartado 1 del artículo 20, también del TRLGSS, referido precisamente al requisito de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, en cuanto a que la DA 52ª TRLGSS fue introducida por un real decreto-ley posterior al Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero; que la finalidad de dicha disposición adicional es regular la asimilación a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General (o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar) de los alumnos que realicen las prácticas a que se refiere su apartado 1, sin que la realización de tales prácticas de lugar al establecimiento de una relación laboral; y que para el disfrute de la reducción prevista en el apartado 5 de la citada disposición adicional no es necesario encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, se considera que el requisito de que la empresa tenga elaborado el Plan de Igualdad previsto en el artículo 8 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, no resulta de aplicación a la reducción del 95 por ciento de las cuotas por contingencias comunes prevista en el apartado 5 de la DA 52ª TRLGSS.

**Tres. Aplicación del convenio especial previsto en el apartado 8 de la DA 52ª TRLGSS al personal investigador en formación con una beca.**

— Se consulta la posibilidad de suscribir un convenio especial con la TGSS por el periodo en que la interesada estuvo como personal investigador en formación con una beca desde 1989 hasta septiembre de 1991. En concreto, si existe la posibilidad de que dicho personal suscriba el citado convenio especial a partir de la entrada en vigor de la citada disposición adicional el 1 de enero de 2024.

**Normativa**

— "Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

*(...)*

*8. Las personas a las que hace referencia la presente disposición que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma, podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que*

*determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de esa fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de cinco años."*

— Artículo 1 del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación:

*"Artículo 1. Objeto.*

*1. Este real decreto tiene por objeto desarrollar el régimen jurídico de la relación laboral establecida mediante el contrato predoctoral previsto en el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, cuando se suscribe entre el personal investigador predoctoral en formación y las entidades públicas recogidas en el artículo 20.2 de dicha ley, o las privadas a que se refiere la disposición adicional primera de la misma.*

*2. A los efectos previstos en el apartado anterior, tienen la condición de personal investigador predoctoral en formación todas aquellas personas que estén en posesión del Título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS (European Credit Transfer System) o master universitario, o equivalente, que hayan sido admitidas a un programa de doctorado cuyo objeto es, como establece el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, el desarrollo de los distintos aspectos formativos del doctorando y el establecimiento de los procedimientos y líneas de investigación para el desarrollo de la tesis doctoral, y estén adscritas a las entidades citadas en el apartado anterior mediante la modalidad de contratación predoctoral descrita en el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio."*

— Artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la innovación, por el que se regula el contrato predoctoral.

— Disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

**Criterio interpretativo**

a) *El personal investigador en formación no se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la seguridad social*, habida cuenta de que se trata del personal que, estando en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario o master universitario o equivalente, desarrolla su formación en los términos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo*, mediante la modalidad del contrato predoctoral previsto en el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la tecnología y la Innovación.* En consecuencia, dicho personal investigador en formación no podrá suscribir el convenio especial previsto en el apartado ocho de la citada disposición adicional.

b) Por otro lado, respecto de las personas que participaron en programas de formación de naturaleza investigadora con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1493/2011, de 24 de

octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. señalaba en su exposición de motivos que las características de estos programas de formación no resultaban aplicables al personal investigador en formación.

No obstante, el apartado 2 de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, abría la posibilidad de la suscripción de convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social para este colectivo (personal investigador en formación) en los siguientes términos:

*"1. Las personas que con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este real decreto se hubieran encontrado en la situación objeto de regulación en esta norma reglamentaria, podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, que les posibilite el cómputo de cotización por los períodos de formación realizados, tanto en España como en el extranjero, hasta un máximo de dos años, con sujeción a lo dispuesto en el capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, con las siguientes especialidades (...)*

*2. Se entenderán incluidas en el apartado anterior aquellas personas que hubieran participado en programas de formación de naturaleza investigadora, siempre que tal participación haya tenido lugar con anterioridad al 4 de noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprobó el Estatuto del becario de investigación, o, en su caso, a la fecha de inscripción de programas en el Registro de becas a que se refiere la disposición transitoria única del citado real decreto."*

Sin embargo, el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía establece en su *Disposición Final undécima la siguiente habilitación normativa para la suscripción de un convenio especial de este colectivo.*

*" (...)*

*2. Se faculta a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para adoptar las disposiciones normativas oportunas que posibiliten de manera extraordinaria la suscripción de un convenio especial, a solicitud de los interesados, que permita ampliar, hasta un máximo de 5 años, el cómputo como cotizado de los periodos de formación a que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.*

*A estos efectos, se entenderán también incluidos en la situación objeto de regulación los periodos prestados por aquellos que, siendo graduados universitarios y a través de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, antes de 4 de febrero de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación, hayan participado en programas de formación de naturaleza investigadora, tanto en España como en el extranjero. También se faculta a la persona titular del Ministerio de*

*Inclusión, Seguridad y Migraciones para adoptar las disposiciones normativas oportunas para la aplicación y desarrollo de las medidas en materia de cotización contenidas en la disposición transitoria novena de este real decreto-ley."*

En conclusión, a efectos de la suscripción del convenio especial que reclama el personal investigador en formación en períodos anteriores a 4 de noviembre de 2003, la normativa de aplicación fue la establecida en el apartado 2, de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre. Este personal investigador no se incardina en el apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS sin perjuicio de la suscripción de un convenio especial al amparo del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía establece que en su Disposición Final undécima establece la habilitación normativa a la Ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para la suscripción de un convenio especial de este colectivo

## V. COMPATIBILIDAD

### Uno. Compatibilidad del Seguro Escolar con el régimen de cotización y prestaciones reguladas por la DA 52ª TRLGSS.

### Normativa

— Orden 11 de agosto de 1953 por la que se aprueban los Estatutos del Seguro Escolar.

— Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

### Criterio interpretativo

El 29 de diciembre de 2023 entró en vigor el artículo 80 del *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre,* por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, que modificó, entre otros preceptos, la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, en la que introdujo un nuevo apartado 11, cuyo párrafo segundo determinaba: *"La situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social…".*

En atención a esta modificación de la DA 52ª TRLGSS, consultado el Instituto Nacional de la Seguridad Social, considera esta Dirección General que *los estudiantes en prácticas formativas o prácticas académicas externas, tanto remuneradas* como no remuneradas, que, en virtud de la citada disposición adicional, queden incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como asimilados a trabajadores por cuenta ajena *tendrán derecho a las prestaciones del Seguro Escolar en las mismas condiciones que los alumnos que no realicen dichas prácticas, siempre que acrediten las condiciones establecidas al efecto.*

**Dos. Efectos de la DA 52ª TRLGSS sobre el derecho a pensiones no contributivas (PNC) y a las prestaciones de dependencia, así como sobre la suscripción del convenio especial para cuidadores no profesionales.**

La inclusión del colectivo al que se refiere la DA 52ª TRLGSS no supone la existencia de una relación laboral, sin embargo, puede producir efectos -no deseados- en el normal percibo de prestaciones de Seguridad Social, entre ellas las gestionadas por el IMSERSO.

**Normativa**

— Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

*Título VI –"Prestaciones no contributivas"-, capítulo II –"Pensiones no contributivas"- y capítulo III –"Disposiciones comunes a las prestaciones no contributivas.*

*"Disposición adicional quincuagésima segunda. Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.*

*(...)*

*11. No estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su la modalidad contributiva como no contributiva.*

*(...)"*

— Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

— Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

— Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

**Criterio interpretativo**

*Pensiones no contributivas.*

La inclusión de un nuevo apartado 11 en la DA 52ª TRLGSS por el art. 80.1 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, ha tenido como consecuencia la exclusión del ámbito de aplicación de dicha disposición adicional de los alumnos que realicen las prácticas a que se refiere su apartado 1 cuando tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su la modalidad contributiva como no contributiva, por lo que la referida disposición adicional no tiene ningún efecto en la percepción de dichas pensiones al no ser de aplicación a sus beneficiarios.

*Prestaciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.*

Respecto a las prestaciones derivadas de la citada ley, no se aprecia incompatibilidad.

*Convenio especial para cuidadores no profesionales regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.*

El Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, en su artículo 2, sobre encuadramiento en la Seguridad Social, establece que:

> *"1. Los cuidadores no profesionales, a los que se refiere el artículo anterior, quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial regulado en este real decreto.*
>
> *La suscripción del convenio especial no precisará de la acreditación de periodo de cotización previo.*
>
> *(...)"*

Por otra parte, el artículo 4 del mismo real decreto regula la obligación de cotizar a la Seguridad Social mientras se mantenga este convenio especial, que asume la Administración General del Estado previo convenio con la TGSS.

De acuerdo con el nuevo apartado 11 de la DA 52ª TRLGSS, introducido por el artículo 80.Uno del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, "*No estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, ...",* por lo que, al ser el convenio especial de cuidadores profesionales una situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, *la suscripción de este convenio excluye del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS.*

**Tres. Efectos en el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado de la DA 52ª TRLGSS.**

Se cuestiona qué efectos podría tener la inclusión en el sistema de la Seguridad Social en virtud de la DA 52ª TRLGSS en las prestaciones del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado.

**Normativa**

— Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social.

*"Artículo 3. Concurrencia de fórmulas coordinatorias.*

*1. El cómputo previsto en el presente Real Decreto se aplicará entre los regímenes enunciados en el artículo 1.º una vez aplicadas las vigentes fórmulas legales de coordinación interna entre aquéllos a que se refiere la letra b) del número 1 del citado artículo.*

*2. No será de aplicación el cómputo recíproco de cotizaciones entre los regímenes mencionados en el artículo 1.º cuando las cotizaciones acreditadas a uno de ellos surtan efectos respecto de Convenios o Acuerdos Internacionales que no fueran aplicables a los restantes regímenes."*

**Criterio interpretativo**

La inclusión en el Régimen General en virtud de la de la DA 52ª TRLGSS, conforme a la cual los alumnos quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena con las correspondientes altas, bajas y cotizaciones que quedarán reflejadas en su vida laboral, a efectos del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado supondrá aplicar los períodos en los que los alumnos queden incluidos como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, vía cómputo recíproco, a las pensiones que deba reconocer el citado régimen especial, y ello sobre la base de los datos que suministre la TGSS.

**Cuatro. Instrucciones del SEPE tras la derogación del Real Decreto ley 7/2023, de 19 de diciembre, para la simplificación del nivel asistencial de la protección por desempleo.**

**EFECTOS DE LA NO CONVALIDACIÓN SOBRE LAS INSTRUCCIONES SOBRE COMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO CON PRÁCTICAS FORMATIVAS O NO LABORALES.**

A pesar de no haber sido convalidado el Real Decreto ley 7/2023, de 19 de diciembre, y por tanto haber quedado derogada desde el día XX de enero de 2024 la redacción que el mismo dio a los artículos 282.6 y 275.5.c) TRLGSS, que declaraban la compatibilidad de las prestaciones y subsidios con la realización de prácticas formativas y con las prácticas académicas externas incluidas en programas de formación o programas de formación para el empleo, así como la exclusión a efectos del cómputo de rentas, de las percepciones económicas obtenidas por su realización, *sí ha sido convalidado el Real Decreto ley 8/2023, de 27 de diciembre*, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía, cuyo artículo 80 modificó la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, que *regula inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los alumnos universitarios y de formación profesional que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación*, con independencia de que las

mismas sean o no remuneradas, incluyendo un apartado 11 cuyo segundo párrafo establece que la *situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.*

Además, el artículo 15.1.a). 4º del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, dispone *que las prestaciones y subsidios son compatibles con las becas y ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios y se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate.*

En consecuencia:

— Continuará siendo de aplicación la compatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con las prácticas formativas previstas en la Disposición Adicional quincuagésima segunda TRLGSS, que implican la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que las realizan, así como con las prácticas no laborales en empresas.

— A partir del día 12 de enero de 2024, las percepciones económicas que se perciban por los asistentes a dichas prácticas bien fuera la propia persona beneficiaria o bien algún miembro de su unidad familiar, deberán ser computadas como rentas.

## 2. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. HOMBRES. EFECTOS DE LA STS 21 FEBRERO DE 2024

### CRITERIO DE GESTIÓN: 5/2023, DE 8 DE MARZO

### SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

#### Asunto

Reconocimiento a los hombres del complemento por maternidad por aportación demográfica previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), en la redacción original dada por el TRLGSS.

#### Criterio de gestión

Con fecha 21 de febrero de 2024 el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia para la unificación de doctrina núm.322/2024, rcud.862/2023, que se pronuncia sobre la prescripción del complemento por maternidad. Considera el Tribunal Supremo que el complemento por maternidad no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa. Ello significa que *una vez reconocida la pensión contributiva que complementa, el complemento por maternidad no prescribe, y ha de reconocerse con los mismos efectos económicos que los del reconocimiento inicial de dicha pensión.*

De acuerdo con la citada sentencia, y teniendo en cuenta la doctrina que sobre el reconocimiento del complemento por maternidad a los hombres ha sido anteriormente dictada por el Alto Tribunal, se compilan en este criterio las pautas de actuación:

1. Carácter no unitario.

Procederá reconocer el complemento por maternidad al padre que reúna los requisitos necesarios para percibirlo, aun cuando se hubiese reconocido previamente a la madre por los mismos hijos. Este reconocimiento del complemento al padre no puede conllevar reducción alguna del complemento por maternidad que viniera percibiendo la madre.

2. Imprescriptibilidad. Efectos económicos.

La naturaleza jurídica del complemento por maternidad es la misma que la pensión a la que complementa, por lo que el derecho al complemento será imprescriptible si el derecho a la pensión también lo es.

No obstante, una vez reconocida la pensión, el derecho al complemento deviene en todo caso en imprescriptible. El reconocimiento del derecho al complemento por maternidad se retrotraerá a la fecha en la que se haya reconocido la pensión a la que complementa, con los mismos efectos económicos que esta.

3. Agravamiento o mejoría del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido.

En los supuestos de revisión por agravamiento o mejoría del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido, la fecha que habrá de considerarse para determinar si procede reconocer el complemento por maternidad será la del reconocimiento inicial, de forma que solo se reconocerá el citado complemento si el reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente se produjo después de 1 de enero de 2016. La fecha del reconocimiento inicial será también la que se tenga en cuenta para establecer los efectos del complemento por maternidad, si procediera.

4. Concurrencia con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (CRBG) que pudiera tener reconocido el padre por otra pensión.

Conforme al segundo párrafo de la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS, la percepción del complemento por maternidad será incompatible con el CRBG que pudiera corresponder al mismo interesado por el reconocimiento de una nueva pensión pública, debiendo optar entre uno u otro complemento.

Por tanto, si el padre viniese disfrutando del CRBG por razón de una pensión y, con motivo de la nueva doctrina optase por el reconocimiento del complemento por maternidad por razón de otra pensión distinta, se descontará del complemento por maternidad lo percibido por razón del CRBG durante el tiempo en el que ambos complementos se solapen.

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 10
9 772792 797000